



Editora **UNIGUI**

Programa de Pós-Graduação
Stricto Sensu em Direito

Volume 8, Número 15

Jan./Jun. 2020

ISSN 2317-5389

Qualis B1

REVISTA ELETRÔNICA



Revista
**Direitos
Humanos e
Democracia**

Reitora
Vice-Reitora de Graduação
Vice-Reitor de Pós-Graduação
Pesquisa e Extensão
Vice-Reitor de Administração

Editor
Diretor Administrativo
Programador Visual

Contato
Editor
Editora de texto e de layout
e leitora de prova
Revisão
Conselho Editorial



Cátia Maria Nehring
Fabiana Fachinetto
Fernando Jaime González

Dieter Rugard Siedenberg



Editora UNIJUI

Editora Unijuí da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (Unijuí, Ijuí, RS, Brasil)

Rua do Comércio, 3000
Bairro Universitário
98700-000 – Ijuí – RS – Brasil
Fone: (0__55) 3332-0217
editora@unijui.edu.br
www.editoraunijui.com.br
www.facebook.com/unijuieditora/

Fernando Jaime González
Anderson Konagevski
Alexandre Sadi Dallepiane



ISSN 2317-5389
Ano 8 • nº 15 • Jan./Jun. 2020

DCJS – Departamento de Ciências Jurídicas e Sociais
Programa de Pós-Graduação em Direito da UNIJUI – Mestrado em Direitos Humanos

doglasl@unijui.edu.br
Douglas Cesar Lucas, Unijuí, Brasil
Rosemeri Lazzari, Editora Unijuí, Brasil

Editora Unijuí

- Luiz Ernani Bonesso de Araújo, Universidade Federal de Santa Maria- UFSM, Santa Maria-RS, Brasil
- Eligio Resta, Università degli Studi di Roma Tre, Itália, Itália
- Valcir Gassen, Universidade de Brasília- UNB, Brasil
- Carlos Alberto Vilar Estevão, Universidade do Minho, Portugal
- Gustavo Raposo Pereira Feitosa, Universidade de Fortaleza- UNIFOR, Brasil
- Humberto Dalla Bernardina Pinho, Universidade Estadual do Rio de Janeiro- UERJ, Brasil
- Alfonso de Julios-Campuzano, Universidad de Sevilla, Espanha
- Angela Condello, Università di Roma Tre, Itália
- Roberto Miccù, Sapienza Università di Roma, Itália
- Tiziano Toracca, Università di Perugia, Itália
- Graciela Beatriz Rodriguez, Universidad Nacional de Rosario, Argentina
- Manuel Moreira, Universidad Nacional de Misiones, Argentina
- Katia Ballacchino, Università del Molise, Itália
- Eduardo Devés-Valdés, Universidade de Santiago do Chile- USACH, Chile
- Thiago Fabres de Carvalho, Faculdade de Direito de Vitória- FDV, Brasil
- Gisele Ricobom, Universidade Federal da Integração Latino-Americana- UNILA, Brasil
- Antonio Carlos Wolkmer, Universidade federal de Santa Catarina- UFSC, Brasil
- Cristina Albuquerque, Universidade de Coimbra, Portugal
- Rui Carlos Gonçalves Pinto, Faculdade de Direito de Lisboa, Portugal
- Vicente de Paulo Barretto, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, UERJ, Brasil
- Sidney Cesar Silva Guerra, Universidade Federal do Rio de Janeiro- UFRJ, Brasil
- Dr Gilmar Antonio Bedin, Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul- UNIJUI, Brasil
- Giuseppe Ricotta, Sapienza Università di Roma, Roma, Itália, Itália
- José Luis Bolzan de Moraes, Universidade do Vale do Rio dos Sinos- Unisinos, Brasil
- Nuria Belloso Martin, Universidad de Burgos, Espanha
- Alejandro Rosillo Martinez, Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí, México
- Leonel Severo Rocha, Universidade do Vale do Rio dos Sinos- UNISINOS, Brasil
- Odete Maria de Oliveira, Universidade Federal de Santa Catarina- UFSC, Brasil
- André de Carvalho Ramos, Universidade de São Paulo- USP, Brasil
- Dr Nelson Camatta Moreira, Faculdade de Direito de Vitória- FDV, Brasil
- Arno Dal Ri Junior, Universidade Federal de Santa Catarina- UFSC, Brasil

Sumário

Apresentação

Doglas Cesar Lucas

Páginas 5-6

O Que Nos Ensina o Coronavírus?

Luigi Ferrajoli

Páginas 7-11

O Ensino Fraternal e Humanista Como Pressuposto Democrático e a Efetiva Integração dos Direitos Humanos na Agenda Educacional até 2030

Fábio da Silva Veiga, Vivian Rodrigues Madeira da Costa

Páginas 12-23

O Controle de Convencionalidade Sob a Perspectiva do Direito Processual Constitucional

Fernando Hoffmam, Fernanda Siqueira Lemes

Páginas 24-40

Responsabilidade Social e Defesa dos Direitos Humanos: O Debate Sobre a Atuação das Empresas Transnacionais

Patrícia Mara Cabral de Vasconcellos

Páginas 41-59

As Decisões Político-Legislativas em Tempos de Crise Econômica e a Proteção dos Direitos Fundamentais pelo Tribunal Constitucional: Uma Análise da Jurisprudência Europeia

Felipe Arady Miranda

Páginas 60-77

A Legitimidade da Recusa da Transfusão de Sangue por Motivos Religiosos à Luz do Direito à Saúde nos 30 Anos da Constituição

José Renato Venâncio Resende, Rodrigo Vitorino Souza Alves

Páginas 78-95

A Eutanásia Como Forma de Garantia da Autonomia da Vontade

Valéria Silva Galdino Cardin, Lais Moraes Gil Nery

Páginas 96-107

O Acesso à Justiça em Ponta Grossa-PR: Um Olhar a Partir dos Relatórios da CIDH Sobre Acesso à Justiça no Brasil

Andressa Pacenko Malucelli, Julia Maria Milanese Buffara, Dircéia Moreira

Páginas 108-119

Direitos Humanos em Ricoeur

Elton Moreira Quadros, Marcella Marques dos Santos Cerillo

Páginas 120-133

Prevenção à Tortura: Uma Mera Questão de Oportunidade aos Mecanismos Latino-Americanos?

Thais Lemos Duarte, Maria Gorete Marques de Jesus

Páginas 134-152

O Pensamento de Ronald Dworkin Sobre as Ações Afirmativas

Rosaly Bacha Lopes, José Claudio Monteiro de Brito Filho

Páginas 153-176

Entre O Direito E A Educação: A Afetividade Em Foco

Valmôr Scott Junior

Páginas 177-190

**O Marco da Carta Democrática Interamericana e Sua Interpretação
no Processo de *Impeachment* da Presidente Dilma Rousseff:**

Repensando a Democracia

Verônica Teixeira Marques, Vivianny Galvão

Páginas 191-203

A Contribuição do Ensino Jurídico-Penal Para a Manutenção da Cultura Punitiva

Jackson da Silva Leal, Alex da Rosa

Páginas 204-216

**A Eterna Luta Contra a Sombra da Tortura e dos Crimes
Políticos Sofridos, em Defesa da Dignidade Humana**

Leticia Facci Castro, Cleide Aparecida Gomes Fermentão

Páginas 217-235

**Um Debate Metodológico Sobre a Aceitação das Práticas dos Direitos Humanos
em Finnis a Partir da Crítica de Beitz às Teorias da Lei Natural**

Ayrton Borges Machado, Victor Sales Pinheiro

Páginas 236-254

**Estado Democrático de Direito e a Participação Popular no Brasil:
Uma Análise a Partir do Conceito de Luigi Ferrajoli**

Luciana Oliveira de Campos, Leonel Pires Ohlweiler

Páginas 255-271

**Da Capacidade da Pessoa com Deficiência Para o Exercício do
Direito à Família e Suas Singularidades no Brasil**

Alcineia Rodrigues dos Santos, Aurélia Carla Queiroga da Silva, Mariana Albuquerque Melo

Páginas 272-289

**Direitos da Personalidade das Mulheres Sob a Perspectiva
da Dignidade da Pessoa Humana como Axioma Justificante**

Dirceu Pereira Siqueira, Sabrina Medina Andreoli

Páginas 290-307

<http://dx.doi.org/10.21527/2317-5389.2020.15.5-6>

Apresentação

No momento em que escrevo esta apresentação, no dia 24 de junho de 2020, o Brasil encontra-se no epicentro mundial da pandemia da Covid-19 e já registrou a morte de mais de 52 mil pessoas. Infelizmente, o cenário é bastante grave e os números tendem a ser cada vez mais alarmantes. Para além dessa crise sanitária, o país terá de enfrentar a pior crise econômica de sua história, que deixará milhões de pessoas sem emprego e sem muita perspectiva de futuro, quadro que é agravado em relação à população mais vulnerável socialmente. Enquanto isso, nosso presidente da República e seu governo têm uma forma muito particular de interpretar a realidade dolorosa que afeta o país, que é construindo a sua própria versão da realidade. Fatos históricos, ciência, estatísticas, para esse governo, não comunicam nada para além do que lhe agrada ideologicamente. Negacionismo e revisionismo são defesas correntes desse governo e de seus apoiadores. Há uma perversidade nessa forma de agir e um autoritarismo escancarado. Nega-se a pandemia, nega-se a ditadura, nega-se os direitos humanos. Mais do que isso: nega-se a morte. O governo é indiferente a ela. Os milhares de brasileiros mortos não sensibilizaram o chefe na Nação até hoje. Seu discurso naturaliza a morte, a torna desimportante como acontecimento social. Bolsonaro desresponsabiliza-se pela vida dos brasileiros quando encara a morte unicamente como evento biológico. A morte como um acontecimento social e público evitável o presidente não consegue acessar, e, por isso, a vida dessas pessoas não faz sentido. Para quem defende tortura e torturadores e armas como política pública, não é de se estranhar a posição.

No combate à Covid-19, por exemplo, o governo colocou-se contra as orientações da OMS, negou todas as evidências e pesquisas médicas e, justamente por discordar da medicina, no momento mais grave da pandemia estamos sem ministro da saúde. Sim, nosso ministro interino da saúde é um militar sem formação médica. O governo nega a ciência. Não aceita a medicina, por isso não consegue um médico para ser ministro da saúde. O presidente e seus apoiadores chegaram a defender um medicamento (famosa cloroquina) para o combate da Covid-19 sem nenhuma comprovação científica. Chegamos ao quadro dramático que transforma opiniões e verdades inventadas em algo mais importante que o conhecimento. Para o governo, a economia é mais importante que o combate à doença. Talvez por que as vítimas sejam pessoas mais velhas e com comorbidades e que as infectadas, em maior número, residam em áreas mais vulneráveis e frequentemente diariamente o transporte público lotado para ir trabalhar. Será que idosos, doentes e mais pobres são vidas que não merecem ser vividas plenamente? O governo não se interessa por essas vidas? Ao normalizar a morte dessas pessoas, o presidente assume uma posição quase darwinista de sobrevivência, para não dizer eugênica.

Esse governo exalta o regime militar, estimula atos públicos contra os demais poderes, enaltece torturadores e critica abertamente quem defende os direitos humanos. Destaca, em alto e bom som, que governa para majorias, em nome delas e somente para elas. Apela, por isso, para narrativas homogeneizadoras, como Deus, pátria, família e homens de bem. Elege inimigos o tempo todo e faz da tensão com os demais Poderes uma forma de seu agir político. Sua tendência de ameaçar os demais poderes e de impor sua própria realidade como protagonista histórica, indica que o governo despreza as potencialidades dialogais inerentes aos conflitos gestados democraticamente. Simplesmente não aceita divergências. Em palavras bem objetivas: o governo do presidente Bolsonaro não é um grande apreciador das formas democráticas de condução da República. O Brasil precisa se dar conta dos riscos que a democracia brasileira

sofre. Ela está sendo ameaça em tempo de normalidade democrática. O ódio, o medo, o fundamentalismo, crescem num momento em que cada um constrói a realidade à sua maneira. A virtualização do mundo público e da vida íntima acelerou esse fenômeno. A democracia precisa de uma realidade comum sobre a qual se possa estabelecer uma discussão intersubjetiva. Narrativas de ordem, de segurança, de autoridade, de religiosidade, surgem como mecanismos de segurança numa sociedade fragmentada e sujeitos erodidos. A virtualização da vida afetou nossas subjetivas e, de modo muito especial, a forma de funcionamento da nossa democracia. Para se ler e interpretar bem o Brasil, teremos de compreender, para além das ruas, as redes. Elas estão sendo a própria realidade. Negam, mudam, inventam, tudo a critério de quem nelas atua e influencia. Elegem prioridades pessoais, escolhem e derrubam políticos. Precisamos que a realidade da ciência, da cultura, da história, ocupe seu lugar. Não deixemos esse governo moldar a realidade à sua maneira. Um governo que nega a morte, a medicina, a história, os direitos humanos, pode muito bem negar a democracia. Estejamos alertas. Os textos que compõem mais um número de nossa Revista, têm compromisso declarado com os direitos humanos e o projeto democrático de nosso país.

Douglas Cesar Lucas
Editor

<http://dx.doi.org/10.21527/2317-5389.2020.15.7-11>

O Que Nos Ensina o Coronavírus?¹

Luigi Ferrajoli

Professor da Università degli Studi Roma Tre (Itália). luigi.ferrajoli@uniroma3.it

1. A pandemia do coronavírus está mudando e vai mudar ainda mais a vida de todos. Isso nos obriga a repensar a política e a economia e a refletir sobre o nosso presente, o nosso passado e o nosso futuro.

Em primeiro lugar é necessário falar sobre o nosso presente, e, portanto, sobre a resposta institucional – as limitações das nossas liberdades – que foi dada pelo nosso governo. Trata-se de uma resposta absolutamente necessária. Felizmente, na Itália, a nossa Constituição não prevê o estado de emergência, que está positivado em muitos outros sistemas jurídicos, como o francês, em que foi declarado em 24 de março de 2020, e o espanhol, no qual foi declarado em 14 de março de 2020. Isso é uma sorte. Estas instituições, como a experiência nos ensina, são extremamente perigosas em razão do caráter genérico dos seus pressupostos, que deixam em aberto espaços indefinidos para a arbitrariedade. Por exemplo, o artigo 16 da Constituição Francesa de 1958, que prevê o *Estado de Urgência*, o qual permite “medidas necessárias” não especificadas pelas “circunstâncias”; e o artigo 116 da Constituição espanhola de 1978, que prevê três estados de emergência – o *estado de alarme*, o *estado de exceção* e o *estado de sítio* (ou *estado de cerco*) –, que consistem, como diz a Lei Orgânica nº 4/81, nas não menos indefinidas “medidas estritamente indispensáveis” para fazer frente a “circunstâncias extraordinárias” das mais diversas naturezas. Na Hungria, Orban concedeu a si próprio “plenos poderes” sem limites de tempo.

A nossa Constituição, porém, não permite exceções à democracia, mas, no entanto, igualmente permitiu, como evidência da não necessidade desses estados símiles de exceção, estabelecer medidas para travar o contágio, legitimadas unicamente para impor limites à liberdade de circulação, à liberdade de reunião e à liberdade pessoal. De fato, o artigo 16 prevê que a liberdade de circulação pode ser restringida por lei “por razões de saúde ou segurança”; o artigo 18 prevê que o exercício da liberdade de reunião pode ser proibido pelas “autoridades” “por razões comprovadas de segurança e proteção pública”; o artigo 32 prevê a eventual restrição da liberdade pessoal, como é a quarentena das pessoas infectadas, por meio da submissão a “tratamentos sanitários” obrigatórios “no interesse da comunidade”. Por conseguinte, não se trata de limitações em branco, como a suspensão de direitos e do funcionamento normal dos órgãos constitucionais possibilitados por estados genéricos de sítio ou de exceção. Trata-se unicamente das limitações dessas três liberdades, exigidas pela garantia do direito à vida: um valor, a vida, cuja proteção representa a razão de ser de toda a lei e de toda a estrutura institucional.

Isso tudo, porém, não impede que para se limitar tais liberdades constitucionais dever-se-ia adotar sempre a forma de decreto-lei, e não a forma dos Decretos do Presidente do Conselho de Ministros (DPCMs), que contêm “disposições de aplicação” dos cinco decretos-lei produzidos pelo governo. Ao contrário destes DPCMs, na realidade o decreto-lei é um ato de ordem legislativa, sujeito ao controle do Parlamento e à apreciação sumária da constitucionalidade, no momento da sua emissão, pelo presidente

¹ Tradução do italiano pelo professor doutor Douglas Cesar Lucas. PPGD da Unijuí. douglasl@unijui.edu.br

da República. O Parlamento, por outro lado, permanece substancialmente alheio à discussão e à formulação destas regras, e somente será informado de 15 em 15 dias sobre as medidas adotadas, e isso é muito pouco.

Naturalmente, para se apoiar as restrições à livre-circulação, que são igualmente limitações da livre-circulação do vírus, não bastam apenas regras e sanções. É absolutamente necessário que todos compartilhem e tenham a consciência da necessidade de proteger a sua saúde e a sua vida e a dos outros. Devemos reconhecer que se operou um compartilhamento do problema e que a população cumpriu, em grande parte, as medidas estabelecidas. Acima de tudo, devemos manifestar a nossa admiração e gratidão ao trabalho dos médicos e enfermeiros que põem a sua vida em perigo. Em suma, a Itália está dando uma prova extraordinária de maturidade e de responsabilidade cívica: no espírito de sacrifício daqueles que têm de entrar em contato com os doentes, e na disciplina e sentido de responsabilidade com que as medidas destinadas a evitar o contágio são respeitadas pela grande maioria das pessoas.

Não se trata de medidas de menor importância, e, embora estas medidas sejam estabelecidas por normas gerais e abstratas, aumentam e dramatizam as desigualdades: entre os que podem ficar em casa e os que são obrigados a ir trabalhar, entre os que têm casa e os que não têm, entre os que têm grandes casas com jardins ou terraços e os que são obrigados a viver num quarto, entre os que estão sós e entre os pobres e os que vivem com as suas famílias. Pensemos, porém, sobretudo, nas prisões superlotadas; nos campos de ciganos; nas situações dramáticas dos sem-abrigo; nas massas de migrantes acampadas nas fronteiras da fortaleza Europa, ou, ainda, confinados em campos líbios, ou acampados em Lesbos ou em campos italianos; nos imigrantes ilegalizados e atirados para a rua pelo primeiro Decreto Salvini, que aboliu a autorização de residência por razões humanitárias. Pensemos, também, nos palestinos, presos naquela prisão ao ar livre que é a Faixa de Gaza e nos milhões de pessoas que, em todas as metrópoles – na América Latina, na África, na Índia –, vivem amontoadas em favelas pobres. Um surto de contágio entre estas pessoas desesperadas provocaria massacres dos quais, provavelmente, nem sequer teríamos conhecimento.

2. Ainda mais amarga é a reflexão, estimulada pelo vírus, sobre o nosso passado. Esta tragédia veio revelar a miopia das políticas governamentais, que, nos últimos dez anos, com o objetivo de reduzir os impostos, diminuíram as despesas de saúde pública na Itália, aboliram 70.000 leitos hospitalares, fecharam 359 hospitais ou enfermarias hospitalares e reduziram o número de pessoal de saúde, não substituindo milhares de médicos e enfermeiros aposentados. É evidente, nestas políticas irresponsáveis, um acordo substancial entre populistas e liberalistas, igualmente desinteressados na garantia do direito à saúde: primeiro, porque esta garantia nunca interessou, no futuro imediato, à grande maioria dos eleitores, mas apenas aos doentes, na sua maioria idosos; segundo, por seu desinteresse pela saúde pública e a sua preferência pelo sistema privado de saúde.

De repente a epidemia do coronavírus, com a sua carga diária de mortos e infectados, colocou os cuidados de saúde no centro das preocupações de todos. Ao potencialmente infectar, indistintamente, todas as pessoas, afastou a economia da sua centralidade passada; expôs o valor inestimável da saúde pública e o seu caráter universalista e gratuito; tem instado e promovido a multiplicação das unidades de cuidados intensivos e a produção de equipamento de cuidados de saúde adequado; e, finalmente, mostrou a irracionalidade – e, na

minha opinião, a inconstitucionalidade – da existência, na Itália, de 20 sistemas de saúde diferentes, tantos quantos são as regiões existentes, em contradição com a igualdade dos direitos fundamentais em que se baseiam a solidariedade e a unidade nacional.

Não só isso. O coronavírus apanhou todos os governos, incluindo o nosso, despreparados, revelando, especialmente com as respostas iniciais inadequadas, a sua irresponsável imprevidência. Embora o perigo de uma pandemia tenha sido previsto já em setembro de 2019 por um relatório do Banco Mundial, nada foi feito para enfrentá-lo. Quando se trata de guerra, são realizados exercícios militares em todos os países, constroem-se *bunkers*, realizam-se simulações de ataques e se aplicam técnicas de defesa. Contra o perigo anunciado de uma pandemia, porém, não se fez absolutamente nada. O paradoxo foi alcançado com o equipamento médico. Nas previsões de guerra, as armas, os tanques e os mísseis nucleares estão a acumular-se e a tornar-se cada vez mais mortais. O coronavírus, por outro lado, fez-nos descobrir a incrível falta de leitos hospitalares, unidades de cuidados intensivos, respiradores, materiais de higiene e máscaras. Revelou a absurda escassez de médicos e enfermeiros e a ausência total de uma organização de cuidados domiciliares. Em suma, apercebemo-nos de que nos faltavam as medidas mais básicas para lidar com o contágio.

Naturalmente, esta imprevidência está revelando-se da forma mais dramática em alguns países, como nos Estados Unidos, que carecem de saúde pública. Nestes países, aqueles que não possuem um seguro adequado não poderão receber tratamento. Dezenas de milhões de pessoas pobres serão abandonadas à própria sorte. Este despreparo e imprevidência são, em grande medida, inevitáveis nos países pobres. São, porém, apenas o sinal de uma loucura incrível quando dizem respeito às grandes potências, poderosas em termos de armas e finanças, mas muito fracas quanto à defesa da vida e da saúde. Nos Estados Unidos, Trump cancelou a modesta reforma no sistema de saúde proposto por Obama, deixando milhões de pessoas pobres sem possibilidade de tratamento. A maior potência do mundo continua a produzir armas nucleares, mas encontra-se desprovida de respiradores e de testes para a Covid-19, sendo responsável por dezenas, ou talvez, centenas de milhares de mortes.

3. Por último, uma reflexão sobre o nosso futuro: sobre o futuro do nosso país, da Europa, do mundo. Esta epidemia demonstrou o enorme valor da nossa saúde pública, gratuita e acessível a todos, nos termos do direito universal à saúde previsto no artigo 32 da nossa Constituição. Demonstrou, a par da miopia das políticas do passado, a necessidade de se reforçar o nosso sistema de saúde, aumentando o número de hospitais, camas, unidades de terapia intensiva, médicos e enfermeiros e o equipamento necessário, desde testes para verificação do vírus a respiradores e máscaras. Finalmente, demonstrou a superioridade das organizações políticas, que têm um sistema de saúde público, sobre aqueles em que a saúde e a vida são confiadas aos seguros e aos cuidados dos planos de saúde privados. Não podemos sequer imaginar o que poderá acontecer nos Estados Unidos, onde apenas um teste para Covid-19 custa alguns milhares de dólares, ou em muitos países da América Latina, para não falar da África e de grande parte da Ásia.

Há, ainda, um conjunto de outros ensinamentos que provém da natureza global desta epidemia e que já se difundiu por todo o mundo: a necessidade de combatê-la com medidas eficazes e, sobretudo, homogêneas. Basta que alguns países tomem medidas inadequadas para ressurgir, com os deslocamentos humanos e os perigos de contágio em todos os outros

países. Por isso, repito, a necessidade de se adotar medidas uniformes em todo o território nacional, confiadas, portanto, ao Estado central e não às Regiões. Daí, sobretudo, a necessidade de uma resposta, pelo menos, em âmbito europeu e, no futuro, na esfera mundial. Em vez disso, a União Europeia está perdendo uma oportunidade valiosa para demonstrar a sua unidade e a sua razão de ser. Até agora, os seus 27 países membros têm avançado de modo disperso, adotando cada um estratégias distintas em momentos diferentes e quase sempre tardiamente: desde as medidas mais rigorosas da Itália e da Espanha até as medidas mais brandas da França e da Alemanha. Uma gestão comum da epidemia, no entanto, seria até mesmo imposta pelos Tratados. O artigo 168 do Tratado sobre o Funcionamento da União, dedicado à saúde pública, após ter declarado que “a União assegura um elevado nível de proteção da saúde humana”, estabelece que “os Estados-Membros coordenam entre si, em articulação com a Comissão, as suas respectivas políticas”, e que “o Parlamento Europeu e o Conselho podem igualmente adotar medidas de proteção da saúde humana, especialmente para combater os grandes flagelos que se propagam além-fronteiras”. Ademais, o artigo 222, intitulado “cláusulas de solidariedade”, institui que “a União e os Estados-membros atuarão conjuntamente num espírito de solidariedade caso um Estado-membro seja vítima de uma calamidade natural”. O que aconteceu, contudo, é que a União Europeia – cuja Comissão tem entre os seus membros um comissário para a Saúde, outro comissário para a Coesão e, até mesmo, um comissário para a Gestão de Crises – renunciou à possibilidade de ter em suas mãos a gestão da epidemia e definir diretivas sanitárias uniformes para todos os seus Estados membros. Se a esta abdicação do seu papel acrescentarmos o doloroso conflito entre soberanistas do Norte e soberanistas do Sul a propósito da emissão de *eurobonds*, cujo valor como sinal de solidariedade é muito mais político do que econômico, é evidente o risco de suicídio da União, pois revela ser capaz de impor aos Estados membros apenas sacrifícios em benefício de orçamentos equilibrados, e não, também, medidas sanitárias em benefício da vida dos seus cidadãos.

Não só isso. O caráter planetário desta epidemia oferece uma confirmação dramática da necessidade e da urgência de uma resposta global a símeles emergências que somente podem advir da criação de uma esfera pública supraestatal: precisamente do desenvolvimento de um constitucionalismo planetário, tal como proposto e promovido pela escola “*Costituente Terra*”, que inauguramos em Roma no dia 21 de fevereiro passado (2020). Essa emergência tem, de fato, um caráter específico em relação a todas as outras, incluindo as ecológicas e as nucleares. Em razão do seu terrível número diário de mortes em todo o mundo, essa torna ainda muito mais visível e intolerável, do que qualquer outra emergência, a falta de instituições de garantias globais adequadas, que deveriam ter sido introduzidas para instituir as muitas cartas internacionais dos direitos humanos. Mais do que qualquer outra catástrofe, essa torna-se, portanto, a mais urgente e, ao mesmo tempo, mais universalmente compartilhada a necessidade de colmatar esta lacuna.

Pode, portanto, haver um despertar da razão. Já existe uma Organização Mundial de Saúde, mas essa não dispõe nem mesmo dos meios e dos aparelhos necessários para levar medicamentos que salvam vidas aos países pobres do mundo – originalmente pouco mais de 200, hoje 460 –, e há 40 anos ela mesma estabeleceu que estes deveriam ser universalmente acessíveis a todos, cuja falta causa 8 milhões de mortes por ano. Atualmente, a epidemia glo-

bal afeta a todos, sem distinções entre ricos e pobres. Isto poderia, portanto, constituir uma oportunidade para fazer da OMS uma verdadeira instituição de garantia global, dotada dos poderes e meios necessários para enfrentar as crises com medidas racionais e adequadas, não condicionadas por interesses políticos ou econômicos contingentes, mas destinadas unicamente a garantir a vida de todos os seres humanos.

Em suma, é possível que a pandemia do coronavírus, afetando todo o gênero humano, sem distinção de nacionalidade e riqueza, gere a consciência da nossa fragilidade comum, da nossa interdependência e do nosso destino comum. É, com efeito, desejável que, para além do fragmento de um constitucionalismo planetário em termos da saúde, valha a pena sensibilizar para o fato de estarmos todos expostos, embora não imediata ou diretamente, a outras catástrofes graves – ambientais, nucleares, humanitárias –, cuja prevenção requer outras instituições de garantia global; por exemplo, a criação de uma propriedade estatal planetária para proteger bens comuns, como a água, o ar e as grandes geleiras e florestas; a proibição de armas nucleares e convencionais, cuja disseminação é responsável por centenas de milhares de assassinatos todos os anos; o monopólio da força militar pela ONU; e um sistema fiscal global capaz de financiar os direitos sociais à saúde, à educação e à alimentação básica, embora já proclamado em muitas cartas internacionais.

Parecem hipóteses utópicas. Em vez disso, são as únicas respostas racionais e realistas para os grandes desafios de que depende o futuro da humanidade. Esta epidemia colocou na ordem do dia a necessidade de um constitucionalismo global e de uma esfera pública planetária no interesse de todos. Todos os pré-requisitos para este salto civilizacional existem. De fato, nas últimas semanas desenvolveu-se um extraordinário e inesperado sentimento de solidariedade entre as pessoas e entre os povos, que se manifestou nos diferentes tipos de ajuda e na vinda de médicos da China, de Cuba, da Polônia e mesmo da Albânia para a Itália. Pela primeira vez na história, a tragédia, que nos une a todos, talvez esteja a gerar a percepção de um interesse público da humanidade muito mais geral do que todos os interesses nacionais e partidários: o interesse na sobrevivência da raça humana, como único povo, unido pelos mesmos direitos e pelos perigos comuns de catástrofes globais.

<http://dx.doi.org/10.21527/2317-5389.2020.15.12-23>

O Ensino Fraternal e Humanista Como Pressuposto Democrático e a Efetiva Integração dos Direitos Humanos na Agenda Educacional até 2030

Fábio da Silva Veiga

Professor de Direito da Universidade de Almería. Presidente do Instituto Iberoamericano de Estudos Jurídicos – IberoJur. Coordenador do Pós-Doutorado em Direito Público da Universidade de Santiago de Compostela. Doutor em Direito pela Universidade de Vigo. Pesquisador da Capes no Exterior – Universidade de Alcalá, Madrid. Mestre em Direito pela Universidade do Minho. <http://lattes.cnpq.br/6788369152739927>. <https://orcid.org/0000-0002-9986-7813>. fabiojus@gmail.com

Vivian Rodrigues Madeira da Costa

Mestre em Governança e Direitos Humanos pela Universidade Autônoma de Madrid. Mestranda em Direito Público pela Universidade de Sevilha. Investigadora da área científica de Direito Internacional do Instituto Iberoamericano de Estudos Jurídicos e advogada. <http://lattes.cnpq.br/5262735822694900>. <https://orcid.org/0000-0002-1618-5957>. vivianrmdacosta@gmail.com

RESUMO

Como fruto do trabalho do Fórum Mundial sobre a Educação realizado em 2015 e liderado pela Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura, foi publicada no cenário internacional a *Declaração de Incheon* e o Marco de Ação até 2030, rumo a uma educação de qualidade inclusiva e equitativa e à educação ao longo da vida para todos. Esta Declaração, de significativa importância no âmbito internacional, deve ter um reflexo necessário nas democracias constitucionais contemporâneas, de forma a instituir definitivamente o conteúdo dos direitos humanos tanto de forma objetiva, como parte da matéria constante no programa curricular, quanto de maneira a nortear a política de ensino, a partir da introdução de importantes medidas de justiça social. Com efeito, o ensino precisa ser mais abrangente, livre e inclusivo, sendo o acesso à educação um direito humano e, portanto, reconhecidamente essencial ao livre-desenvolvimento humano. O conteúdo humanista e fraterno precisa ser alçado ao debate político e não ser relegado ao campo puramente da ética, muito embora essa seara também seja juridicamente importante. O próprio princípio da fraternidade, porém, traz consigo uma força axiológica passível de objetividade e não deve ser olvidado como componente importante da famosa tríade principiológica revolucionária, a modular e moldar a liberdade e a igualdade. Da mesma forma, a instrução é pressuposto para a efetividade e a legitimidade democráticas, uma vez que não pode haver um governo do povo sem educação e, assim, possibilidade de manifestação livre da vontade. Ao longo do presente artigo buscar-se-á abordar tais aspectos de maneira a defender a inclusão dos direitos humanos na agenda educativa, constituindo um sistema de ensino fraternal e humanista a ser instituído até 2030.

Palavras-chave: Ensino. Fraternal. Direitos humanos. Democracia.

FRATERNAL AND HUMANIST TEACHING AS A DEMOCRATIC PREMISE AND THE INTEGRATION OF HUMAN RIGHTS IN THE EDUCATIONAL AGENDA UNTIL 2030

ABSTRACT

As a result of the work of the World Education Forum held in 2015 and led by the United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization, the *Incheon Declaration* and the action milestone until 2030 was published on the international scenario, towards an inclusive and equitable quality education and lifelong education for all. This Declaration, of significant importance at the international level, must have a necessary reflection in contemporary constitutional democracies, in order to definitively implement the content of human rights both objectively, as part of the subject matter in the curriculum, and in order to guide the teaching policy, starting with the introduction of important social justice measures. Indeed, education needs to be more comprehensive, free and inclusive, being the access to education a human right and, therefore, recognized as essential to free human development. The humanistic and fraternal content needs to be raised to political debate and not be relegated to the purely ethical field, although this area is also legally important. However, the very principle of fraternity brings with it an axiological force capable of objectivity and should not be overlooked, as an important component of the famous revolutionary principled triad, to modulate and shape freedom and equality. Likewise, instruction is a prerequisite for democratic effectiveness and legitimacy, since there cannot be a government of the people without education and, thus, the possibility of free expression of will. Throughout this article, we will seek to address such aspects, in order to defend the inclusion of human rights in the educational agenda, constituting a fraternal and humanistic education system to be implemented until 2030.

Keywords: Teaching. Fraternal. Human rights. Democracy.

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 Por um sistema de ensino humanista e fraterno. 3 A educação no domínio dos Direitos Humanos e a consideração do princípio da fraternidade. 4 Educação como corolário lógico do Estado Democrático de Direito. 5 A proposta das Nações Unidas de um modelo educacional para o século 21. 6 Conclusão. 7 Referências.

Recebido em: 27/3/2020

Aceito em: 7/4/2020

1 INTRODUÇÃO

No cenário social sabe-se que o acesso à educação é reconhecidamente um direito humano básico, tal qual preconiza a Declaração Universal dos Direitos do Homem. Com efeito, este documento político internacional também assevera que todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos, sendo dotados de razão e consciência e devendo agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.¹

É mister destacar que, no bojo de tal declaração, de relevância singular no âmbito internacional e com importantes reflexos nos ordenamentos jurídicos das democracias constitucionais contemporâneas, todo ser humano tem direito à liberdade de opinião e expressão, assim como à instrução. Ora, se não há educação e acesso ao ensino, tampouco seria possível e viável a livre-expressão dos indivíduos.

Sobre a educação, declara-se, ainda, que esta deve ser gratuita, ao menos nos graus elementares e fundamentais, sendo obrigatória a instrução elementar. Da mesma forma, afirma-se que a instrução técnico-profissional deverá ser acessível a todos, sendo a instrução superior baseada no mérito.

Merece destaque, igualmente, a afirmação do artigo XXVI da referida Declaração, segundo o qual “a instrução será orientada no sentido do pleno desenvolvimento da personalidade humana e do fortalecimento do respeito pelos direitos humanos e pelas liberdades fundamentais”, e sobre tal instrução a ser promovida pelos Estados Nacionais, frisa-se que esta “promoverá a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e grupos raciais ou religiosos, e coadjuvará as atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz”.²

A partir de tais afirmações emana e se consolida uma diretriz para a política de ensino, de forma a estabelecer a educação como elemento imprescindível para a própria manutenção da paz entre os povos. Ademais, sob a perspectiva do indivíduo, a instrução passa a ser internacionalmente reconhecida como direito essencial ao seu livre-desenvolvimento, com extensão ao direito de participar livremente da vida cultural da comunidade, de fruir das artes e de ser parte do progresso científico e de seus benefícios.

Observa-se, também, o objetivo de preconizar um modelo educativo de caráter fraternal, pensado como projeto de pacificação social e que inclua os direitos humanos, de forma a integrá-los na sua prática, assim como a instruir acerca do conteúdo destes direitos. O processo de integração dos direitos humanos no modelo educativo tem como resultado um projeto de ensino acessível, plural, abrangente e livre, de forma que estes conceitos jurídicos, incorporados ao sistema, também possam ser transferidos aos destinatários de forma implícita e explícita.

No âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, o direito à educação é reconhecido como um direito social, juntamente com a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social e a proteção à maternidade e à infância. Sem adentrar na seara da discussão acerca da nota de fundamentalidade desse direito, clas-

¹ Cfr. Nações Unidas. *Declaração Universal dos Direitos do Homem* [Em linha], 1948. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2010.

² *Idem*.

sificado como direito social e cuja efetivação perpassa por um sistema complexo e interligado aos demais direitos sociais e fundamentais, parte-se do pressuposto que o acesso à educação é essencialmente um direito humano.

Assim, no decorrer do presente artigo procura-se tecer uma análise sobre a educação no domínio dos direitos humanos e com a incorporação do princípio da fraternidade como parte da busca por um sistema de ensino humanista e fraternal. Busca-se, juridicamente, retornar às origens e reestruturar o equilíbrio concebido por meio de direitos básicos guiados pela fraternidade, como princípio regulador da liberdade e da igualdade, possibilitando o triunfo dos direitos humanos.³

Além disso, também visa-se a demonstrar como a instrução é, inegavelmente, um pressuposto fático e corolário lógico do verdadeiro exercício democrático, de forma que não há de se falar em estado de direito sem a existência efetiva deste direito reconhecidamente humano. Frisa-se, ademais, que a educação está intrinsecamente relacionada com uma série de outros direitos humanos, fundamentais e sociais, de forma a ocupar posição de destaque na estrutura fundacional das democracias constitucionais contemporâneas.

2 POR UM SISTEMA DE ENSINO HUMANISTA E FRATERNAL

Sendo o sentido etimológico do vocábulo *humanista*, referente a uma doutrina centrada no indivíduo humano e na humanidade, um projeto educativo que se proponha nesta seara, tem-se como objetivo valorizar os direitos humanos. Ayres Britto (2012) plasmou esse entendimento na sua obra, quando fez refletir nas seguintes palavras:

[...] toda essa histórica e formal proclamação de ser a pessoa humana portadora de uma dignidade “inata” é o próprio Direito a reconhecer o seguinte: a humanidade que mora em cada um de nós é em si mesma o fundamento lógico ou o título de legitimação de tal dignidade. Não cabendo a ele, Direito, outro papel que não seja o de declará-la.⁴

Vale a pena destacar, igualmente, que o termo *humanitário* é referente a tudo o que concerne à humanidade, compreendida como o conjunto dos seres humanos e o que é relativo à natureza humana. Desta forma, também se poderia falar de educação humanitária de modo a considerar, por conseguinte, os aspectos, circunstâncias e elementos próprios dos direitos caros ao homem e da fraternidade como necessariamente parte do processo educativo.

Cabe ressaltar, ainda, que a palavra *humanidade* carrega consigo, axiologicamente, a ideia do que é ligado à benevolência, assim como o vocábulo *humanitário* o faz. Uma educação humanitária, portanto, também pode ser aquela que inclua aspectos próprios da valorização do ser humano, de forma a reforçar os valores da eticidade, moralidade e fraternidade

³ Diferentemente, Paulo Ferreira da Cunha adota uma posição intermediária sobre a aplicação da fraternidade no Direito, denominando de “Direito Fraternal”. Nesse sentido, indaga a aplicação dos paradigmas do Direito Natural e do Direito Positivo, ambos norteadores da ciência jurídica, e reflete acerca de um novo paradigma – o Direito Fraternal. Desse modo, pretende ir além da formalidade daqueles e chegar a um modelo informal, ou seja, o paradigma jurídico-político dos direitos humanos. Cfr. CUNHA, Paulo Ferreira. Do Direito Natural ao Direito Fraternal. In: *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, jan./jun. 2009. p. 78-86. ISSN: 2175-2168. Disponível em: <http://www.revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/5138>. Acesso em: 23 mar. 2020.

⁴ Cfr. BRITTO, Carlo Ayres. O humanismo como categoria constitucional. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2012. p. 25.

na construção das relações interpessoais, assim como os valores próprios da sustentabilidade e, inclusive, do respeito a outras espécies, apesar de o conceito estar mais atrelada à questão da beneficência.

Nesse diapasão, é interessante recordar que, dos três princípios auspiciados pela Revolução Francesa e que nortearam, de igual maneira, o arcabouço jurídico contemporâneo, quais sejam, *liberdade, igualdade e fraternidade*, parece-nos que a este último se atribuiu inicialmente um papel de menor expressividade ou materialidade na criação do direito, talvez pelo carácter mais relativo às emoções e, aparentemente, de menor objetividade.

Assim, o ideal da fraternidade, parte da importante tríade proclamada durante a Revolução Francesa, ocupava um lugar de destaque na filosofia política revolucionária e na teoria jurídica e social antecedente aos direitos humanos. No contexto do pós-guerra e na dinâmica internacional e estatal, no entanto, afigura-se que pouco a pouco perdeu importância, enquanto os ideais de igualdade e liberdade foram explorados e desenvolvidos, muito embora se faça menção expressa a tal ideal na Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948.

Com efeito, cada princípio não prescinde do outro para seu próprio desenvolvimento individual, ou seja, há a necessidade de um desenvolvimento harmônico entre todos para a própria concretização individual. Não obstante, o ideal de fraternidade geralmente não aparece de forma objetiva em documentos legais e políticos, talvez pelo seu aparente ônus excessivamente emocional conforme afirmado, de modo que foi relegado ao campo da ética ou inspirou outros termos como *solidariedade*, expressos em alguns documentos jurídicos.

Outras expressões e termos, como o anteriormente citado, todavia, não cobrem profundamente o sentido mais amplo da fraternidade, uma vez que, por vezes, ressaltam a questão do sentimento comunitário, sobre o qual estaria baseada uma concepção de coesão e unidade social, como assevera Amaya.⁵ Esta é igualmente importante, mas de alguma maneira está mais relacionada à questão da beneficência, a qual, por sua vez, está atrelada a uma perspectiva vitimológica que não se refere à essência da fraternidade.

Filosoficamente, a ideia de fraternidade estabelece que o homem, como animal político, escolhe conscientemente viver em sociedade e, portanto, para que essa vida seja harmônica, deve estabelecer uma relação de igualdade com seus pares, pois na essência e na natureza não há nada que os diferencie hierarquicamente, como ocorre entre irmãos (de acordo com a definição etimológica do termo).

Esse conceito, portanto, é a essência da configuração completa e da própria definição de cidadania, permeada pela pura ideia de igualdade. Assim, pode-se observar que, de certa forma, fraternidade, liberdade e igualdade não sobrevivem e têm seu pleno desenvolvimento independentemente, pois, para a manifestação de cada um, os outros devem igualmente ser válidos. Na realidade, o melhor conceito de vida em sociedade não pode ser concretizado sem o resultado equilibrado dessa fórmula, uma vez que não é possível se falar de igualdade total sem respeito pelos demais e levando-se em consideração a fraternidade, sendo a liberdade limitada por esses dois outros aspectos e existindo a partir deles.

⁵ AMAYA, Amalia. La Relevancia de la Fraternidad. In: *Yale Law School [Em linha]*, p. 5. Disponível em: https://law.yale.edu/sites/default/files/area/center/kamel/sela17_amaya_cv_sp.pdf. Acesso em: 24 mar. 2020.

Com efeito, a fraternidade teve algum reconhecimento constitucional, aparecendo expressamente no preâmbulo da Constituição Francesa de 1848, juntamente com os princípios de igualdade e liberdade. No contexto do pós-guerra, contudo, observa-se a consagração de outro valor que assume relevância fundamental: a dignidade da pessoa humana como valor universal, principalmente a partir dos contornos jurídicos conferidos pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, que utiliza esse conceito para definir a atributo imanente ao ser humano para o exercício da liberdade e dos direitos como garantia de uma existência plena.

A dignidade da pessoa humana tem raízes filosóficas, sendo o início de sua concepção proveniente da noção de dignidade individual, oriunda do próprio cristianismo. No século 18, com Immanuel Kant, a dignidade da pessoa humana já havia sido filosoficamente consolidada, partindo da primazia de que o ser humano nunca fosse visto ou usado como um meio de alcançar outros fins, mas sempre como um fim em si mesmo. A partir daí também vai se consolidando o imperativo categórico de guiar as relações jurídicas e sociais a partir da valorização do ser individual, constituindo um valor básico e universal.

Como é possível observar, o termo fraternidade tem um significado etimológico implícito relevante e seu estudo e aplicação devem ser restabelecidos como uma categoria política no centro da reflexão, não como um simples sentimento nobre, como afirma Enrique del Persio,⁶ quem também defende que devemos deixar os vícios e retornar às formas puras: a igualdade, para ser assim, pressupõe (é claro que de forma conflituosa) a liberdade, e a fraternidade pressupõem a igualdade, impondo-lhes tal dinâmica e tornando a liberdade uma libertação e a igualdade justiça social.

Nesse âmbito, o professor Baggio afirma:

Como es sabido, de los tres principios la fraternidad es aquel que al parecer menos se puso en práctica. Pero, por otro lado, también la libertad y la igualdad se aplicaron sólo parcialmente, expuestos continuamente a un doble riesgo de degeneración: la libertad en el arbitrio de la ley del más fuerte, la igualdad en la masificación. Si se dejan cada una por su cuenta, la libertad y la igualdad se ponen la una contra la otra: proclamadas juntas por la Revolución francesa, dieron vida, sucesivamente, a dos sistemas culturales, económicos y políticos, opuestos. En realidad, para vivir bien, necesitamos de ambas. Y es precisamente en estos últimos años que, desde diferentes partes, se empezó a formular la pregunta: los fracasos de la libertad y de la igualdad, ¿no dependerán precisamente del hecho de que la fraternidad no ha sido vivida? De hecho, la fraternidad contiene en sí, sea el elemento de la igualdad (los hermanos están a la par entre ellos), sea el elemento de la libertad (cada uno de los hermanos es diferente del otro). Por lo tanto actúa –pero no sólo – como principio regulador de los otros dos.⁷

⁶ PERCIO, Enrique del. Fraternidad, conflicto y realismo político. Claves para pensar la integración desde América Latina. In: Teoría y Praxis, n. 21, p. 9, jun./dic. 2012. Disponível em: <http://rd.udb.edu.sv:8080/jspui/bitstream/11715/857/1/1-fraternidad-conflicto-y-realismo-politico.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2020.

⁷ Leia-se a tradução livre: “Como é sabido, dos três princípios a fraternidade é a que parece ter sido menos praticada. Mas, por outro lado, liberdade e igualdade também eram apenas parcialmente aplicadas, continuamente expostas a um duplo risco de degeneração: liberdade, a critério da lei dos mais fortes, igualdade na massificação. Se cada um é deixado para si, liberdade e igualdade são colocadas uma contra a outra: proclamados juntos pela Revolução Francesa, eles deram vida, sucessivamente, a dois sistemas culturais, econômicos e políticos opostos. Na verdade, para viver bem, precisamos de ambos. E é precisamente nos últimos anos que a pergunta começou a ser feita de diferentes partes: Os fracassos da liberdade e da igualdade não dependerão precisamente do fato de a fraternidade não ter sido vivida? De fato, a fraternidade contém em si mesma, seja o elemento da igualdade (os irmãos estão em pé de igualdade), ou o elemento da liberdade (cada irmão é diferente do outro). Portanto, atua – mas não apenas – como princípio regulador dos outros dois.” In: Entrevista al Profesor Antonio María Baggio, por GONZALEZ, Roberto Veiga. En el horizonte de la fraternidad. Disponível em: http://www.uca.edu.ar/uca/common/grupo75/files/antonio_baggio.pdf. Acesso em: 15 fev. 2020.

Apesar de outras noções terem gerado um deslocamento do conceito de fraternidade, existem aproximações na literatura filosófica, política e jurídica contemporânea, incluindo concepções liberais, como também é o caso das teorias de John Rawls e Ronald Dworkin, nas quais a fraternidade ocupa um lugar importante na construção de uma teoria da justiça, a fim de impor uma exigência clara que deve satisfazer a estrutura básica da sociedade, bem como uma função fundamental na justificação da legitimidade política, respectivamente.

Assim, a legitimidade de uma comunidade política depende de ser uma verdadeira comunidade fraterna, ou seja, um Estado é legítimo se sua estrutura e práticas constitucionais forem tais que seus cidadãos tenham uma obrigação geral de obedecer decisões legais que impõem deveres.⁸ Com razão, a fraternidade parece voltar a ser levantada como princípio norteador, dotado de importância, além dos contornos meramente emocionais, pois possui relevância política e social e, aliada aos demais princípios, pode garantir uma estrutura pacífica de convivência em sociedade.

Dessa maneira, à primeira vista, a fraternidade parece ser muito diáfana, pouco palpável, mas pode ser transportada para o campo da realidade no espaço público de discussão e aplicação política, conforme necessário para uma convivência harmoniosa em sociedade. Os homens, universalmente, não podem ser absolutamente tratados como iguais se não se mobilizarem para o sentimento de fraternidade entre si, e não serão totalmente livres se o sentimento fraternal não permear os relacionamentos interpessoais.

O discurso fraterno está no campo da ética, mas também além. Sem ignorar a importância desta e mesmo da moral no contexto jurídico, uma vez que fazem parte dos sistemas jurídicos contemporâneos, o que se pretende é dar força normativa e objetiva à fraternidade, reestruturando a famosa tríade com liberdade e igualdade, para que o ser humano possa ser valorizado não apenas por sua dimensão individual, mas a partir da característica essencial de fazer parte da família humana.

3 A EDUCAÇÃO NO DOMÍNIO DOS DIREITOS HUMANOS E A CONSIDERAÇÃO DO PRINCÍPIO DA FRATERNIDADE

Nesse contexto, o processo educativo não pode se furtar dos elementos próprios do princípio da fraternidade, de forma que tal valor permeie também as políticas públicas de ensino, bem como o conteúdo das cartilhas escolares. De igual maneira, coloca-se a consideração por um processo de educação que seja humanitário e valorize os direitos humanos. Percebe-se, nessa linha, a possibilidade de aplicação deste raciocínio a partir de duas perspectivas, a seguir tratadas.

O primeiro aspecto demarca-se no sentido de se considerar a inclusão de tais princípios e conceitos no processo educativo, por meio da estruturação política deste próprio processo sob a ótica humanitária e fraternal. O resultado é a busca por um sistema inclusivo, plural, capaz de abraçar o maior número possível de alunos, a ser executado de forma ampla, acessível, universal e adaptável às inúmeras minorias. A perspectiva seguinte é a de que os valores

⁸ Cfr. AMAYA, Amalia. *passim*.

humanitários e fraternais possam ser parte do conteúdo a ser ministrado, de forma que o estudo e os conteúdos próprios da ética, dos direitos humanos e da sustentabilidade, possam ser transmitidos aos alunos.

Indubitavelmente, esse procedimento jurídico e político tem o condão de mudar os paradigmas e a dinâmica social de forma integral e holística, uma vez que se aplica no campo social um processo educativo de transformação que, por sua natureza, confere um impacto amplo em todo o estrato da sociedade. Assim sendo, a consideração jurídica do princípio da fraternidade, bem como a valorização e inclusão da pauta humanitária no programa nacional de ensino (políticas públicas verticais), de forma prática, também são um sustentáculo do próprio Estado Democrático de Direito.

4 EDUCAÇÃO COMO COROLÁRIO LÓGICO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

É possível, igualmente, extrair o valor essencial de um sistema que seja democrático a partir do próprio significado etimológico do vocábulo *democracia*, cujas raízes referem-se ao governo de titularidade do povo. Como bem ressalta o cientista político italiano Giovanni Sartori,⁹ a democracia é essencialmente um sistema e regime político pelo qual o poder emana do povo, mas dessa afirmação também se desdobram importantes questionamentos sobre a delimitação e a composição desse povo e o processo de atribuição e manifestação de seu poder, por exemplo.

Com efeito, parece haver um consenso de que, a partir de um ponto de vista operativo, a democracia ocorre por meio da manifestação da vontade de uma maioria limitada ou moderada do corpo de cidadãos em sua plenitude, de forma que o sistema tampouco se converta em uma experiência de imposição da vontade predominante em detrimento da minoria. Dessa maneira, a aplicação do princípio da maioria relativa começa a delinear e materializar um modelo mais equilibrado e justo.

Ademais, essa vontade popular será expressada no processo eleitoral, a partir da opinião pública e das eleições, razão pela qual se afirma, com mais técnica, que o povo detém a titularidade do poder, mas não seu exercício. Além disso, sobre o fenômeno das eleições e da opinião pública, Sartori (2009) destaca um raciocínio deveras relevante, conforme se transcreve a seguir:

Se dice que las elecciones deben ser libres. Sin duda, pero también las opiniones deben ser libres, es decir, libremente formadas. Si las opiniones se imponen, las elecciones no pueden ser libres. Un pueblo soberano que no tiene nada que decir de sí mismo, un pueblo sin opiniones propias, cuenta menos que el dos de copas. Por tanto, todo el edificio de la democracia se apoya en la opinión pública y en una opinión que surja del seno de los públicos que la expresan. Lo que significa que las opiniones *en* el público tienes que ser también opiniones *del* público, opiniones que en alguna forma o medida el público se forma por sí solo.¹⁰

⁹ Cfr. SARTORI, Giovanni. *La Democracia en Treinta Lecciones*. México: Santillana Ediciones Generales, 2009. p. 15.

¹⁰ Tradução livre: “Dizem que as eleições devem ser livres. Sem dúvida, mas as opiniões também devem ser livres, isto é, livremente formadas. Se opiniões são impostas, as eleições não podem ser livres. Um povo soberano que não tem nada a dizer sobre si mesmo, um povo sem suas próprias opiniões, conta menos do que o dois de copas. Portanto, todo o edifício da democracia é baseado na opinião pública e em uma opinião que emerge do seio do público que a expressa. O que significa que as opiniões do público também devem ser opiniões do público, opiniões que de alguma forma ou medida o público forma por conta própria.” *Ibid.*, p. 31

Depreende-se com clareza do texto destacado a concepção segundo a qual a opinião pública, para que assim o seja de fato, precisa ser livre e autêntica, original e espontânea. Dessa maneira, na chamada era da pós-verdade, na qual pululam a divulgação de falsas notícias, as quais se alastram com imensa rapidez pelos meios de telecomunicação atuais, esse pensamento é ainda mais relevante, de maneira a levantar o questionamento sobre a importância da autenticidade da opinião pública para a própria garantia democrática.

Sem, todavia, a pretensão de esgotar o tema sobre os fenômenos sociológicos supra-mencionados, os quais, em realidade, são parte da própria dinâmica e problemática humanas, sendo apenas maximizados mediante as novas tecnologias, é mister deter a atenção no aspecto fundamental acerca da opinião pública e sua autenticidade. Indubitavelmente, para opinar é preciso conhecer, é preciso saber, é preciso deter certas ferramentas e ter conhecimento de determinados fatos.

Nesse sentido, o caminho para que se tenha conhecimento mínimo e o desenvolvimento dos instrumentos necessários para a manifestação da opinião pública perpassa necessariamente pelo direito humano à educação. A resposta apresenta-se de forma evidente e o fato comprova-se empiricamente. Um povo livre para opinar é aquele que tem acesso à educação e, a partir da instrução, em consonância com a efetividade de outros direitos, pode ser, de fato, livre, manifestar sua vontade não viciada e, assim, opinar com liberdade.

Se sem opinião autêntica não existe verdadeiramente a opinião pública, imprescindível na arena democrática, e sem educação não pode haver opinião livre, a conclusão parece ser clara: sem educação popular não existe democracia. A afirmação é lógica, mas possui extensos desdobramentos e seu impacto é fundamental, frisando-se que um Estado Democrático de Direito, como tal, é entendido como aquele em que há a prevalência de lei por intermédio da aplicação do princípio democrático, bem como do pluralismo.

Ao constatar-se que a maioria, ou mesmo grande parte de um corpo popular, é privada das ferramentas básicas necessárias para o exercício democrático, começa-se a questionar esse estado de direito que se afirma existir em muitas experiências constitucionais contemporâneas. Segundo Rohling e Valle (2016), a educação multicultural e a equidade são princípios da teoria da justiça, sobretudo ao se analisar a doutrina de Rawls, que podem e devem ser transpostos à noção de *justiça escolar*, criticando a escola como possível instituição reprodutora de desigualdades sociais.¹¹

Assim afirmam os autores supracitados:

De fato, a partir da teoria da justiça de Rawls, ideias como justiça, igualdade e equidade, que formam uma complexa compreensão do que é uma sociedade justa, passaram a integrar invariavelmente as mais diversas abordagens destinadas ao cotejo da educação e das práticas políticas e econômicas sociais. (...) Nesse sentido, se presumirmos a existência das instituições que requisitam os princípios de justiça e se admitirmos que a injustiça se caracteriza nas desigualdades sociais que não sejam vantajosas para todos, mais claramente poderemos entender que apenas são aceitáveis desvantagens sociais que be-

¹¹ Cfr. ROHLING, Marcos; VALLE, Ione Ribeiro. Princípios de Justiça e Justiça Escolar: a educação multicultural e a equidade. In: *Cadernos de Pesquisa*, v. 46, n. 160, abr./jun. 2016, p. 386-409.

neficiem a alguns mais bem colocados no esquema se dessas desvantagens resultarem benefícios para aqueles mais à base na pirâmide social. Isto é, a justiça das expectativas dos mais bem situados socialmente relaciona-se diretamente com o grau de elevação das expectativas dos que estão em posições mais desfavorecidas, de tal modo que as desigualdades são justas se forem vantajosas para os menos favorecidos.¹²

No seguimento do apresentado, no qual se compreende a educação como pressuposto da legitimidade política, como sustentáculo do próprio Estado de Direito, sendo necessária para a verdadeira justiça social, tal concepção faz parte de um paradigma preconizado pelos juristas contemporâneos, cujo panorama é auspiciado pelas Nações Unidas de forma a incentivar um modelo universal de educação para os direitos humanos e sobre o próprio conteúdo desses direitos.

5 A PROPOSTA DAS NAÇÕES UNIDAS DE UM MODELO EDUCACIONAL PARA O SÉCULO 21

Como fruto do trabalho desenvolvido no âmbito do Fórum Mundial de Educação, realizado no ano de 2015 e liderado pela Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (Unesco), foi publicada no cenário internacional a *Declaração de Incheon* e o Marco de Ação até 2030, rumo a uma educação de qualidade inclusiva e equitativa e à educação ao longo da vida para todos, como afirma o referido documento.

Dessa forma, a partir de tal Declaração é consolidada uma visão internacional comum sobre um novo paradigma a ser adotado no âmbito educacional, em consonância com os Objetivos do Desenvolvimento Sustentável, conforme se transcreve a seguir:

Nossa visão é transformar vidas por meio da educação ao reconhecer seu importante papel como principal impulsionador para o desenvolvimento e para o alcance de outros ODS propostos. Comprometemo-nos, em caráter de urgência, com uma agenda de educação única e renovada, que seja holística, ousada e ambiciosa, que não deixe ninguém para trás. Essa nova visão é inteiramente captada pelo ODS 4 “Assegurar a educação inclusiva e equitativa de qualidade, e promover oportunidades de aprendizagem ao longo da vida para todos” e suas metas correspondentes.

Com essa visão, transformadora e universal, percebem-se as “questões inacabadas” da agenda de EPT e ODM relacionadas à educação e também se abordam desafios globais e nacionais da educação. Ela é inspirada por uma visão humanista da educação e do desenvolvimento, com base nos direitos humanos e na dignidade; na justiça social; na inclusão; na proteção; na diversidade cultural, linguística e étnica; e na responsabilidade e na prestação de contas compartilhadas.

Reafirmamos que a educação é um bem público, um direito humano fundamental e a base que garante a efetivação de outros direitos. Ela é essencial para a paz, a tolerância, a realização humana e o desenvolvimento sustentável. Reconhecemos a educação como elemento-chave para atingirmos o pleno emprego e a erradicação da pobreza. Concen-

¹² Cfr. ROHLING, Marcos; VALLE, Ione Ribeiro. Princípios de Justiça e Justiça Escolar: a educação multicultural e a equidade. Op. cit., p. 386-409.

traremos nossos esforços no acesso, na equidade e na inclusão, bem como na qualidade e nos resultados da aprendizagem, no contexto de uma abordagem de educação ao longo da vida.¹³

Pode-se observar, de forma clara, o objetivo de elevar a educação ao patamar da verdadeira justiça social, para que a própria democracia seja realizada, consubstanciando também uma medida de pacificação social. O acesso à educação é reconhecidamente um direito humano, assim como fundamental no ordenamento jurídico pátrio. Ademais, a educação de qualidade, inclusiva e equitativa, é um dos Objetivos do Desenvolvimento Sustentável, preconizados como agenda mundial adotada durante a Cúpula das Nações Unidas em 2015.

Ressalte-se, igualmente, o raciocínio de Hoopgood e Van Leeuwen (2019) para a transposição dos preceitos anteriormente abordados, de forma prática, ao processo educacional, conforme se transcreve na sequência:

Exposing children to democratic and human rights standards means that there can be free discussion in the classroom. It is vital to be able to listen to others and try to understand how they see the world. The ability and habit of seeing things through one's own eyes and experiences, but also to see and understand the way others see the same things, is intrinsic to good education. Human rights standards are constant and universal, but understanding their full meaning comes through their application in specific circumstances. This is essential if transitions to democracy and the resolution of conflicts in society are to be successful and sustainable. It is not automatic that understanding of human rights will be inculcated, but it is essential that this understanding is nurtured in schools. This depends on curriculum content but also teaching methods.¹⁴

Com efeito, em termos gerais, os cidadãos não têm contato com os ideais relacionados aos direitos humanos e têm uma ideia bastante nebulosa do que representam. Isto contribui de maneira decisiva para manter um abismo entre as disposições normativas sobre os direitos humanos (sejam as normas internas, sejam acordos e diretrizes internacionais) e o cumprimento efetivo destes direitos na vida prática dos homens.

Atualmente, apesar do importante papel da educação na sociedade, o que se observa é um programa de ensino e uma diretriz educacional orientados para a formação de profissionais a ingressarem no mercado de trabalho como importantes peças da engrenagem socioeconômica, sobretudo urbana. Todos os níveis de educação, desde a básica, dirigem sua linha

¹³ UNESCO. Fórum Mundial de Educação 2015. *Declaração de Incheon*. Educação 2030: rumo a uma educação de qualidade, inclusiva e equitativa e à educação ao longo da vida para todos [Em linha]. Disponível em: https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000233137_por. Acesso em: 24 mar. 2020.

¹⁴ Leia-se em português, mediante tradução livre: "Expor as crianças a padrões democráticos e de direitos humanos significa que pode haver uma discussão livre na sala de aula. É vital poder ouvir os outros e tentar entender como eles vêem o mundo. A capacidade e o hábito de ver as coisas através dos próprios olhos e experiências, mas também de ver e entender a maneira como os outros vêem as mesmas coisas, é intrínseca à boa educação. Os padrões de direitos humanos são constantes e universais, mas a compreensão de todo o seu significado ocorre através da sua aplicação em circunstâncias específicas. Isso é essencial para que as transições para a democracia e a resolução de conflitos na sociedade sejam bem-sucedidas e sustentáveis. Não é automático que a compreensão dos direitos humanos seja inculcada, mas é essencial que essa compreensão seja nutrida nas escolas. Isso depende do conteúdo do currículo, mas também dos métodos de ensino." Cfr. HOOPGOOD, Susan; VAN LEEUWEN, Fred. *On Education & Democracy – 25 Lessons from the Teaching Profession*. Brussels: Education International, 2019. p. 19. ISBN: 978-92-95109-84-1.

de ensino para matérias relevantes à formação técnica e objetiva, atendo-se a uma cartilha que não auxilia a resolver problemas próprios da dinâmica social e, ademais, inabilitando um desenvolvimento pleno do potencial humano.

É inegável que o aspecto prático e profissional não pode ser olvidado. Para a necessária evolução social, no entanto, nota-se a necessidade pungente de uma mudança de paradigma para que os educadores e os núcleos de ensino formem seres humanos plenamente capazes de se desenvolverem segundo suas particularidades, incluindo os aspectos humanistas e próprios do princípio da fraternidade, além da sustentabilidade. É necessário formar seres integrais, ativos e conscientes socialmente, como maneira de se alcançar uma sociedade verdadeiramente democrática, conforme já preconizado no cenário internacional, para um modelo educacional adequado ao século 21 e rumo a 2030.

6 CONCLUSÃO

A partir da análise proposta e estabelecida no presente estudo, pretendeu-se delinear o necessário raciocínio jurídico a alicerçar a política de ensino, de forma a considerar a educação como elemento basilar de um sistema democrático de direito e, em realidade, pressuposto fático para que a democracia possa, de fato, ser exercida. Além disso, o acesso à educação representa o meio pelo qual a própria dignidade da pessoa humana pode ser alcançada, por intermédio do pleno desenvolvimento das potencialidades dos indivíduos e de sua autodeterminação.

Conforme objetivou-se demonstrar, porém, a educação é reconhecida como direito humano no cenário internacional, bem como é a necessária inclusão da pauta humanística nos programas de ensino, tanto de forma a integrar a estrutura organizativa das políticas públicas e da estrutura do modelo educativo, quanto a ser considerado conteúdo imprescindível do ensino objetivo.

A proposta de se recordar do princípio da fraternidade como moderador e modulador da igualdade e da liberdade, mas também como princípio objetivamente válido na esfera pública, reforça a consideração dos direitos humanos na política e no campo jurídico, com reflexo necessário na seara educativa. O ensino humanista é fraternal e também humanitário, sem olvidar-se que a fraternidade transcende as questões associadas a este último vocábulo.

Por fim, após delinear-se os fundamentos da Declaração Universal dos Direitos Humanos, buscou-se trazer ao debate os pontos objetivos do marco de ação adotado pela comunidade internacional até 2030, desenvolvido no âmbito do Fórum Mundial de Educação e, igualmente, liderado pela Organização das Nações Unidas, rumo a uma educação de qualidade inclusiva e equitativa. Tais ideais são tecnicamente relevantes para não se perder de vista a sua aplicabilidade, pois, sobretudo, constituem-se conceitos fundamentais a integrem de forma ampla as políticas públicas de ensino e sua execução no campo social.

7 REFERÊNCIAS

- AMAYA, Amalia. “La Relevancia de la Fraternidad”. In: *Yale Law School* [Em linha], p. 5. Disponível em: https://law.yale.edu/sites/default/files/area/center/kamel/sela17_amaya_cv_sp.pdf. Acesso em: 24 mar. 2020.
- BRITTO, Carlo Ayres. *O humanismo como categoria constitucional*. 2ª reimpressão. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2012.

CUNHA, Paulo Ferreira. “Do Direito Natural ao Direito Fraternal”. In: *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, jan./jun, 2009, p. 78-86. ISSN: 2175-2168. Disponível em: <http://www.revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/5138>. Acesso em: 23 mar. 2020.

GONZALEZ, Roberto Veiga. “Entrevista al Profesor Antonio María BAGGIO”. In: El horizonte de la fraternidade [Em linha]. Disponível em: http://www.uca.edu.ar/uca/common/grupo75/files/antonio_baggio.pdf. Acesso em: 15 fev. 2020.

HOOPGOOD, Susan; VAN LEEUWEN, Fred. *On Education & Democracy – 25 Lessons from the Teaching Profession*. Brussels: Education International, 2019. ISBN: 978-92-95109-84-1.

ONU. Organização das Nações Unidas. *Declaração Universal dos Direitos do Homem* [Em linha], 1948. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2010.

PERCIO, Enrique del. “Fraternidad, conflicto y realismo político. Claves para pensar la integración desde América Latina”. In: *Teoría y Praxis*, n. 21, jun./dic. 2012. Disponível em: <http://rd.udb.edu.sv:8080/jspui/bitstream/11715/857/1/1-fraternidad-conflicto-y-realismo-politico.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2020.

ROHLING, Marcos; VALLE, Ione Ribeiro. “Princípios de Justiça e Justiça Escolar: a educação multicultural e a equidade”. *Cadernos de Pesquisa*, v. 46, n. 160. p. 386-409 abr./jun. 2016.

SARTORI, Giovanni. *La Democracia en Treinta Lecciones*. México: Santillana Ediciones Generales, 2009.

UNESCO. Fórum Mundial de Educação 2015. *Declaração de Incheon*. Educação 2030: rumo a uma educação de qualidade, inclusiva e equitativa e à educação ao longo da vida para todos [Em linha]. Disponível em: https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000233137_por. Acesso em: 24 mar. 2020.

<http://dx.doi.org/10.21527/2317-5389.2020.15.24-40>

O Controle de Convencionalidade Sob a Perspectiva do Direito Processual Constitucional

Fernando Hoffmam

Doutor e Mestre em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos); Bolsista Proex/Capes no Mestrado e Doutorado; Membro do Grupo de Pesquisa Estado e Constituição e da Rede Interinstitucional de Pesquisa Estado e Constituição, registrado junto à FDV/ES, à ESDHC/MG e ao CNPq; Professor Adjunto I do Departamento de Direito da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM); Líder do Grupo de Pesquisa Núcleo de Estudos do Comum (NEC) registrado junto à UFSM/RS e ao CNPq; Especialista em Direito: Temas Emergentes em Novas Tecnologias da Informação e Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Franciscano (Unifra). <http://lattes.cnpq.br/6674587928301231>. <https://orcid.org/0000-0002-2211-9139>. ferdhoffa@yahoo.com.br

Fernanda Siqueira Lemes

Especialista em Direito Civil e Processo Civil e bacharel em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI/*Campus* Santiago). Advogada. <http://lattes.cnpq.br/6028549708641934>. fernandalesmesadv@gmail.com

RESUMO

O presente artigo tem como escopo tratar da intensificação do processo de internacionalização do direito a partir dos direitos humanos e, nessa lógica, das modificações impostas ao direito processual constitucional como concebido classicamente. Objetiva-se demonstrar a relação entre o controle de convencionalidade e a construção de um direito processual constitucional no que diz respeito ao Brasil e à América Latina inseridos no processo de internacionalização do direito pelos direitos humanos. Nesse caminho, o diálogo entre jurisdições também se intensifica numa realidade que passa a englobar controle de constitucionalidade e de convencionalidade em uma mesma prática processual. Sendo assim, o que se nota é que o controle de convencionalidade coloca-se como instituto potencializador do processo de internacionalização do direito e do diálogo de jurisdições, tendo como fio condutor a proteção e a concretização dos direitos humano-fundamentais em toda a sua amplitude e profundidade.

Palavras-chave: Direito processual constitucional. Diálogo de jurisdições. Internacionalização do direito. Controle de convencionalidade.

THE CONVENTIONALITY CONTROL IN THE PERSPECTIVE OF CONSTITUTIONAL PROCEDURAL LAW

ABSTRACT

This article has the scope to deal with the intensification of the process of internationalization of law from human rights, and in this logic of the changes imposed on the constitutional and procedural law as classically conceived. The objective is to demonstrate the relationship between the control of convention and the construction of a constitutional procedural law in relation to Brazil and Latin America inserted in the process of internationalization of human rights law. In this way, the dialogue between jurisdictions also intensifies in a reality that now includes control of constitutionality and conventionality in the same procedural practice. Therefore, it is noted that the control of conventionality arises as a potential of the process of internationalization of law and the dialogue of jurisdictions, taking as a guide the protection and realization of human fundamental rights in all its breadth and depth.

Keywords: Constitutional procedural law. Dialogue of jurisdictions. Internationalization of law. Conventionality control.

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 O direito processual constitucional na lógica da internacionalização do direito. 3 O controle de convencionalidade como mecanismo potencializador da internacionalização do direito a partir dos direitos humanos. 4 Conclusão. 5 Referências.

Recebido em: 7/1/2018
Modificações solicitadas em: 13/2/2019
Aceito em: 17/9/2019

1 INTRODUÇÃO

O direito processual, com o tempo, passou por modificações no sentido de ampliação de seus conteúdos, função e estrutura, sendo redimensionado nos caminhos apontados pelo novo constitucionalismo surgido no pós-guerra e na linha da efetiva garantia e concretização dos direitos fundamentais. Nesse caminho, toma forma uma nova disciplina jurídica autônoma que passa a ser denominada de direito processual constitucional. Tal disciplina, no entanto, também vê-se desafiada em sua conteudística, função e estrutura, ao adentrar-se o signo da internacionalização do direito, sobretudo, a partir dos direitos humanos, o que faz com que as intenções do direito processual, enquanto ambiente de garantia e concretização, extrapole o nacional-constitucional rumo ao internacional-convencional (Parte 1).

Nesse ambiente de intensas modificações, as ordens jurídico-constitucionais internas passam a dialogar e conformar-se em direção ao constitucionalismo do pós-guerra, o que implica a garantia e a concretização dos direitos humano-fundamentais. Tais disposições tornam-se ampliadas com o movimento de internacionalização do direito pelos direitos humanos e, no caso latino-americano, torna-se necessária a adequação das normas nacionais/constitucionais à Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) e às decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH). Esse movimento em torno à máxima proteção e concretização dos direitos humano-fundamentais, no bojo do processo de internacionalização do direito a partir dos direitos humanos, tem como mecanismo potencializador o controle de convencionalidade (Parte 2).

Nesse caminho, objetiva-se a demonstração de que há uma relação direta entre o controle de convencionalidade e a construção de um direito processual constitucional latino-americano, tendo como balizas o diálogo entre as jurisdições constitucionais e convencionais, e como parâmetro a construção de um arcabouço conteudístico e protetivo para os direitos humanos. Atenta-se, então, para a problemática de compatibilização e inter-relação dos processos de construção do direito processual constitucional como disciplina jurídica, e de atuação do controle de convencionalidade nesse contexto como potencializador do movimento de internacionalização do direito a partir dos direitos humanos. Assim, tem-se como hipótese a evidente relação entre os três movimentos trabalhados no presente texto, bem como a necessária efetividade do controle de convencionalidade para a construção de um verdadeiro direito processual constitucional que extrapole os limites estatais. Para tanto, elegeu-se o método hermenêutico-fenomenológico no sentido de desvelar-se, questionando-se sobre a relação entre direito processual constitucional e controle de convencionalidade no interior do processo de internacionalização do direito pelos direitos humanos, procurando compreender a interação entre esses três fenômenos, quais sejam: a construção do direito processual constitucional, a realização do controle de convencionalidade e a internacionalização do direito sob o viés dos direitos humanos.

2 O DIREITO PROCESSUAL CONSTITUCIONAL NA LÓGICA DA INTERNACIONALIZAÇÃO DO DIREITO

O direito processual que nasceu na modernidade trazia consigo as características de um regime que, para além de um novo paradigma político, tratava-se de um novo paradigma econômico e social. Tal paradigma, atendendo pelo nome de liberalismo, lançou seus braços

por toda uma gama de instituições e percepções jurídicas e sobre o direito. O processualismo moderno traz marcas muito particulares que o colocam no mundo como um ambiente propício à garantia desse novo modelo político-econômico.

Com o avançar da história, no entanto, passa-se a necessitar de um paradigma jurídico e de um novo modelo de processo que se coadunem com o avançar dos modelos políticos e sociais de garantia do homem e de seu bem viver em sociedade. Assim sendo, avançando-se rumo ao Estado Constitucional de Direito, avança-se também ao encontro de um processualismo banhado nas águas do constitucionalismo que se promove. Por tal motivo, toma forma, sobretudo, contemporaneamente, um processualismo constitucionalizado, ou o que se chama de Direito Processual Constitucional, assumindo um papel de destaque na prática jurídico-político-social na atualidade.

Nesse caminho, Ferrer Mac-Gregor (2008) destaca que o direito processual constitucional compreende duas dimensões distintas – mas que se comunicam –, em que a primeira é a dimensão histórico-social e a segunda a cientificização desse como um ramo do Direito. Para o mesmo autor, a primeira dimensão refere-se aos instrumentos jurídico-processuais de proteção dos direitos humanos, posto que a cientificização da matéria se dá de 1928 a 1956.¹

Embora sejam importantes esses delineamentos a respeito do assunto, para os fins deste trabalho procurar-se-á adentrar mais diretamente no que concerne (a) o direito processual constitucional propriamente dito. Tal ramo do Direito, não pode restar dúvidas, se preocupa com a garantia da ordem constitucional a partir de uma série de institutos processuais, individuais e coletivos albergados pela Constituição – que compõem o direito processual constitucional –, e, sendo assim, pode ser olhado numa dupla perspectiva, pois, ao mesmo tempo em que se amolda por esses instrumentos de garantia, é a “ciência” que garante a manutenção da ordem constitucional-material (NOGUEIRA-ALCALÁ, 2009).

De todo modo, contudo, direito processual constitucional não se confunde com direito constitucional, tampouco com direito processual. É uma disciplina híbrida² que engloba a garantia processo-procedimental – a partir de instrumentos insculpidos na Constituição e fora dela – da Constituição e dos direitos nela albergados. Desse modo, a disciplina do direito

¹ Quanto ao desenvolvimento científico e a conseqüente organização sistemática do direito processual constitucional enquanto disciplina jurídica autônoma, Eduardo Ferrer Mac-Gregor salienta que esse processo se deu em quatro etapas: a) a primeira originada dos trabalhos de Kelsen a respeito das garantias jurisdicionais da Constituição e seus desdobramentos a partir do debate com Schmitt; b) após, a partir das teorizações de Niceto Alcalá-Zamora y Castilho sobre uma nova disciplina processual, origina-se a segunda fase, culminando com a firmação do autor de compreender-se o instituto do amparo inserido no direito processual constitucional; c) a terceira etapa compreende a absorção, por parte da doutrina processual da época, dos desdobramentos feitos no direito processual pelo aparecimento desse novo ramo do Direito, e se dá, sobretudo, a partir dos estudos de Couture, Calamandrei e Cappelletti; d) a quarta etapa consiste na definição conceitual e sistemática da nova disciplina jurídico-processual, tendo como referência os estudos de Fix-Zamudio a respeito dos contornos jurídico-dogmáticos que revestem a nova disciplina em sua natureza, conceitualização, conteúdo e diferenças no que se refere ao direito constitucional (MAC-GREGOR, 2008).

² A utilização do termo híbrido nesse ponto não significa que o direito processual constitucional possa ser visto como uma matéria dúbia ou de dupla identidade. O que se quer dizer é que esse novo ramo do Direito engloba conteúdos processuais e constitucionais, bem como banha-se em toda a contéudística constitucional contemporânea e, ao mesmo tempo, garante essa constitucionalidade. Desse modo, o direito processual constitucional é uma “terceira coisa” que, sim, guarda relação com o direito constitucional e processual, mas não os repete.

processual constitucional forja-se a partir da Carta Constitucional para garanti-la, bem como a partir de uma nova mirada sobre o direito processual que eclode na construção desse novo ramo do Direito.

Dessa forma, para o autor deste trabalho é desnecessário discutir se a nomenclatura correta deve ser direito processual constitucional ou direito constitucional processual, haja vista que ambas nominatas agregam os conteúdos que conformam esse novo saber jurídico, dando ordem de uma disciplina não somente constitucional, mas, também, constitucionalizada. Nessa perspectiva, o direito processual constitucional deve, em seu cerne, aplicar a ordem constitucional a partir de normas procedimentais que emergem da própria ordem constitucional – *habeas data*, *habeas corpus*, ação civil pública, mandado de segurança, formas de controle de constitucionalidade, etc. – mas, também, tem o condão de dar ao direito processual uma roupagem constitucional, um agir em processo conforme a constituição – o que, ainda assim, não faz o direito processual constitucional ser um ramo do direito constitucional (NOGUEIRA-ALCALÁ, 2009).

Com isso, quer-se deixar claro que não se deve confundir direito processual constitucional com justiça constitucional, jurisdição constitucional ou tribunais constitucionais, embora, na experiência europeia, possam ser usados como sinônimos, ou pelo menos no mesmo sentido do termo mais utilizado na América Latina – direito processual constitucional (BAZÁN, 2011). Tais instituições e conceitos fazem parte de uma ordem processual constitucional compondo-a, mas não tendo o mesmo significado, ou seja, o direito processual constitucional engloba a jurisdição constitucional e conforma uma justiça constitucional – num primeiro momento internamente – que dá cara à Constituição como uma norma que efetivamente constitui.

Conforme Bazán (2011), essa nova disciplina sistematiza-se a partir de um arcabouço principiológico-normativo-valorativo que pretende salvaguardar os ditames constitucionais, bem como, para além da própria Constituição, resguardar os direitos humanos em toda a sua extensão e profundidade. Constrói-se uma disciplina distinta que tem por base confirmar a ordem constitucional interna – dentro dos limites da estatalidade – mas, para além desse primeiro passo, emoldurar uma ordem jurídico-normativo-processual de garantia e concretização dos direitos humanos transcendentais da institucionalidade estatal, como direitos do cidadão (SAGÜES, 2013).

Dentro desse cenário, desponta uma forma jurídico-processual que consubstancia uma série de garantias processuais-constitucionais que dão corpo a um conjunto de direitos e garantias processuais do cidadão. Essa nova conjuntura vem marcada em diversos textos constitucionais por uma carga principiológica protetora do indivíduo e da sociedade em processo, solidificando um processualismo que extrapola os limites da processualística clássico-moderna e permite o alvorecer de um direito processual renovado pelas experiências democrático-constitucionais contemporâneas (SALDANHA, 2010).

Assim, ganha corpo um direito processual oxigenado pelos processos de democratização – em especial no caso latino-americano – que se funde conteudisticamente em extensão e profundidade a um novo constitucionalismo e propicia uma atividade jurisdicional concreta

para a ação cidadã dos sujeitos jurídico-sociais. Os ditames constitucionais não estão mais adstritos somente às ações do(s) Estado(s), mas também ligados umbilicalmente às vontades e possibilidades dos cidadãos enquanto seres humanos e sujeitos de direito (BAZÁN, 2011).

Assim, as ações estatais internas em processo – constitucional – abarcadas pela jurisdição constitucional – possibilidades de controle de constitucionalidade – ganham um âmbito que transpassa as responsabilidades estatais e do agir do Estado, e deflagram um agir do cidadão em processo rearranjado em meio ao direito processual constitucional. A jurisdicionalidade processual constitucional extrapola os limites do controle de constitucionalidade por não estar aferrada exclusivamente à vertente da jurisdição constitucional – classicamente vista como controle difuso e concentrado de constitucionalidade –, passando a manter relação extremamente próxima com práticas de garantia dos direitos humano-fundamentais (SAGÜES, 2013).

A nova jurisdição, atinente a um verdadeiro direito processual constitucional, entre-meia-se ao constitucionalismo contemporâneo e coloca-se como condição de possibilidade para garantir e concretizar o Estado Democrático de Direito e seus conteúdos. Fica nítido que tal jurisdição nova e inovadora perscruta os elementos de direitos fundamentais, dando chão a uma ordem protetora do cidadão e de seus direitos, que se realiza – também – no âmago dessa nova vertente do Direito (ESPÍNDOLA, 2010). O projeto processual constitucional alinha-se aos novos projetos constitucionais e repercute de maneira ampla na(s) ordem(ns) jurídico-político estatal(is), causando uma intercomunicação constitucional no que se refere aos materiais elementares do direito processual constitucional. Funda-se uma constitucionalidade processual comum no concernente às garantias, procedimentos e princípios, que substanciam um processualismo constitucional (SALDANHA, 2010).

O direito processual constitucional, advindo dessas novas experiências constitucionais que desembocam na constitucionalização dos mais variados ramos do direito, consiste em um parâmetro interno – pelo menos num primeiro momento – de consolidação da Constituição como documento basilar de toda a normatividade jurídica, apontando os caminhos procedimentais de garantia da própria ordem constitucional e dos direitos humano-fundamentais, vistos de uma perspectiva além-Constituição. Ademais de garantir a normatividade constitucional e os direitos fundamentais ali albergados, bem como trazer à disciplina processual uma nova gama de instrumentos processuais de garantia, o direito processual constitucional que toma forma deve garantir direitos e concretizar garantias de cidadania e possibilidade de participação do “homem comum” na arena político-jurídica, a fim de garantir-lhe a condição de cidadão, sujeito de direitos e, sobretudo, ser-humano.

Nessa perspectiva, constitui-se em uma “forma processo-jurisdicional” que imbrica conteudisticamente a força constitucional, os conteúdos referentes a direitos humano-fundamentais e um aparato processual apto a ressaltar e resguardar tanto a Constituição quanto os direitos humano-fundamentais, sob um viés de proteção e garantia ampla e irrestrita desse novo ambiente político-jurídico-social e suas elementares (ESPÍNDOLA, 2010). O direito processual constitucional é substância de um Direito de garantias, que pretende dar forma a uma nova compreensão humana do Direito e dos direitos, assumindo uma perspectiva de

imposição dos direitos humanos, das garantias fundamentais e dos princípios processuais de proteção, como fomentadores de uma ordem jurídica justa em extensão e profundidade (SALDANHA, 2010).

Nesse caminho, porém, por meio da ação dos direitos humanos como conteúdos independentes de qualquer ordem constitucional estatal, bem como de qualquer dever de proteção e garantia restrito à determinada espacialidade, coloca-se a disciplina do direito processual constitucional ante a um novo desafio. Torna-se necessário compatibilizar o direito processual constitucional enquanto elemento jurídico interno, com uma ordenação externa que também reflete as preocupações dos novos movimentos constitucionais com a garantia e a concretização dos direitos humano-fundamentais.

Essa ordenação externa – internacional –, no entanto, rompe os limites colocados pelo Estado e pela constitucionalidade própria desse na contemporaneidade, não a desconsiderando, mas, sim, transcendendo o que está necessariamente garantido constitucionalmente. Conforma-se um ambiente de garantia e concretização que excede a ordem constitucional interna e passa a operar a partir de uma racionalidade englobante e não limitadora da(s) capacidade(s) protetiva(s), como estando intrinsecamente ligadas a um aparato constitucional único e estatalizado.

Esse movimento de alargamento das esferas jurídico-protetivas que se dá a partir da necessidade de garantir e concretizar os direitos humanos, não mais somente no plano nacional, mas, também, no plano internacional, costuma ser chamado de internacionalização do direito.³ Esse processo de recomposição do jurídico-político ocorre desde o que se pode denominar de direito internacional dos direitos humanos, que excede os limites da estatalidade e do constitucionalismo que a ela se vincula, assumindo para si a função de consolidar um ambiente protetivo de direitos universal(izável) e mundial(zado).

Como bem afirma Saldanha (2012), nas constantes movimentações de nacionalismo, que procuram afirmar a condição estatal – de pertencimento a um Estado/a uma Nação –, muitas vezes a partir de sua constitucionalidade própria, não se pode negar a proliferação e o convívio de normas nacionais, regionais e internacionais, bem como não se pode refutar o aflorar de novas jurisdicionalidades a partir desse processo intercomunicacional. Nesse sentido, nota-se com clareza uma movimentação intercruzada do direito constitucional em direção ao direito internacional – internacionalização do direito constitucional – e do direito internacional em direção ao direito constitucional – constitucionalização do direito internacional –, que perfaz um novo constitucionalismo que dá conta da emergência dos direitos humanos como ponto supremo de fundamentação das ações jurídico-políticas (PIOVESAN, 2012).

³ Saldanha (2012) identifica pontualmente sete dimensões desse fenômeno chamado de internacionalização do direito: a) tratar-se de um movimento que se estende para além das fronteiras nacionais e que envolve uma multiplicidade de caracteres; b) a ausência de uma efetiva ordem jurídica internacional, o que aparece – ou pode aparecer – como um problema; c) constituir-se em uma superposição de regras jurídicas; d) a superabundância de instituições; e) a complexificação do cenário, decorrente da ausência de sistemas interativos e instáveis; f) o eixo de tensão entre os direitos do comércio e os direitos humanos; g) a necessidade de conceber-se possível o universal, dando forma a uma nova gramática que possibilite a existência de um patrimônio comum da humanidade.

Esse é o cenário de expansão do direito internacional por meio da juridificação das relações internacionais e do “contato promíscuo” entre direito internacional e direito constitucional – suprarreferido. Percebe-se um alargamento das ordens constitucionais estatais em direção aos conteúdos de direito internacional – sobretudo no que diz respeito aos direitos humanos – corroborando uma passagem da dualidade entre ambiente interno e externo a um ambiente comum de asseguramento das ordens constitucionais, da ordem internacional e, principalmente, dos direitos humanos (RAMOS, 2011/2012).

Nessa maré, o Direito passa a operar por meio dos direitos humanos a partir de um sistema múltiplo de fontes consubstanciado na garantia e proteção universal dos direitos humanos, numa lógica de inter-relação sistêmico-normativa que formata um aparato processo-jurisdicional decomposto das órbitas estatais-constitucionais clássicas (DELMAS-MARTY, 2004).

Desponta nesse cenário a primazia dos direitos humanos como um conteúdo transcendente às ordens jurídico-político internas, desaguando numa nova formação jurídica de deveres e garantias para além do constitucional, deveres e garantias do e para o humano – o ser-humano – alçado à condição de centralidade no plano das disputas de poder – seja econômico, político ou jurídico (PIOVESAN, 2012). Como bem assinala Piovesan (2011), consolida-se um verdadeiro *ius commune* latino-americano em matéria de direitos humanos e sua proteção, dando base ao desenvolvimento de práticas e metodologias que sustentem o arcabouço jurídico-político que se forma ao redor dessa reorganização jurídico-normativa.

Desse modo, toma forma um constitucionalismo regional – latino-americano – que se capacita a partir de uma ideia comum a respeito dos direitos humanos, das garantias fundamentais e das instrumentações processo-procedimentais⁴ que passam a ser comuns em diversos textos constitucionais da Latino-América. Esse constitucionalismo transcendente forma-se pela ótica dos direitos humanos como direitos para além da condição estatal (PIOVESAN, 2011). Sob essa perspectiva, é necessário pensar uma jurisdiicionalidade processual capaz de dar conta dessas modificações do ambiente constitucional, estatal e internacional, que implicam uma retomada do direito processual constitucional como importante fonte de garantia e concretização dos direitos humanos.

O direito processual constitucional, nesse sentido, tem suas funções e conteúdos ampliados em relação ao que se tinha pensado inicialmente para essa nova disciplina. A garantia da ordem constitucional, bem como a delimitação de instrumentos processuais que a confirmam, assegurando os direitos e garantias fundamentais albergados constitucionalmente, ficam com contornos limitados ante as contingências do mundo contemporâneo e das violações constantes a direitos humanos que, em muitas ocasiões, transbordam os limites da fundamentalidade constitucional. Nas trilhas do que preleciona Zúñiga (2013), é necessário que se consolide um sistema de garantias que transcenda o nacional e o (direito) constitucional em direção ao internacional e ao(s) (direitos) humano(s), numa simbiose construtiva de uma nova sistematicidade processual constitucional como nível “superior” e irrestrito de proteção dos direitos humano-fundamentais.

⁴ Sobre o tema, no que concerne ao aparato processual comum em relação à América Latina, ver SALDANHA, 2010.

Nesse caminhar, amplia-se o conteúdo/a disciplina do direito processual constitucional a partir da formação de um sistema compartilhado de proteção dos direitos humanos que transcende os limites do Estado e, assim, da ordem constitucional pátria, rumo a um direito processual constitucional internacionalizado e desvincilhado das lógicas estatais clássicas (BOLZAN DE MORAIS, 2011). Os tribunais superiores, na utilização desse arcabouço teórico propiciado por esse novo ramo do direito, passam a agir, para além da defesa da Constituição, na defesa dos direitos humanos como elementos mundiais-universais e, não somente, restritos à fundamentalidade jurídico-constitucional (CAVALLO, 2012). Com isso, consolida-se o direito processual constitucional em âmbito interno e passa-se a exigir do mesmo uma adequação de alcance contudístico – tanto em profundidade quanto em extensão – em âmbito externo.

Nesse viés, o direito processual constitucional não pode seguir restrito ao ambiente interno/nacional, preocupado “apenas” com a garantia do texto constitucional, não avançando rumo à materialização de direitos de caráter humanitário que excedem a normatividade estatal. Passa a ser imprescindível que se construa uma ordem processual ampliada e múltipla na análise de conteúdos e nas possibilidades decisórias, dando um caráter internacional à processualidade constitucional instaurada (RAMOS, 2011/2012). Essa redefinição das atribuições e conteúdos, atinentes ao direito processual constitucional, tem como importante base – em se tratando de América Latina – a formação de um bloco de constitucionalidade não somente em matéria de direitos humanos, mas, também, de direito processual que, na conformação do diálogo entre si, consolida uma trajetória de alargamento tanto do direito constitucional quanto do direito processual (SALDANHA, 2010).

Dessa forma, a partir do florescer de uma Constituição convencionalizada⁵ pelos aportes do direito internacional dos direitos humanos (SAGÜES, 2013), deve-se articular a (re)construção de um direito processual constitucional internacionalizado pelos mecanismos internacionais de proteção e garantia dos direitos humanos – seja em âmbito nacional ou internacional. É mister um novo entendimento acerca do sentido e das atribuições do direito processual constitucional em direção à sua ampliação enquanto disciplina jurídica autônoma, não sendo admissível um refreamento de suas elementares protetivas.

Nessa lógica, o direito processual constitucional passa, ou deveria passar, a assegurar internamente uma ordem internacional e mundializada de direitos e garantias da humanidade, bem como a consolidar internacionalmente uma ordem constitucional e nacional de compatibilidade com a defesa e garantia dos direitos humanos e com os tratados e convenções internacionais. Amplia-se a contudística e a procedimentalidade processual constitucional no caminho de um sistema de justiça que trate interno e externo como um só – mesmo que ressalvadas suas peculiaridades. Nos dizeres de Piovesan (2011), há uma necessidade de se garantir a incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos na ordem jurídica doméstica de maneira efetiva, o que passa decisivamente pela ampliação das matérias e for-

⁵ O termo Constituição convencionalizada guarda ligação direta com o procedimento do controle de convencionalidade das normas e decisões nacionais com os ditames da Convenção Americana de Direitos Humanos – CADH – e a interpretação da mesma, dada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos – CIDH.

mas de trabalho em relação ao direito processual constitucional, não mais como “apenas” uma disciplina jurídica parte do corpo normativo interno, mas, também, parte e garantidora de uma ordem jurídica mundial(izada).

Nesse sentido, é necessário pensar-se o direito processual constitucional para além dos seus limites clássicos, abrangendo um novo aparato no que se refere à tutela do direito e, sobretudo, no tocante à garantia e concretização dos direitos humanos no plano nacional e internacional. Sob essa ótica, o direito processual constitucional abarca o direito internacional dos direitos humanos e é abarcado por esse fenômeno, inserindo-se no processo de internacionalização do direito a partir dos direitos humanos e passando a ter o controle de convencionalidade como vetor central desse movimento. É o que se passa a tratar.

3 O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE COMO MECANISMO POTENCIALIZADOR DA INTERNACIONALIZAÇÃO DO DIREITO A PARTIR DOS DIREITOS HUMANOS

O Pacto de San José da Costa Rica foi baseado na Declaração Universal de Direitos Humanos, assinado pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em 22 de novembro de 1969, para proteger os direitos fundamentais do homem. O controle de convencionalidade é um mecanismo que se refere à compatibilidade de normas e no processo de verificação da conformidade interna de um país com a convenção. Mediante o Controle de Convencionalidade, busca-se analisar se a legislação de um país está de acordo com os Tratados e Convenções internacionais que o Estado se comprometeu a cumprir. Com a adesão ao pacto pelo Brasil, tanto o texto da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) quanto as decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), devem ser levadas em conta pelo legislador e pelo Poder Judiciário (decisões de tribunais), num processo de compatibilização do direito interno com o direito internacional dos direitos humanos.

Evidencia-se que o estudo do controle de convencionalidade como mecanismo potencializador do diálogo entre a jurisdição brasileira e a jurisdição da CIDH, mostra-se extremamente necessário na medida em que suas decisões produzem efeitos significativos para os Estados que reconhecem sua jurisdição. De igual modo, afigura-se importante averiguar como se dá tal diálogo em relação aos demais países latino-americanos.

Sérgio García Ramírez, ex-presidente da Corte Interamericana, foi pioneiro quanto ao tema Controle de Convencionalidade. Fez também comparações entre o papel desempenhado pelos tribunais constitucionais domésticos e as cortes internacionais de direitos humanos em seus votos. Explica a missão de garantir o Estado de Direito ao apreciar e julgar os atos de autoridades em relação à lei suprema do país. De forma semelhante, os tribunais internacionais de direitos humanos interpretam, julgam e aplicam os tratados desta matéria, manifestando-se sobre os atos que violam e são praticados em relação às obrigações convencionais assumidas (RAMÍREZ, 2011).

O controle de convencionalidade é semelhante à questão da “constitucionalidade”. Em ambas, envolve consulta sobre convencionalismo de alto padrão em um tribunal superior competente para enfrentar e resolver a consulta. Desta forma, ele serve para a harmonização do direito nacional e impede a multiplicação de conflito de decisões judiciais (RAMÍREZ, 2011).

A Corte e a Comissão Interamericana são os órgãos responsáveis pela efetivação dos direitos humanos no Continente. Os órgãos foram estabelecidos pela Convenção Americana de Direitos Humanos. A Corte Interamericana de Direitos Humanos é o órgão jurisdicional do Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

Os tratados de direitos humanos possuem um caráter especial, pois têm a finalidade de proteger os direitos fundamentais dos seres humanos, independentemente da sua nacionalidade, e pode ser até mesmo contra o seu próprio Estado ou outros Estados signatários. Os Estados que passam por um tratado de direitos humanos estão sujeitos a uma ordem legal, dentro da qual assumem obrigações para com os indivíduos que estão sob sua jurisdição (BAZÁN, 2011).

Para se obter um Estado Constitucional Humanista de Direito, é preciso que o Estado cumpra com o pacto e aplique as normas do tratado. A aplicação é encontrada como o resultado do diálogo travado entre as fontes em um caso concreto. Nesse contexto de dialogar sobre a norma mais benéfica a ser aplicada, observamos o pilar da primazia: o princípio da dignidade humana.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos é expressamente autorizada para analisar e investigar as denúncias e petições que recebem com o argumento de violação de Direitos Humanos, em conformidade com os artigos, estatuto e o regulamento da convenção. A função principal da CIDH é de promover a observância e a defesa dos Direitos Humanos. Nesse Contexto, a CIDH nos informa:

Qualquer indivíduo, grupo ou organização não governamental pode apresentar uma denúncia perante a Comissão alegando a violação de um direito protegido pela Convenção Americana e/ou a Declaração Americana. A denúncia pode ser apresentada em qualquer dos quatro idiomas oficiais da OEA (inglês, francês, português ou espanhol), e pode ser apresentada pela suposta vítima ou por um terceiro (CIDH, cap. II, 2001).

Podem ser citados inúmeros casos sobre os quais a Corte Interamericana de Direitos Humanos efetivamente desenvolveu o controle jurisdicional de convencionalidade. É importante destacar o primeiro caso em que a Corte exerceu o *judicial review* de convencionalidade: o *Loayza Tamayo versus Peru* (1997).⁶

Maria Loayza Tamayo foi torturada e teve sua liberdade privada ilegalmente. Em decorrência disto, o Peru foi condenado a reparar Loayza pelos graves danos sofridos, tendo sido decretada sua libertação imediata bem como o pagamento das custas processuais. Cabe ressaltar que a Corte é parte legítima para reconhecer o processo, pois o Peru ratificou a convenção em 1978.

⁶ A primeira vez que foi sustentado na Corte que esta deveria realizar o exame da compatibilidade da legislação de um Estado-membro, no entanto, parece ter sido no caso *El Amparo*, julgado em 14 de setembro de 1996. Na espécie, o juiz Antônio Augusto Trindade, em voto dissidente (sobre um dos pontos da sentença), defendeu que, “além das reparações e indenização ordenadas, deveria a Corte também ter procedido à determinação (solicitada pela Comissão Interamericana) da incompatibilidade ou não do Código de Justiça Militar da Venezuela (artigo 54 (2) e (3)) com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, e de suas consequências (*sic*) jurídicas” (SALDANHA, 2012, p. 4).

Por violar vários dispositivos da Convenção Americana de Direitos Humanos, entre os quais a liberdade pessoal, a integridade, as garantias judiciais e a proteção judicial, o estado peruano foi condenado pela Corte Interamericana no dia 17 de setembro de 1997. A condenação deu-se por afronta ao artigo 8 [4] do Pacto. No parágrafo 68 da sentença fica claro sobre a incompatibilidade convencional destas leis peruanas (SALDANHA, 2012, p. 7).

O caso de Loayza foi o primeiro em que a Corte exerceu o Judicial Review de Convenionalidade, quando o Peru foi condenado a reparar Loayza. Neste caso, ficou evidenciada a negligência do país com relação aos Direitos Humanos.

Não existem dúvidas de que o papel desenvolvido pela CIDH é de extrema importância para a perfeita garantia dos Direitos Humanos. Antes do advento da criação do Sistema de Proteção de Direitos Humanos (Corte e Comissão), a pessoa que tivesse seus direitos violados nada poderia fazer a não ser se conformar com a decisão proferida pelo Estado. Resta afirmar que a Corte permite a possibilidade de julgar decisões contrárias do Estado em que haja a violação dos Direitos Humanos.

Em 26 de setembro de 2006, a Comissão conceituou o termo “controle de convencionalidade” pela primeira vez no caso de *Almonacid Arellano vs Chile*. Tendo, pois, o Estado ratificado a Convenção Americana, fica sujeito às suas normas para que não sejam aplicadas leis contrárias, exercendo o Controle de Convenionalidade. O Judiciário deve levar em conta o tratado e a interpretação feita pela CIDH (NOGUEIRA-ALCALÁ, 2012).

Em conformidade com os artigos 1º.1, 8º e 25 da Convenção Americana, em 9 de outubro de 2002 a Comissão admitiu a petição feita por Mario Márquez Maldonado e Elvira del Rosario Gómez Olivares, familiares de *Almonacid Arellano* (CIDH, 2006a).

O senhor *Almonacid Arellano*⁷ foi assassinado no período da ditadura, época em que vigorava a Lei de Anistia, no dia 17 de setembro de 1973, vítima da repressão da ditadura militar. *Almonacid* era professor e membro do partido comunista, e, por conta disso, foi preso na residência em que morava e carregado pelos seus captores; em seguida foi morto a tiros (CIDH, 2006a). A comissão concluiu que a vítima foi executada por agentes do governo ditatorial, com total violação dos Direitos Humanos. Na sentença de *Almonacid*, em relação à Lei de Anistia, a Corte mantém um posicionamento de inaplicabilidade da Lei, fazendo a seguinte afirmação:

são inadmissíveis as disposições de anistia, as disposições de prescrição e o estabelecimento de excludentes de responsabilidade que pretendam impedir a investigação e punição dos responsáveis por graves violações de direitos humanos, tais como tortura, execuções sumárias, extralegais ou arbitrárias e desaparecimentos forçados, todas elas proibidas por violar direitos inderrogáveis reconhecidos pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos (par. 41) (CIDH, 2006a, p. 67).⁸

⁷ Para consulta aos casos, visualizá-los na página de Casos Contenciosos da CIDH (2006a).

⁸ CIDH. “son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos” (p. 41).

Com a intenção de se eximir da responsabilidade pelo crime de assassinato cometido contra o senhor Almonacid Arellano, o Estado chileno alegou estar tutelado pela Lei de Anistia, pois a mesma era vigente na época do crime. Neste sentido, a Corte sentenciou que a Lei de Anistia e suas disposições são inaplicáveis, não podendo impedir a investigação e a punição dos responsáveis pelos crimes de graves violações dos Direitos Humanos.

No caso dos Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Peru, em conformidade com os artigos 50 e 61 da Convenção Americana, a Comissão apresentou à Corte uma ação contra o Estado do Peru por violações aos artigos 8º.1 e 25,1 (Proteção Judicial) da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e por violação das disposições dos artigos 1º.1 (Obrigação de Respeitar Direitos) e 2º (dever de adotar direito interno) da mesma (CIDH, 2006b).

Na presente sentença, de 24 de novembro de 2006, a Comissão solicitou à Corte a adoção de medidas específicas de reparação, e que ordenasse o Estado Peruano a pagar custas e despesas ocasionadas da tramitação do caso da jurisdição interna e perante o Sistema Interamericano (CIDH, 2006b). Cabe mencionar que a Corte é parte legítima para julgar, pois o Peru é signatário do pacto desde 1978.

O caso trata de 257 trabalhadores demitidos do Congresso da República do Peru. A Corte condenou o Estado Peruano por violar diversos direitos contidos na Convenção Americana de Direitos Humanos, destacando-se, dentre eles, a demissão das vítimas sem reposição, o que ocasionou a privação do pleno emprego e a justa remuneração. Este caso demonstra ser de estimada relevância por definir que o controle de convencionalidade pode ser realizado de ofício, sem necessidade do pedido da parte.

Diante destes dois casos, nota-se negligência dos dois países, Chile e Peru, perante a Convenção Americana de Direitos Humanos, tratado que os dois Estados assinaram e ratificaram, porém não o cumpriram. Diante dos acontecimentos retratados, e as explícitas violações ao tratado, a Corte viu-se digna em intervir e condenar os Estados-partes, consolidando, assim, o conceito de controle de convencionalidade das leis. A Corte sustenta que o Judiciário interno não deve apenas observar o tratado internacional, mas, sim, a interpretação sobre o dispositivo do tratado realizado pela Corte.

Nessa perspectiva, os casos analisados são de significativa relevância para o presente estudo, pois ele, em conjunto com diversas outras decisões da Corte Interamericana, concluiu por reafirmar o instituto de controle, ampliando o parâmetro de controle diante dos dois primeiros casos em que se consolidou o conceito de Controle de convencionalidade.

No Brasil existem, sob supervisão, alguns casos pendentes de resolução, sendo eles três: Caso Damião Ximenes Lopes vs Brasil, Caso Sétimo Garibaldi vs Brasil e Caso Gomes Lund y outros vs Brasil. Nos três casos pode-se observar algo corriqueiro ao ordenamento jurídico brasileiro: a impunidade. A grande dificuldade nesses casos foi identificar e julgar as pessoas responsáveis pelas violações sistemáticas por esses crimes, bem como a introdução de políticas públicas para que se consolide uma cultura de Direitos Humanos que não permita a repetição desses fatos (AGUIAR, 2016).

No Caso Damião Ximenes Lopes, fica evidente a negligência no tratamento de pessoas com problemas mentais. Damião foi espancado até a morte em uma clínica onde a família o havia internado. À família não foram dadas maiores explicações, cabendo, então, à irmã de Damião fazer a denúncia perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Em 1999 a denúncia foi remetida ao Estado brasileiro, com prazo de 90 dias para a resposta, porém o Brasil manteve-se em silêncio. Diante disto, a Comissão admitiu a denúncia e aprovou o relatório de admissibilidade. Tendo o Brasil mantido-se inerte por várias ocasiões, o relatório foi aceito e encaminhado ao Estado brasileiro, fixando-se o prazo de dois meses para que informasse sobre as medidas adotadas para o cumprimento das recomendações. Em 2004, a pedido dos petionários, o caso da morte por maus-tratos de Damião iria a julgamento na Corte Interamericana de Direitos Humanos. A Corte entendeu que o Estado tem responsabilidade internacional por descumprir seu dever de regulamentar e fiscalizar o atendimento médico de saúde (AGUIAR, 2016).

No Caso Gomes Lund, também vislumbra-se a impunidade. O crime ocorreu na época ditatorial, quando vigorava a lei de Anistia no Brasil. Foi na região do Araguaia, quando militares do Partido Comunista Brasileiro, que então eram perseguidos por crimes políticos, foram mortos pelos órgãos de repressão do governo militar no Brasil. Em 1982 os familiares dos desaparecidos na região do Araguaia ingressaram com uma Ação Civil contra o Estado Brasileiro para saber sobre o paradeiro de seus entes, sem que tenham obtido êxito quanto a este pedido. Em suma, os requerimentos internos jamais tiveram a atenção que mereciam por parte do Estado brasileiro (AGUIAR, 2016).

O Brasil foi processado pela Comissão Americana de Direitos Humanos em 26 de março de 2009, perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos, pleiteando, a seu favor. A jurisprudência da corte é favorável às leis de anistia, ajudando o dever de investigação, persecução e punição penal dos violadores bárbaros de direito humanos. Para a Comissão, o Brasil deve responder pela detenção arbitrária, tortura e desaparecimento forçado de 70 pessoas, como resultado de operações do Exército brasileiro, com o objetivo de erradicar a guerrilha do Araguaia (RAMOS, 2013). Ainda, sobre a petição inicial da Comissão, esclarece Ramos:

O Estado deve ser responsabilizado internacionalmente por não ter realizado uma investigação penal com o objetivo de julgar e sancionar os responsáveis pelo desaparecimento das 70 vítimas e pela execução extrajudicial da Senhora Maria Lucia Petit da Silva, cujos restos mortais foram encontrados e identificados em 14 de maio de 1996. Também a Comissão considerou que os recursos judiciais de natureza civil com vistas a obter informação sobre os fatos não foram efetivos para garantir aos familiares das vítimas o acesso à informação sobre a Guerrilha do Araguaia (2013, p. 384).

Dito de outro modo, o Estado brasileiro manteve-se inerte sobre a investigação penal para julgar e sancionar os responsáveis pelo desaparecimento dos militares e camponeses na região do Araguaia. Buscou-se, também, por meio dos recursos de natureza civil, ter vistas e obter informações sobre os fatos, o que não foi concedido aos familiares das vítimas. Diante disto, o Estado deve ser responsabilizado internacionalmente.

Outro caso que ensejou a condenação do Brasil perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos, foi o caso Sétimo Garibaldi. Este caso, não em particular, evidencia um problema que se arrasta a séculos no Brasil: a concentração de latifúndios nas mãos de pequena parcela da população e a luta dos camponeses que não possuem terras para trabalhar. Na petição inicial encaminhada à Corte Interamericana de Direitos Humanos, destacam-se a grande problemática enfrentada no campo brasileiro e a desproporção agrária que o Brasil enfrenta até os dias atuais (GUERRA, 2013).

Diante da catástrofe homicida que acontece entre latifundiários e camponeses, há o traço marcante da impunidade. No dia 27 de agosto de 1998, O Movimento dos Sem-Terra ocupou a Fazenda São Francisco, localizada no Paraná. Aproximadamente 50 famílias instalaram-se na fazenda, na qual se encontrava Garibaldi. De acordo com a petição, homens encapuzados e armados invadiram o acampamento para retirar as pessoas que estavam ocupando a fazenda. Garibaldi foi alvejado na ação desenvolvida pelos homens armados e faleceu a caminho do hospital (GUERRA, 2013).

O inquérito policial nº 179/98 foi instaurado e, entre prorrogações de prazos, arrastou-se até 2003, sendo arquivado por solicitação do Ministério Público em 2004. Com o inquérito arquivado, os petionários levaram ao conhecimento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos o caso de Sétimo Garibaldi. Aguardando a resposta do Brasil, o prazo concedido foi de dois meses, porém somente obteve-se a resposta em junho de 2006. Em 2007 a Comissão concluiu que o Estado brasileiro violou os artigos 4º, 8º.1 e 25 da Convenção Americana. A comissão, então, submeteu o caso à apreciação da Corte em dezembro de 2007. A Corte, por sua vez, confirmou o a violação do Estado brasileiro.

Assim, é de grande relevância o impacto das decisões internacionais no ordenamento jurídico interno brasileiro, utilizando como ponto de referência as decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos perante o reconhecimento brasileiro de sua jurisdição. Para o direito internacional, os atos internos são reflexos da vontade de um Estado, que deve ter compatibilidade com os engagements internacionais anteriores a este. Assim, mesmo a norma constitucional de um Estado-parte sendo vista como “norma suprema”, caso venha a violar a norma jurídica internacional, acarretará a responsabilização internacional do Estado Infrator (RAMOS, 2013).

Em que pese os mencionados casos, o Estado brasileiro tem a obrigação de cumprir as normas internacionais presentes no tratado quando houver controvérsia entre a legislação brasileira e as normas internacionais. Não é como se houvesse uma hierarquia, mas, sim, a observação da norma mais favorável à proteção dos Direitos Humanos. O Brasil será responsabilizado internacionalmente pela violação da obrigação de cumprir, em boa-fé, seus compromissos internos, caso venha a descumprir o comando de uma sentença da Corte interamericana de Direitos Humanos em decorrência de decisão do Supremo Tribunal Federal.

Todos esses relatos levam-nos a comprovar que esses são apenas alguns casos que extrapolam as fronteiras, enquanto outros tantos crimes de igual gravidade seguem sendo cometidos no Brasil, cujos autores escondem-se sob o manto da impunidade.

Nessa lógica, nota-se a não observância do Controle de Convencionalidade na prática jurídica brasileira, com tantos casos pendentes de resolução, o não cumprimento dos prazos impostos pela Corte e a impunidade dos responsáveis pelas violações à Convenção.

O diálogo nas esferas jurídicas, portanto, é de grande relevância para a busca de um direito comum que seja homogeneizado, objetivando a preservação dos direitos humanos em uma comunidade mundial, com a efetiva observância do princípio norteador que é o controle de convencionalidade, mecanismo de extrema importância e digno de respeito por seus signatários.

4 CONCLUSÃO

Assim, fica evidente que o direito processual constitucional, para além de preocupar-se com a constitucionalidade das normas e decisões, passa a ter de preocupar-se com a garantia do mais amplo possível espectro de proteção e concretização dos direitos humano-fundamentais, para além da prática tradicional atrelada ao Estado-Nação. Esse movimento se dá pela intensificação do processo de internacionalização do direito a partir dos direitos humanos, que passa a englobar, também, as esferas processo-jurisdicionais na conformação de um novo ambiente (Parte 1).

Esses dois processos descritos, de internacionalização do direito processual constitucional e de diálogo jurisdicional amplo, têm como figura potencializadora o controle de convencionalidade. O Controle de Convencionalidade, quando aplicado de maneira correta, mostra-se como um mecanismo eficiente para o ordenamento jurídico, uniformizando o sistema de normas jurídicas globais. Deve-se vislumbrá-lo como um aliado à efetiva aplicação dos tratados internacionais acerca dos Direitos Humanos. Tal instrumento acaba por consolidar esse ambiente de trocas e diálogos no rumo da mais ampla e irrestrita esfera de proteção dos direitos humano-fundamentais, fazendo dialogar nas mais variadas jurisdições e tribunais constitucionalidade e convencionalidade, instituindo um *ius commune* latino-americano processual e de direitos humanos (Parte 2).

Conclui-se pelo exposto, portanto, que há uma imbricação evidente e necessária entre os processos de realização do controle de convencionalidade como mecanismo potencializador do fenômeno de internacionalização do direito pelos direitos humanos, inseridos na construção de um direito processual constitucional que transborde os limites da estatalidade e da constitucionalidade, relacionando-se diretamente com a convencionalidade e, a partir desse movimento, constituindo um amplo espectro de proteção dos direitos humanos na lógica da internacionalização e do diálogo entre constitucionalidade e convencionalidade.

5 REFERÊNCIAS

- AGUIAR, Daiane Moura de. *Refundação de Direitos e Corte Interamericana de Direitos Humanos*. 2016. 253 f. Tese (Doutorado) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Unisinos, São Leopoldo, RS, 2016.
- BAZÁN, Víctor. Control de Convencionalidad, Aperturas Dialógicas e Influencias Jurisdiccionales Recíprocas. *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, Madrid, n. 18, p. 63-104, jul-dez. 2011.
- BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. *As Crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espaço-Temporal dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Congresso Nacional, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/>. Acesso em: 28 jul. 2015.
- CAVALLO, Gonzalo Aguillar. El Control de Convencionalidad en la Era del Constitucionalismo de los Derechos: comentario a la sentencia de la corte suprema de Chile en el caso denominado episodio Rudy Cárcamo Ruiz de fecha 24 de mayo de 2012. *In: Estudios Constitucionales*, Talca, v. 10, n. 2, p. 717-750, 2012.

- COSTA RICA. *Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso Damião Ximenes Lopes vs. Brasil*. Sentencia (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). San José, 4 jul. 2006. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_149_por.pdf. Acesso em: 24 ago. 2016.
- COSTA RICA. *Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso Garibaldi vs. Brasil*. Supervisión de cumplimiento de sentencia. San José, 22 fev. 2011. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/garibaldi_22_02_11.pdf. Acesso em: 24 ago. 2016.
- COSTA RICA. *Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso Gomes Lund y Otros ("Guerrilha do Araguaia") vs. Brasil*. Sentencia (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). San José, 24 nov. 2010. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_esp.pdf. Acesso em: 24 ago. 2016.
- CIDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Sentencia (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). San José, 26 set. 2006a. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf. Acesso em: 7 set. 2016.
- CIDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Loayza Tamayo vs. Perú*. Supervisión de cumplimiento de sentencia. San José, 1º jul. 2011. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/loayza_01_07_11.pdf. Acesso em: 15 ago. 2016.
- CIDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y Otros) vs. Perú*. Sentencia (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). San José, 24 nov. 2006b. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_158_esp.pdf. Acesso em: 7 set. 2016.
- DELMAS-MARTY, Mireille. *Por um Direito Comum*. Tradução Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- ESPÍNDOLA, Ângela Araújo da Silveira. A refundação da ciência processual e a defesa das garantias constitucionais: o neoconstitucionalismo e o direito processual como um tempo e um lugar possíveis para a concretização dos direitos fundamentais. In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; CALLEGARI, André Luís (org.). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica* – n. 7. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- GUERRA, Sidney. *O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e o Controle de Convencionalidade*. São Paulo: Atlas, 2013.
- MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional. In: *Dikaion*, Chía, v. 22, n. 17, p. 97-129, 2008.
- NOGUEIRA-ALCALÁ, Humberto. El Derecho Procesal Constitucional a Inicios del Siglo XXI en América Latina. In: *Estudios Constitucionales*, Talca, v. 7, n. 1, p. 13-58, 2009.
- NOGUEIRA-ALCALÁ, Humberto. Diálogo interjurisdiccional, control de convencionalidad y jurisprudência del tribunal constitucional em período 2006-2001. *Estudios Constitucionales*, v.10, n.2, p. 57-140, 2012.
- PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e diálogo entre jurisdições. In: *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, São Paulo, n. 19, p. 67-93, jan./jun. 2012.
- PIOVESAN, Flávia. Proteção dos Direitos Sociais: desafios do ius commune sul-americano. In: *Revista Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, São Leopoldo, v. 3, n. 2, p. 206-226, jul./dez. 2011.
- RAMÍREZ, Sérgio García. *El control judicial interno de convencionalidad*. 2011. Disponível em: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S187021472011000200007. Acesso em: 2 set. 2016.
- RAMOS, André de Carvalho. Pluralidade das ordens jurídicas: uma nova perspectiva na relação entre o direito internacional e o direito constitucional. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 106/107, p. 497-524, jan./dez. 2011/2012.
- RAMOS, André de Carvalho. *Processo Internacional de Direitos Humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- SAGÜES, Néstor Pedro. Desafíos del Derecho Procesal Constitucional con Relación al Control de Convencionalidad. In: *Revista Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, São Leopoldo, v. 5, n. 1, p. 14-20, jan./jun. 2013.
- SALDANHA, Jânia Maria Lopes. Bloco de constitucionalidade em matéria de garantias constitucionais na América Latina: ultrapassando o perfil funcional estrutural “hipermoderno” de processo rumo à construção de um direito processual internacional dos direitos humanos. In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; CALLEGARI, André Luís (org.). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica* – n. 7. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes. Novas geometrias e novos sentidos: internacionalização do direito e internacionalização do diálogo dos sistemas de justiça. *In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (org.). Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica* – n. 9. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

ZÚÑIGA, Natalia Torres. Control de Convencionalidad y Protección Multinivel de los Derechos Humanos en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. *In: Revista De La Facultad de Derecho PUCP*, Lima, n. 70, p. 347-369, 2013.

<http://dx.doi.org/10.21527/2317-5389.2020.15.41-59>

Responsabilidade Social e Defesa dos Direitos Humanos: O Debate Sobre a Atuação das Empresas Transnacionais

Patrícia Mara Cabral de Vasconcellos

Doutora em Relações Internacionais pela Universidade de Brasília. Professora-adjunta do Departamento de Ciências Sociais da Universidade Federal de Rondônia (Unir). Professora permanente no Programa de Pós-Graduação Mestrado Profissional Interdisciplinar em Direitos Humanos e Desenvolvimento da Justiça (Dhjus/Unir). Líder do Grupo de Pesquisa Centro de Estudos em Fronteiras Amazônicas e Desigualdades Sociais. Pesquisadora da Rede de Pesquisa em Política Externa e Regionalismo (Repri). <http://lattes.cnpq.br/3571585131621064>.
<https://orcid.org/0000-0002-9077-8734>. pvasconcellos@unir.br

RESUMO

O artigo analisa como a atuação das empresas transnacionais é questionada nas organizações internacionais, desde a década de 90 e, em especial, de que maneira, a partir da Resolução 26/9 de 2014 da Organização das Nações Unidas, tem-se buscado um tratado vinculante para responsabilizá-las nos casos de violações dos direitos humanos. Assim, inicialmente, a discussão demarca conceitos como a responsabilidade social corporativa, na expectativa social de uma conduta ética voluntária por parte das corporações. Com a recorrência da violação de direitos, no entanto, o debate passou a incorporar a defesa dos direitos humanos e a reivindicação de normas internacionais de responsabilização. Para a análise, a metodologia constitui-se de pesquisa bibliográfica, documental e estudo de caso. Conclui-se que as diretrizes da ONU sobre a temática inserem-se em um sistema internacional assimétrico, de governos nacionais fragilizados. Apesar das transformações no debate, as diretrizes são insuficientes para frear a impunidade e converter a fragilidade jurídica da população ante o poder corporativo.

Palavras-chave: Empresas transnacionais. Direitos humanos. Nações Unidas. Responsabilidade social.

SOCIAL RESPONSIBILITY AND DEFENSE OF HUMAN RIGHTS: THE DEBATE ON THE ACTIVITIES OF TRANSNATIONAL CORPORATIONS

ABSTRACT

This article analyzes how the activities of transnational corporations have been questioned by international organizations since the 1990s and how, in particular, based on Resolution 26/9 of 2014 of the United Nations Organization, a binding treaty is considered to hold corporations accountable for cases of human rights violations. The discussion begins by highlighting concepts such as corporate social responsibility. At this moment, there is the expectation of a voluntary ethical conduct of corporations. However, given recurring rights violations, the debate has begun to incorporate the defense of human rights and society's claims to create international norms of accountability. The methodology constituted bibliographical, documentary research and case study. The conclusion suggests that the UN guidelines on the subject fall within an asymmetric international system of fragile national governments. Despite the transformations in the debate, these guidelines are consequently insufficient to prevent impunity and protect populations from corporate power.

Keywords: Transnational corporations. Human rights. United Nations. Social responsibility.

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 A conduta das transnacionais e o anseio por responsabilidade social. 3 A linguagem dos direitos humanos e a expectativa por justiça. 4 Considerações finais. 5 Referências.

Recebido em: 15/9/2019

Aceito em: 2/10/2019

1 INTRODUÇÃO

A globalização da economia e a atuação das empresas transnacionais provocaram impactos na função do Estado e nas demandas da sociedade. Neste cenário, as transnacionais tornaram-se fonte de poder, por vezes protagonistas em determinada área político-decisória, deslocando, inclusive, o poder do Estado. Para mensurar o poder corporativo, Maso (2017) cita que na atualidade tem-se “737 grupos econômicos que controlam 80% do mundo corporativo; destes, 147 controlam 40%, sendo que $\frac{3}{4}$ são instituições financeiras” (p. 21).

Se, por um lado, as transnacionais assumiram um papel relevante na governança global e estabeleceram uma relação com o Estado amparada no discurso do desenvolvimento, por outro há casos como o Edifício Rana Plaza,¹ em Bangladesh, e a contaminação da região amazônica causada pela Chevron-Texaco,² que são marcos na luta pela proteção dos direitos humanos contra a atuação das transnacionais. Tais casos foram citados no discurso de abertura do terceiro período de sessões do Conselho de Direitos Humanos (CDH),³ pela ministra de Relações Exteriores do Equador, Maria Fernanda Espinosa Garcés, ao destacar a proposição de um tratado com obrigações jurídicas internacionais para evitar que desastres deste tipo se repitam (HRC, 2018). Assim, a nova realidade mundial despertou a necessidade de um processo de governança que discutisse os impactos positivos e, também, as perturbações sociais derivadas da conduta das corporações.

A literatura sobre as transnacionais é profusa e aborda temáticas como o papel das corporações no sistema capitalista (VERNON, 1980; DOS SANTOS, 2000), o processo de internacionalização com foco administrativo e organizacional (DUNNING, 1995; CAVES, 1995) ou como eixo de política externa (GILPIN, 1975; STRANGE, 1988), além de publicações produzidas pelo Banco Mundial, pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (Ocde) e pela Organização das Nações Unidas (ONU). Apesar do amplo espectro, é importante sistematizar e promover uma análise político-histórica sobre os debates conduzidos pela ONU diante dos impactos negativos da atuação das Empresas Transnacionais (ETs). Assim, o objetivo do artigo é compreender como os questionamentos e expectativas sociais sobre a conduta das transnacionais transformam-se ao longo das décadas, desde 1990 até a atualidade, na ONU. A inquietação social revela-se na pergunta: Como impedir os danos recorrentes causados pelas ETs? A hipótese é que a pressão e as diretrizes fornecidas pela Organização Internacional oficializam os anseios sociais, mas atuam de modo insuficiente para alterar os sistemas de justiça.

¹ Em abril de 2013 ocorreu o desabamento do Edifício Rana Plaza. No local funcionavam fábricas de tecidos com desrespeito às medidas de segurança, desde o comprometimento das condições estruturais à ausência de saídas de emergências, além das condições precárias de trabalho. Marcas de roupas mundialmente conhecidas atuavam no local, tais como GAP, H&M, Walmart, Targ, Adidas, Benetton, entre outras. No desastre, mais de mil pessoas morreram e mais de duas mil ficaram feridas.

² As operações da Chevron, na Amazônia norte do Equador, causaram a poluição de 480 mil hectares da floresta amazônica equatoriana por meio do despejo de mais de 16 bilhões de litros de água tóxica e pela formação de piscinas de resíduos contaminantes próximas aos poços de petróleo perfurados e às fontes de água. Aproximadamente 30 mil indígenas e camponeses reunidos na União de Afetados pelas Operações da Texaco (UDAPT) movem uma ação de reparação de danos contra a empresa desde 1993. Ver: Mendoza, Pablo Fajardo. Vazio Jurídico e abuso corporativo: caso Chevron. In: *Transnacionais e Direitos Humanos. América Latina*, 520, Ed. português, jan. 2017.

³ O terceiro período de sessões do Conselho de Direitos Humanos ocorreu de 23 a 27 de outubro de 2017.

Assim, no primeiro momento, percebe-se que os termos do debate abordam a função política social pública das ETs. Posteriormente, a discussão incorpora a linguagem dos direitos humanos, instaurando a demanda, no Conselho de Direitos Humanos da ONU, por um tratado vinculante com normas de responsabilização, ou seja, a Resolução 26/9 de 26 de junho de 2014.

Para a metodologia adota-se a pesquisa bibliográfica e documental. Dada a amplitude do tema, utilizam-se, como fonte primária, relatórios e resoluções produzidos pela Organização das Nações Unidas. Dentre os inúmeros casos de violações de direitos humanos cometidas pelas transnacionais, para além dos casos citados nos próprios documentos da ONU, primou-se por avaliar a argumentação teórica por meio de estudo de caso. Optou-se pela atuação das empresas transnacionais brasileiras na área de construção, em especial a Odebrecht. Dessa forma, metodologicamente verifica-se em que medida a teoria abarca o fenômeno na realidade (GEORGE; BENNETT, 2004).

O artigo está dividido em duas partes. Na primeira, após uma breve apresentação do conceito de empresas transnacionais, visa-se a esclarecer como o debate surge na década de 90 do século 20, preconizado por normas de responsabilidade social corporativa (RSC). O documento base é o “The social responsibility of transnational corporations”, elaborado no âmbito da Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento. A análise da literatura mostra que as diretrizes de responsabilidade social são uma tentativa de minimizar ou corrigir os impactos negativos da atuação das ETs. Ao longo do tempo, no entanto, foram ditas como ineficazes. No caso da Odebrecht, demonstra-se a iniciativa da empresa na década de 90 em incorporar as diretrizes da RSC.

Na segunda parte, assinala-se como a sociedade civil mobilizou-se para reivindicar na Organização das Nações Unidas um tratado vinculante para impor obrigações internacionais às corporações. Assim, o discurso, a partir dos anos 2000, incorpora a esfera dos direitos humanos para requerer, mais do que um padrão de conduta das transnacionais, uma reformulação do direito internacional. Os documentos de referência são: “Guiding Principles on Businesses and Human Rights” e “Elaboration of an international legally binding instrument on transnational corporations and other business enterprises with respect to human rights”, elaborados pelo Escritório do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos e pelo Conselho de Direitos Humanos da ONU, respectivamente. No Brasil, as obras recentes da construtora Odebrecht, como a usina hidrelétrica de Santo Antônio (RO) e Belo Monte (PA), dentre outras, revelam a reincidência em violações de direitos humanos.

Em conclusão, visualiza-se uma lacuna de governança em um sistema internacional assimétrico e de governos nacionais fragilizados, em que as demandas por desenvolvimento estão sujeitas à impunidade, vulnerabilidade e violação de direitos fundamentais. A reparação tem expressado a desigualdade de forças (poder econômico e político, mas, também, jurídico) da população ante as transnacionais, o que é evidenciado, inclusive, no caso brasileiro. Apesar da expectativa por formas de controle sobre a atuação das ETs nas organizações internacionais, ainda não há uma norma, tribunal ou diretriz, ou seja, um poder capaz de igualar a correlação de forças entre indivíduos e empresas.

2 A CONDUTA DAS TRANSNACIONAIS E O ANSEIO POR RESPONSABILIDADE SOCIAL

Quando se trata de empresas com atuação no exterior, diversos conceitos tentam apreender seus significados, dentre eles os de empresas multinacionais, transnacionais, internacionais ou empresas globais (MERLE, 1981). O termo multinacional, por exemplo, teria sido utilizado pela primeira vez por David E. Lilienthal, em conferência pronunciada em abril de 1960 no Carnegie Institute of Technology, em trabalho denominado *The Multinational Corporation* (LILIENTHAL, 1960). Desde aquele momento, em geral, cada um dos termos apresentados enfatiza uma determinada característica, seja a divisão internacional da produção ou mesmo a possibilidade de atuar em operações globais, como as corporações financeiras.

Segundo a Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento (UNCTAD), contudo, as empresas transnacionais são assim definidas:

Corporações transnacionais (TNCs) são empresas incorporadas ou não incorporadas que incluem a empresa matriz e suas afiliadas estrangeiras. A empresa matriz é definida como uma empresa que controla ativos de outras entidades em outros países que não o seu país de origem, geralmente por possuir certa participação acionária no capital (Tradução nossa)⁴ (UNCTAD, 2012).

De toda forma, a atuação empresarial além fronteiras, de forma sistemática e com grande mobilidade de capital, retrata uma transformação na relação Estado-empresa que, nas décadas de 60 a 80 do século 20, contextualiza-se pela presença das multinacionais dos países do Norte nos países ditos subdesenvolvidos (Sul). Nesta conjuntura, diversos autores interpretaram as multinacionais como reprodutoras das relações de exploração e dependência (HYMER, 1983; MARINI, 1973-2005; PREBISCH, 1964). O ponto central do debate eram as dúvidas sobre a capacidade que o Estado e a sociedade civil teriam para garantir os seus interesses ante o poder econômico das multinacionais. Em outras palavras, questiona-se em que medida as empresas transnacionais poderiam ser prejudiciais aos países em desenvolvimento.

Frutos do capitalismo globalizado, as ETs refletem os resultados da expansão econômica (lucro) e da capacidade produtiva mundial. Pela própria dinâmica de correlação de forças (Estado-empresa), no entanto, buscam atuar em países com flexibilidade ou fragilidade nas normas, o que acarreta impactos negativos desde a precarização das relações de trabalho, a influência na política externa e a ocorrência de danos ambientais. Oculto na definição conceitual, deve-se compreender que as ETs possuem fluidez na territorialidade, nacionalidade e alta concentração de capital. Todas são características que dificultam o exercício da soberania nacional e dos sistemas de justiça.

Assim, em um primeiro momento, as organizações internacionais abordaram o tema no intuito de mensurar a esfera de poder das empresas e instituir códigos de conduta. Segundo Merle (1981), em 1973 a matéria foi debatida na Organização Internacional do Trabalho (OIT) e no Conselho Econômico e Social da ONU. Em 1976 foi deliberada pela Organização para a

⁴ Transnational corporations (TNCs) are incorporated or unincorporated enterprises comprising parent enterprises and their foreign affiliates. A parent enterprise is defined as an enterprise that controls assets of other entities in countries other than its home country, usually by owning a certain equity capital stake (UNCTAD, 2012).

Cooperação e Desenvolvimento Econômico (Ocde), resultando nas Diretrizes para as Empresas Multinacionais.⁵ Em 1977 teve-se a Declaração Tripartite de Princípios sobre as Empresas Multinacionais e a Política Social⁶ da OIT.

Na década de 90, o caso da Nike ilustra os termos do problema e desafios. No período, a empresa sofreu diversas denúncias que abalaram a sua imagem empresarial. Como modo de gestão da produção, a Nike terceirizava o processo de confecção de seu produto em fábricas no Japão (anos 1970), Coreia do Sul e Taiwan (anos 1980) e Indonésia (anos 1990). Na Indonésia, por exemplo, ativistas em direitos humanos denunciaram os baixos salários (menos de 1 dólar por dia) e as precárias condições de trabalho (RUGGIE, 2014; BEZERRA, 2007). Para a Nike, o primeiro desafio foi reconhecer que havia responsabilidade compartilhada entre a empresa e as fábricas que realizavam a produção (cadeias de fornecimento), ou seja, a empresa não poderia se isentar de responsabilidade nos danos ou violações de direitos causados por organizações terceirizadas em qualquer país que fosse. Neste sentido, descortinava-se a relação direta ou indireta da responsabilidade empresarial pelo desenvolvimento social nos países em que exerciam suas atividades. Assim, nos anos 1990 consolida-se uma agenda em que o desenvolvimento inclui os termos da “responsabilidade corporativa” e do “investimento responsável”.

De fato, a década de 90 é marcada por movimentos que incentivavam o debate sobre a responsabilidade social, como a discussão sobre o desenvolvimento sustentável realizada pela Comissão Mundial de Meio Ambiente e Desenvolvimento das Nações Unidas, em 1987, e a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento (ECO 92). Além da questão ambiental, na agenda do desenvolvimento incorporam-se questões como corrupção, transparência, direitos do trabalho, dentre outras (BEZERRA, 2007). Dessa forma, a preocupação com a responsabilidade social torna-se essencial para a manutenção e conquista de mercado pelas empresas. A partir desse momento, o investimento em responsabilidade social é transformado em valor,⁷ em diferencial no mercado. Criam-se institutos, como a norma SA 8000⁸ de 1997, o Pacto Global⁹ (1999) e as Metas do Milênio¹⁰ (2000), com o objetivo de confluir o fator econômico com as necessidades ambientais e sociais.

⁵ As Diretrizes foram atualizadas em 2000 e 2011. Ver: <https://www.oecd.org/>.

⁶ A Declaração foi revisada em 2000, 2006 e 2017. Ver: <http://www.ilo.org>.

⁷ O investimento em RSC não compromete a lucratividade da empresa, tendo em vista que tende a aumentar seu capital reputacional, gerando novas oportunidades de negócios.

⁸ A norma SA 8000 é uma norma internacional de caráter voluntário que trata, em especial, das condições de trabalho baseando-se nas diretrizes da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e de convenções das Nações Unidas (ONU). Destaca-se, por meio desta norma, a proibição do trabalho infantil, o cumprimento das leis trabalhistas, a saúde e a segurança no trabalho, entre outros.

⁹ O Pacto Global foi uma iniciativa do secretário das Nações Unidas Kofi Annan, apresentada no Fórum Econômico Mundial (Fórum de Davos) em 31 de janeiro de 1999. Foi oficialmente lançado em 26 de julho de 2000 no escritório da ONU em Nova York. Trata-se de uma iniciativa voluntária que atualmente reúne aproximadamente 12 mil organizações signatárias. O objetivo do Pacto Global é oferecer diretrizes para uma prática direcionada ao respeito aos direitos humanos e cidadania na área empresarial.

¹⁰ Nos anos 2000 a ONU aprovou o documento denominado “Declaração do Milênio”, com oito objetivos (Metas do Milênio) para serem alcançados por seus Estados-membros até o ano de 2015 no intuito de promover o desenvolvimento e erradicar a pobreza no mundo.

Na Organização das Nações Unidas, como relata Feeney (2009), fruto das pressões da sociedade civil, várias foram as tentativas de estabelecer diretrizes sobre a responsabilidade das empresas em casos de atividades ilícitas ou antiéticas. As propostas visavam a regulamentar a atuação das empresas transnacionais ou fornecer um código de conduta para estes agentes econômicos. No contexto apresentado, o conceito de Responsabilidade Social Corporativa (RSC) visou a estabelecer uma diretriz de conduta para as empresas e esclarecer sobre a sua contribuição para o desenvolvimento.

Não havia, contudo, um consenso sobre o conceito de responsabilidade social. As Nações Unidas, em uma tentativa de elucidar os significados do termo, apresenta, no documento “The social responsibility of transnational corporations” (UNCTAD, 1999), a diferença entre a responsabilidade social e a filantropia. O documento é importante porque elucida as expectativas com relação à atuação social das corporações e, também, o escopo de suas obrigações. Salienta-se que no início desse debate há dúvidas sobre o que pode ser exigido das empresas e como estas interpretam as demandas sociais.

De modo geral, preceitua-se que a responsabilidade social corporativa deve corresponder a algo além do mínimo exigido por lei, equiparando-se aos princípios éticos e às expectativas sociais, indo além do dever jurídico, sem, contudo, ampliá-lo (UNCTAD, 1999). Em outras palavras, trata-se de uma relação entre empresa e comunidade que ocorre de modo voluntário baseado na ética empresarial.

O documento da UNCTAD (1999) salienta que a filantropia e o mero cumprimento da lei não significam responsabilidade social. A filantropia não é um elemento essencial do negócio e está vinculada com o envolvimento em causas nobres. No caso do cumprimento da lei, trata-se de um requisito mínimo para o funcionamento de qualquer empresa. Assim, a RSC é aquela concebida no comportamento operacional da empresa diante dos impactos causados à sociedade. Para além dos mandatos legais, a RSC ajuda a satisfazer as expectativas da sociedade em que atua, em especial, quando se trata de locais com fragilidade jurídica.

A diferença entre a filantropia e a responsabilidade social é uma questão de grau definida em três fases (UNCTAD, 1999). Na primeira, na qual se enquadra a filantropia, a ação empresarial é motivada por um dever moral de iniciativa do benfeitor. Prerrogativas de caridade e benevolência estão presentes na ação. No segundo estágio, a expectativa que a sociedade possui com relação à empresa torna-se mais forte, e as ações deixam de ter caráter meramente voluntário e humanitário para se constituírem em mandatos judiciais. O não cumprimento da lei pode acarretar normas imperativas e restritivas. A empresa tem o dever de cumprir a lei. Na terceira fase, os laços sociais estão presentes e os padrões de responsabilidade são incorporados à natureza das relações corporativas. Não é simplesmente o respeito a normas jurídicas, ainda que as ações empreendidas possam vir a normatizar-se. É perceber impactos e ver-se como responsável, passando a incorporar a expectativa social e sendo capaz de promover iniciativas para o bem-estar.

Para esclarecer, Peliano (2001, p. 102) apresenta, em seu estudo, um quadro em que sistematiza as características da filantropia e da responsabilidade social. A autora destaca a seguinte diferença: na filantropia a motivação é voluntária, enquanto na responsabilidade social a motivação deriva da consciência de responsabilidade da empresa. Assim, no caso da filantropia, as ações não necessariamente possuem caráter constante. Na responsabilidade

social, por sua vez, as ações são parte integrante da empresa. Não é mera opção dos dirigentes, mas uma missão institucional, isto é, a ação social é incorporada na cultura da empresa como postura proativa.

Na filantropia não existe a preocupação de vincular a imagem da empresa à ação social, ao contrário da responsabilidade social. Além disso, na ação filantrópica a ação da empresa não se relaciona com as ações do Estado. Por outro lado, na responsabilidade social as ações da empresa, em geral, complementam as ações sociais do Estado, agindo em forma de parceria, partilhando as responsabilidades públicas.¹¹

Adicionalmente, Veloso (2005) explica que a RSC é uma ação social que visa a melhorar as condições de vida e de cidadania da população. Salienta-se que as ações devem ser elaboradas, efetivadas ou, ao menos, financiadas pelas empresas. Para Veloso (2005), a dificuldade em estabelecer diretrizes e conceituar processos reside em compreender o fenômeno da privatização do público ou da publicização do privado. Em outras palavras, conseguir perceber como o social pode ser construído por meio de atividades econômicas das empresas.

De toda forma, na RSC as atitudes da empresa têm caráter voluntário. As condutas sugeridas pela ONU, como adotar em suas práticas corporativas os princípios da Declaração dos Direitos Humanos, da Organização Internacional do Trabalho e da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento (Rio-92), são facultativas e, portanto, nem sempre são seguidas. A partir desta constatação, surge a pergunta: As normas voluntárias são suficientes para conter e reparar os impactos negativos das transnacionais?

As críticas de movimentos sociais sobre as normas de RSC são de que há uma contradição nas ações empresariais, em que parte da RSC torna-se somente marketing e mascara os interesses empresariais¹² (PACS, 2015).

Análises promovidas, por exemplo, pelo Instituto Políticas Alternativas para o Cone Sul, partem do pressuposto de que as Diretrizes Internacionais ou Pactos, como o Pacto Global (1999), tenham um objetivo velado, conforme citado a seguir:

O verdadeiro objetivo já havia sido alcançado: vender a ideia de que existe um capitalismo como rosto humano (“cara humana ao mercado global”) e que ele está sendo implementado via projetos de Responsabilidade Social Corporativa – mas jamais por regulações estatais, internacionais ou populares sobre a atividade das empresas (PACS, 2015).

Assim, mesmo com a atuação das organizações internacionais há uma fragilização do espaço público que fica submetido ao capital global. Deve-se ressaltar, no entanto, que o papel das ETs no desenvolvimento é assunto controverso, pois refletem uma encruzilhada para

¹¹ Essa é uma questão que gera controvérsias. Até que ponto as empresas devem partilhar das responsabilidades do Estado é um dilema que permanece em aberto.

¹² O Instituto Políticas Alternativas para o Cone Sul (Pacs) publica, em 2015, por exemplo, uma cartilha denominada “Responsabilidade social pra quê e pra quem? Análise crítica dos projetos de responsabilidade social corporativa da ThyssenKrupp Companhia Siderúrgica do Atlântico – TKCSA –, em Santa Cruz, Rio de Janeiro, Brasil”, em que tece crítica às falácias das ações realizadas sob o *slogan* da responsabilidade social, denunciando as violações cometidas pelas empresas ThyssenKrupp (alemã) e pela brasileira Vale S.A., na construção de uma siderúrgica na cidade de Santa Cruz no Rio de Janeiro.

os países anfitriões: em uma vertente, danos, impactos sociais e, por vezes, violações aos direitos humanos; de outra, a aliança ou promessa de que as empresas irão contribuir para o progresso, a industrialização e fomentar as relações de consumo.

As construtoras brasileiras são exemplos desse processo. As transnacionais brasileiras, como Odebrecht, Andrade Gutierrez e o grupo Camargo Corrêa, promovem ações sociais e de sustentabilidade ditas indissociáveis das estratégias das empresas. A Odebrecht, por exemplo, fundada em 1944 e atuando no exterior desde 1979,¹³ afirma que desde a sua origem os princípios decorrentes da sustentabilidade estão presentes. Para a Odebrecht, a sustentabilidade é um conceito complexo e multidimensional (abrange o econômico, o social, o político, o cultural e o ambiental) que vem se aprimorando com o passar dos anos. Por meio deste preceito, visa o desenvolvimento sustentável dos locais onde atua (<https://www.odebrecht.com>).

Lobo (2006) demonstra, contudo, que no final da década de 80 e início da de 90 do século 20, a visão social das empresas no Brasil, dentre elas a Odebrecht,¹⁴ ainda estava permeada pela noção de filantropia empresarial. Em 1989 a construtora participa de um encontro sobre filantropia promovido pela Comunidade da Câmara de Comércio de São Paulo. O grupo, com encontros regulares informais, origina o Grupo de Institutos, Fundações e Empresas (Gife), em 1995, com o objetivo de orientar as ações sociais, aperfeiçoando as práticas e o uso dos recursos privados para o desenvolvimento de todos. No final da década de 90, o termo empregado pelo Gife passa a ser investimento social privado, aproximando-se do conteúdo da RSC. Em artigo publicado em 2006, Candace Lessa, diretora do Programa Brasil do Instituto Synergos e Fernando Rosseti, secretário geral do Gife afirmam:

É necessária mais pesquisa para esclarecer a distinção entre filantropia/investimento social privado e responsabilidade social corporativa. Essa distinção não apenas definirá mais claramente as necessidades e o rumo do setor, mas também dará mais visibilidade a algumas das excelentes tecnologias sociais que foram desenvolvidas pelas organizações de origem empresarial (LESSA; ROSSETI, 2006).

A fala dos autores demonstra a ausência de clareza quanto ao alcance e significado das expressões. Quanto à Odebrecht, a partir de 1993 alguns fatos se destacam. Em 1993/1994, por exemplo, a empresa elabora o primeiro conjunto de diretrizes socioambientais que orientam o setor de Engenharia e Construção, e publica o seu primeiro Relatório de Responsabilidade Social. Na Organização Odebrecht a função política social pública, como apontado, delinea-se por meio da “Política de Sustentabilidade”, na qual o conceito de desenvolvimento sustentável é incorporado ao caráter institucional da empresa, que afirma que sua política de sustentabilidade baseia-se em cinco diretrizes: promover o desenvolvimento econômico, promover o desenvolvimento social, agir com responsabilidade ambiental, incentivar a participação política¹⁵ e valorizar a cultura.

¹³ A Odebrecht inicia a sua internacionalização na América do Sul construindo, em 1979, a hidrelétrica de Charcani V, em Arequipa, Peru. Em 2012, segundo ranking da Fundação Dom Cabral, era a construtora brasileira mais transnacionalizada por número de países em atuação (25 países).

¹⁴ A autora cita outras empresas, como o Bradesco, a Ford e o Itaú Cultural dentre outras.

¹⁵ Incentivar a participação política, de acordo com a Odebrecht, refere-se a “articular os interesses dos cidadãos junto a governos e representantes da sociedade civil” (Odebrecht).

O debate sobre a RSC, no entanto, permanece. Em artigo escrito em 1997, Sergio Foguel, vice-presidente da Odebrecht S.A. e presidente da Fundação Odebrecht, faz a seguinte indagação: O que é uma empresa socialmente responsável? Para ele, não é aquela que somente cumpre as suas obrigações legais, como pagar tributos ou cumprir a legislação trabalhista, ou seja, coaduna com o significado de que não basta cumprir a lei, conforme descrito pela ONU. O vice-presidente também discorda que seja função primordial da empresa apresentar soluções ao desenvolvimento do país. Certamente, Foguel faz a crítica afastando as ações empresariais da responsabilidade pública do Estado. Sucinta, neste caso, a difícil relação entre o privado e o público. Assim, quando o Balanço Social Ibase, lançado nos anos 90, apresenta como objetivo tornar pública e divulgar a responsabilidade social empresarial, diante das controvérsias sobre os indicadores, a defesa do representante da Odebrecht é que a responsabilidade principal da empresa é:

[...] prestar bons serviços e/ou fornecer produtos de qualidade, atendendo à legislação, sem gerar desperdícios ou prejudicar o meio ambiente. E se estão criando hoje as condições para continuar a fazê-lo no futuro: capacitando seus integrantes, promovendo progresso tecnológico e desenvolvimento. O exercício dessa responsabilidade é que assegura a sobrevivência e o crescimento orgânico da empresa. Já o não-exercício competente desta responsabilidade pode levar a rupturas, inclusive situações falimentares danosas não somente para os empresários mas para toda a sociedade, pois geram inadimplência de compromissos com funcionários, clientes, fornecedores, etc. (FOGUEL, 1997).

Frisa-se que a RSC é aquela que combina com a “sobrevivência e crescimento orgânico da empresa”. Dessa maneira, a interpretação do que é RSC, segundo Foguel, parte da empresa e não da população afetada. Nota-se que, neste discurso, a RSC não expressa uma parceria simétrica entre empresa e comunidade.

Desde 2006 a Odebrecht disponibiliza em sua plataforma *on-line* seus relatórios anuais. Nestes relatórios constam as atividades executadas sob o lema da responsabilidade social empresarial. No ano citado, consta que a empresa patrocinou 120 projetos sociais, investindo aproximadamente R\$ 29 milhões (ODEBRECHT, 2006/2007). Cinco anos depois, os números foram mais expressivos, aproximadamente 102 milhões de reais em programas sociais, ambientais e culturais. Foram 437 programas sociais, ambientais ou culturais realizados no Brasil e 164 no exterior. O investimento no Brasil foi de R\$ 78,44 milhões e no exterior de R\$24,11 milhões¹⁶ (ODEBRECHT, 2011/2012). De acordo com a empresa, na análise de seus projetos é considerado o impacto positivo que pode ser gerado na vida da comunidade. Dessa forma, as práticas sustentáveis tornaram-se uma “exigência inegociável” (ODEBRECHT, 2011/2012).

Em suma, neste primeiro momento, sobre a atuação das ETs, a governança corporativa aparece como uma diretriz que fortalece a empresa no seu mercado e garante a sua credibilidade perante investidores e sociedade. A responsabilidade social das empresas, contudo, é marcada por ambiguidades. Apesar de vários projetos citados em seus Relatórios Anuais ou de Sustentabilidade, no caso das construtoras brasileiras (ODEBRECHT, 2017/2018; CAMARGO CORRÊA, 2014; ANDRADE GUTIERREZ, 2015), a contradição no processo de responsabilidade

¹⁶ Investimentos no exterior transformados em R\$ pela cotação 1 US\$ = R\$ 1,8758 em 31 de dezembro de 2011 (Relatório Anual Odebrecht, 2011/2012).

social é inerente. Da mesma forma que as ações sociais são divulgadas, não faltam exemplos de obras realizadas por estas construtoras que, em algum momento, são acusadas de infringir leis ambientais, de desconsiderar os impactos sociais, de desrespeitar os direitos humanos ou de realizar condutas ilícitas. As denúncias apuradas pela operação Lava Jato evidenciam os fatos. Lembra-se que Marcelo Odebrecht, presidente da Odebrecht, foi condenado, em 8 de março de 2016, pelo então juiz Sérgio Moro, a 19 anos e 4 meses de prisão por corrupção, lavagem de dinheiro e formação de organização criminosa.

Dessa forma, segundo Nasser e Bundini (2016), na década de 90, ainda que houvesse uma discussão sobre a influência dos atores não estatais no sistema internacional, o ponto analítico central era o da cooperação e não do conflito. A responsabilidade social aparece como medida compensatória para um prejuízo gerado. A preocupação é alinhar as atividades corporativas com os ditames do desenvolvimento. Na atualidade, o foco na assimetria entre os atores internacionais repercute em uma análise que frisa a produção sistêmica de injustiças. Assim, em um mundo de desigualdades crescentes, abre-se um lapso cada vez maior entre a força dos agentes econômicos e a capacidade de resistência ou reparação, no qual uma nova linguagem, na visão da sociedade civil, tornou-se necessária.

3 A LINGUAGEM DOS DIREITOS HUMANOS E A EXPECTATIVA POR JUSTIÇA

As contradições entre o discurso de responsabilidade social e a prática na atuação das empresas são recorrentes. Uma realidade complexa, que envolve interesses e diferentes visões de mundo. As diretrizes das normas de RSC não se mostraram suficientes diante das expectativas sociais. Para além, ao postular a problemática na esfera dos direitos humanos, indica-se o reconhecimento de que as corporações são atores internacionais que dispõem de tanto poder quanto possibilidade de infringir as prerrogativas de tais direitos, assim como os Estados. Segundo Ruggie (2014),

O discurso dos direitos humanos – que afirma o valor e a dignidade inerentes a todas as pessoas, em todos os lugares – tornou-se um terreno comum com base no qual começaram a questionar e buscar um ressarcimento para os custos humanos da globalização corporativa (e-book).

A proposta de um tratado vinculante¹⁷ fundamenta-se no questionamento da assimetria entre as empresas, os Estados e os povos e no objetivo de pôr fim ao processo de impunidade com relação ao poder corporativo.

O debate sobre a conduta das ETs pelo prisma dos direitos humanos, intensifica-se em agosto de 2003, quando a Comissão de Direitos Humanos da ONU apresenta o texto “Responsabilidades das Corporações Transnacionais e Outras Empresas de Negócios com relação a Direitos Humanos” (CHR, 2003). Em 2005, o Conselho de Direitos Humanos da ONU decide compreender melhor a relação entre as transnacionais e os direitos humanos. A decisão presente no documento “Human rights and transnational corporations and other business enterprises”, parte do pressuposto de que as transnacionais podem colaborar com os preceitos dos direitos humanos se considerados fatores como investimentos realizados, criação

¹⁷ Normas jurídicas internacionais de caráter obrigatório.

de empregos e estímulo ao crescimento econômico. Por outro lado, indica que se considere um funcionamento responsável das empresas e uma legislação nacional efetiva. Com esse diagnóstico inicial e na ausência de demais informações, propõe que seja realizado um trabalho (via mecanismos de consultas e recomendações), durante o período de dois anos, que elucide questões como: Quais são as normas sobre a responsabilidade das transnacionais na esfera dos direitos humanos? Qual a função de regulação dos Estados? Quais as implicações de conceitos como “cumplicidade” e “esfera de influência”?, bem como elabore metodologias de avaliação dos impactos da atuação das transnacionais e descreva as melhores práticas realizadas (CHR, 2005).

Como resultado da série de consultas formuladas sobre as normas e práticas existentes e os abusos em direitos humanos, em 2011 a ONU aprovou os Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos (Princípio de Ruggie). O documento é composto de 31 princípios de atuação quanto às responsabilidades dos Estados e das empresas em respeitar os direitos humanos e sobre o acesso aos mecanismos de reparação (HRC, 2011a). A Proposta de Ruggie é baseada em três pilares: Proteger (proteção dos Estados); Respeitar (respeito provido pelas empresas) e Reparação (mecanismos de indenização das vítimas), formando uma possibilidade maior de empoderamento. No que se refere às empresas, a proposta envolve um processo de auditoria que previna, avalie os impactos em direitos humanos e proponha mecanismos alternativos de solução dos conflitos.

Os Princípios de Ruggie circunscrevem um avanço na problemática, uma vez que é um guia oficial sobre como deve ser o vínculo entre a atividade empresarial e os direitos humanos. Ainda, contudo, não é a resposta esperada para frear as atitudes negativas das corporações. Sendo de caráter voluntário, da mesma forma que as normas de RSC, permanece a insegurança. Isto significa que não possui mecanismo para conferir autoridade ou procedimentos coercitivos ou de reparação quando não se age em conformidade com os preceitos aferidos. Não ter um caráter vinculativo, todavia, foi o que possibilitou a sua aprovação, afirma Ruggie, o condutor e formulador da proposta (RUGGIE, 2014).

Vislumbra-se, assim, que os direitos humanos foram incorporados como linguagem de reivindicação e passou-se a uma compreensão ampliada de seu significado. Não houve, no entanto, uma mudança capaz de frear a impunidade. Dessa maneira, em 2012, na Cúpula dos Povos Rio +20, foi lançada a “Campanha Global para desmantelar o poder corporativo”. A campanha reuniu aproximadamente 200 atores entre movimentos sociais, organizações não governamentais e sindicatos,¹⁸ com o objetivo de denunciar as violações dos direitos humanos e protagonizar uma discussão sobre os meios efetivos de combate à impunidade das corporações (TRATADOS DOS POVOS, 2014). A pressão exercida por tal esforço resultou na abertura do processo formal de discussão do tratado vinculante na ONU.

Dessa forma, na 26ª sessão do Conselho de Direitos Humanos, o Equador e a África do Sul, juntamente com 80 países, apresentaram a proposta de criar um quadro jurídico vinculante. Neste caso, a Resolução 26/9 de 2014 decide:

¹⁸ Os signatários estão elencados no *site* da Campanha Dismantle Corporate Power. Disponível em: <https://www.stopcorporateimpunity.org/lista-de-signatarios-2/?lang=pt-br>. Acesso em: 28 mar. 2018.

[...] estabelecer um grupo de trabalho intergovernamental de composição aberta sobre empresas transnacionais e outras empresas com relação aos direitos humanos, cujo mandato será desenvolver um instrumento juridicamente vinculante para regulamentar as atividades de empresas transnacionais e outras empresas no direito internacional de direitos humanos¹⁹ (tradução nossa) (HRC, 2014, p. 2).

Esta resolução pode ser considerada uma ruptura com relação aos debates anteriores envolvendo as transnacionais, o desenvolvimento, a responsabilidade social e os direitos humanos. O fato de elucidar as lacunas pelas quais as transnacionais desvinculam-se de suas obrigações, indica uma proposta de reformulação no direito internacional. Um dos pontos-chave, segundo Garcés (2017), é ilustrar como as vítimas de direitos humanos podem ter a garantia do acesso à justiça. Na atualidade há uma série de interpretações sobre jurisdição e ausência de um tribunal internacional, no qual as vítimas poderiam recorrer. Neste sentido, ocorre um vácuo normativo que tem beneficiado os interesses das corporações. A Campanha “Desmantelar o Poder Corporativo” tem como uma de suas proposições a criação de um Tribunal Internacional sobre empresas transnacionais (TRATADO DOS POVOS, 2014).

Na votação para aprovar a resolução 26/9, dos 47 votos 20 foram a favor, 14 contra e 13 foram abstenções. Dos países da América do Sul abstiveram-se, juntamente com o Brasil, a Argentina, o Chile e o Peru. Países como os Estados Unidos, Alemanha, Itália, França e Reino Unido, votaram contra. Por outro lado, Rússia e China votaram a favor (HRC, 2014). Como se pode notar, trata-se de um processo de enfrentamento de interesses políticos e econômicos. Os Estados, certamente, refletem não somente sobre os impactos negativos sofridos em seus territórios pela presença das ETs, mas, também, como as suas respectivas empresas seriam demandadas juridicamente no âmbito internacional.

As violações em direitos humanos por parte das transnacionais são tão mais recorrentes quanto maior a fragilidade dos Estados e a vulnerabilidade jurídica da população afetada (RUGGIE, 2014). As discussões na ONU, todavia, frisam a responsabilidade dos Estados em controlar e fiscalizar a conduta das empresas. A necessidade de um tratado internacional vinculante de responsabilização é uma forma de enfrentamento de interesses políticos e econômicos, e indica, ao mesmo tempo, a força e a fragilidade da organização internacional. A Organização das Nações Unidas coloca-se como uma fonte importante de pressão social internacional, mas, por outro lado, seu embate é um processo moroso que lida com resistências diversas.

O Grupo de Trabalho da ONU sobre direitos humanos e transnacionais, em visita ao Brasil em 2016, em seu relatório ilustra a problemática no caso brasileiro. No caso do Brasil, a comissão apontou como as violações têm impactado a vida das pessoas e a necessidade de avanços na relação Estado-empresa. Uma das questões destacadas no relatório é a existência de dúvidas sobre o que significa proteção dos direitos humanos no âmbito empresarial. Como

¹⁹ “Decides to establish an open-ended intergovernmental working group on transnational corporations and other business enterprises with respect to human rights; whose mandate shall be to elaborate an international legally binding instrument to regulate, in international human rights law, the activities of transnational corporations and other business enterprises” (HRC, 2014, p. 2).

visto anteriormente, quando do surgimento das normas de RSC também ocorreram incertezas quanto ao seu conteúdo. Assim, segundo o relatório, a relação entre direitos humanos e transnacionais ainda preceitua esclarecimentos:

O Grupo de Trabalho observou que os riscos de direitos humanos eram vistos principalmente como sendo riscos às operações de uma empresa, em vez de riscos enfrentados por detentores de direitos vulneráveis. As empresas não devem apenas avaliar o risco dos direitos humanos analisando o risco para a empresa do sucesso ou fracasso de seus projetos²⁰ (tradução nossa) (HRC, 2016, p. 5).

De acordo com o relatório, na complexidade das relações corporativas, a linguagem dos direitos humanos atenta-se para os potenciais riscos aos vulneráveis. No mais, há a constatação do grupo de trabalho de que a visão errônea das empresas sobre os direitos humanos na esfera corporativa pode ser em consequência da menor familiaridade das empresas sobre o significado dos direitos humanos, se comparadas com o Estado e a sociedade civil (HRC, 2016).

Ainda quanto às violações de direitos humanos no Brasil, para compreender a situação do país o grupo de trabalho dialoga com as comunidades afetadas, em especial, por três empreendimentos: a usina de Belo Monte, a barragem de Fundão (desastre do Rio Doce ou desastre de Mariana) e as construções para as Olimpíadas de 2016, principalmente nas cidades de São Paulo, Rio de Janeiro e Belo Horizonte. Os três casos citados são amostras de uma perspectiva rotineira de violações que implicam deslocamentos forçados, dificuldade de acesso à justiça, desrespeito às normas ambientais e trabalhistas, dentre outras.

Sobre a construção de hidrelétricas por empresas brasileiras aliadas a empresas estrangeiras, como nos casos de Belo Monte (Pará), Jirau (Rondônia) e Santo Antônio (Rondônia), as denúncias sobre direitos humanos são recorrentes. A UHE Santo Antônio, por exemplo, é administrada pela empresa Santo Antônio Energia (SAE), que tem como uma das acionistas a empresa Odebrecht com 18,5% das ações (SAE, 2018). Segundo o relatório da Plataforma Dhesca Brasil,²¹ produzido em 2011, durante a construção da referida usina constatou-se diversas violações de direitos humanos, como desrespeito à legislação trabalhista, relatando-se que o Ministério Público ajuizou ação contra a obra em razão do “acentuado grau de negligência” (DHESCA BRASIL, 2011).

²⁰ “The Working Group noted that human rights risks were mainly seen as risks to a company’s operations, rather than risks faced by vulnerable rights holders. Companies should not just be assessing human rights risk by analysing the risk to the company of the success or failure of projects”. (HRC, 2016, p.5)

²¹ A DhESCA Brasil é uma “rede nacional de articulação de organizações da sociedade civil que visa promover os Direitos Humanos econômicos, sociais, culturais e ambientais como direitos humanos em seu conjunto universais, indivisíveis e interdependentes, articulados ao aprofundamento e radicalização da democracia e a construção de um modelo de desenvolvimento sustentável e solidário” (Disponível em: <https://www.plataformadh.org.br/>).

No caso de Belo Monte, apesar de a Odebrecht ter desistido de participar do leilão ocorrido em 20 de abril 2010,²² posteriormente, em agosto de mesmo ano, em acordo com o governo, decidiu participar do processo de construção que foi liderado pela empresa Andrade Gutierrez.²³ Já em 2011, as comunidades indígenas e ribeirinhas do Xingu apresentaram denúncia contra o Brasil na Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) em razão dos impactos da construção na vida da comunidade indígena e ribeirinha. A apresentação do caso à CIDH ocorreu depois de visualizar, no sistema nacional, um emaranhado jurídico que, aliada à pressão do governo brasileiro pela construção da obra, impedia o acesso à justiça por parte dos afetados (SALES, 2017).

No tocante às obras para a Copa do Mundo e Olimpíadas no Brasil, somente a título de ilustração, vale ressaltar as acusações feitas às principais empresas brasileiras de construção (Odebrecht, Andrade Gutierrez, Camargo Corrêa, Queiroz Galvão e OAS) quanto às irregularidades na licitação e desrespeito aos direitos humanos nas obras dos eventos citados. No dossiê “Megaeventos e Violações dos Direitos Humanos no Rio de Janeiro”, constam questionamentos sobre irregularidades ambientais, ausência de transparência dos recursos públicos, desrespeito aos direitos da população removida ou atingida pelas obras e outras violações (COMITÊ POPULAR DA COPA E OLIMPÍADAS DO RIO DE JANEIRO, 2014). Segundo Esposito (2017), somente na reforma do Maracanã a Odebrecht pagou próximo a R\$ 7,3 milhões em propinas.

Nas obras realizadas no exterior, o *modus operandi* repete-se. Em 12 países, a Odebrecht e a Braskem admitiram o pagamento de, aproximadamente, US\$ 1 bilhão em propinas no total (MATOSO; SALOMÃO, 2016). A confissão consta no acordo de leniência com o Departamento de Justiça dos Estados Unidos, realizado em dezembro de 2016 (BARROCAL, 2017).

Em 31 de julho de 2018, contudo, a Odebrecht S.A., juntamente com outras empresas do Grupo, firmou a “Carta Compromisso do Movimento Empresarial pela Integridade e Transparência”, com a promessa de fortalecer o combate à corrupção. O documento é uma iniciativa do Instituto Ethos²⁴ em parceria com o Pacto Global das Nações Unidas e da Transparência Internacional Brasil, que tem o objetivo de “sensibilizar e ajudar as empresas a gerir seus negócios de forma socialmente responsável” (ETHOS, 2019).

Diante de diretrizes, normas e monitoramento por organizações internacionais, por que não é possível impedir a violação sistemática dos direitos humanos? A hipótese principal é que as transnacionais conseguem organizar o sistema político e jurídico em favor de seus interesses. Assim, Maso (2017) tece considerações sobre o poder de influência das transnacionais

²² O leilão foi vencido pelo consórcio Norte Energia com a seguinte composição: Chesf (Companhia Hidroelétrica do São Francisco), com 49,98%; Construtora Queiroz Galvão S.A., com 10,02%; Galvão Engenharia S.A., com 3,75%; Mendes Junior Trading Engenharia S.A., com 3,75%; Serveng-Civilsan S.A., com 3,75%; J Malucelli Construtora de Obras S.A., com 9,98%; Contern Construções e Comércio Ltda., com 3,75%; Cetenco Engenharia S.A. com 5%; Gaia Energia e Participações, com 10,02%.

²³ Onze construtoras integraram o grupo, no entanto Odebrecht, Camargo Corrêa e Andrade Gutierrez ficaram responsáveis por 50% da obra.

²⁴ Trata-se de uma Organização da sociedade civil de interesse público.

e aponta para a existência de um *lobby* das empresas no processo de tomadas de decisão, seja no financiamento de especialistas para legitimar suas ações, seja no financiamento de campanhas eleitorais e eventos ou na participação formal em agências reguladoras.

Nasser e Bundini (2016) relatam o que tem se denominado de “arquitetura da impunidade”. Segundo os autores, trata-se da construção de uma relação entre os Estados e as empresas, que abarca

um quadro jurídico abrangente e vinculativo de comércio e investimentos por meio de tratados e acordos, incluindo resoluções de instituições internacionais – como a Organização Mundial do Comércio, o Banco Mundial e o Fundo Monetário Internacional – e mecanismos de solução de controvérsias investidor-Estado (p. 208).

Nessa complexidade dessas relações, configura-se o poder das transnacionais em deter prerrogativas quanto aos seus interesses. Nestes termos, as corporações conseguem facilitar operações, manipular legislações e legitimar contratos. Um dos pressupostos é que as transnacionais, pelo seu poder econômico e flexibilidade de atuação, têm promovido uma privatização da justiça dificultando que a população possa ter mecanismos eficazes de promoção de seus direitos. Ao lado do termo arquitetura da impunidade, coloca-se outro que é o da segurança jurídica. Para Zubizarreta (2017), no momento em que os contratos determinam a plena segurança dos investimentos realizados pelas corporações, em consequência estabelecem uma hierarquia entre o aspecto econômico de proteção dos contratos e a defesa dos direitos humanos. Como não há um instrumento efetivo de proteção aos direitos humanos em âmbito internacional, os Estados e a população encontram-se vulneráveis perante o poder corporativo.

Na visão da filósofa Nancy Fraser, a globalização modifica a forma como se discute justiça, pois, antes, qualquer que fosse a reivindicação, a unidade que amparava a busca pela justiça era o Estado Nacional. Com as forças transnacionais (da qual as ETs são exemplo) percebe-se um novo tipo de vulnerabilidade, pois os processos que as compõem formam-se ultrapassando fronteiras (FRASER, 2009). Neste momento, tem-se a necessidade de transformar as lutas locais em lutas internacionais, dismantelandos obstáculos institucionalizados nacionalmente e que impedem a participação igualitária no sistema de justiça dos Estados. Para a autora, no âmbito do Estado nacional pode ocorrer uma falsa representação, ou seja, afirma-se a possibilidade de representação, mas criam-se fronteiras dentro do político que excluem os indivíduos de participarem dos debates sobre justiça. Assim, Fraser (2009) assevera:

Cada vez mais sujeito à contestação, o enquadramento Keynesiano-Westfaliano é agora considerado, por muitos, um grande produtor de injustiça, já que ele fraciona o espaço político de tal modo que impede os pobres e os desprezados de desafiarem as forças que os oprimem. Ao direcionar as reivindicações para os espaços políticos domésticos dos relativamente desempoderados, senão totalmente falidos, Estados nacionais, esse enquadramento isola, da crítica e do controle, os poderes que estão fora dos limites nacionais. Entre aqueles protegidos do alcance da justiça estão os Estados predadores mais poderosos e os poderes privados transnacionais, inclusive investidores e credores estrangeiros, especuladores monetários internacionais e corporações transnacionais (p. 23).

Nesta lógica, a reivindicação em organizações internacionais para a reformulação do direito internacional tende a ser a alternativa mais plausível teoricamente, ainda que desafiadora na prática. A Resolução 26/9 é uma luta nesta direção.

Por fim, frisa-se a diversidade da conjuntura mundial e das demandas entre a década de 90 e nos anos 2000. Como visto, a RSC é uma fonte de adesão voluntária, um compromisso que visa à ética empresarial baseada na compreensão do mercado sobre a sua função social. Já a demanda por respeito aos direitos humanos e a relação com as transnacionais, insere a necessidade de normas obrigatórias com um aparato jurídico e mecanismos que facilitem o acesso à justiça, ou seja, uma regulação efetiva das ações das transnacionais.

Destarte, amplia a visão sobre os direitos e os reúne em uma única causa – os direitos humanos. A proposta rediscute a dependência do direito nacional e propõe uma normatização internacional, reformulando o direito internacional. Se a RSC propõe padronizar e direcionar a conduta empresarial, o foco da discussão sobre os direitos humanos e transnacionais visa a impedir a impunidade. Situa-se em confronto o direito econômico e comercial com os direitos humanos, preconizando uma reformulação normativa e das instituições.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O que fazer quando o sistema de governança aparece em uma encruzilhada? Nota-se que a participação das empresas transnacionais na governança global estabelece uma difícil relação entre o público e privado e entre as esferas da economia e do social. Traduz-se em uma relação de força em que grupos são vulnerabilizados. Na balança entre os danos causados à população, de um lado, e a realização de medidas compensatórias, de outro, reside uma falácia sobre a noção de justiça.

As ETs possuem grande capacidade de manobra. Sua capacidade de influenciar a política é reconhecida. O discurso da responsabilidade social não foi suficiente para conciliar os interesses das corporações privadas e os interesses da sociedade, causando uma descrença social quanto à possibilidade de unir lucro e responsabilidade voluntária ao bem-estar social. Assim, a RSC é analisada, em essência, como um discurso que visa a garantir a sobrevivência em um mercado competitivo, fortalecendo a identidade da empresa com seus consumidores e acionistas. Revela, tão somente, ações pontuais e fragmentadas baseadas em decisões unilaterais que tornam o processo duvidoso.

Um tratado internacional vinculante seria uma proposta revolucionária no direito internacional. O poder de punir, assim, aparece como o caminho efetivo. É, no entanto, uma direção de solução tão difícil quanto a que prescreve a prevenção e mudança de cultura empresarial. Permanece no sistema nacional e internacional o entendimento de que, independente da capacidade de ação da empresa, é de responsabilidade do Estado nacional direcionar e garantir suas vontades e interesses. Cabe ao Estado, como poder soberano, criar mecanismos de contrapoder atribuindo às empresas uma função condizente com o interesse público legítimo. Os governos nacionais devem desenvolver uma legislação forte aliada a mecanismos internacionais para impor responsabilidades às empresas transnacionais e manter a soberania do Estado. Neste sentido, não há alternativa no cenário internacional.

Diante da perspectiva do lucro, ambos (prevenir e capacidade de punir) surgem como medidas de longo prazo. No mais, deve-se recordar que os direitos humanos atuam como um guia para os desejos da humanidade (SEN, 2006). As discussões na ONU transitam entre uma política legítima de caráter voluntário e uma obrigatoriedade jurídica, primando, de qualquer forma, por um sistema de governança com a participação e a fiscalização de diversas organizações, instituições e Estados.

Em suma, apesar das transformações no debate, as diretrizes são insuficientes para frear a impunidade e converter a fragilidade jurídica da população ante o poder corporativo. Os anseios da sociedade estão expostos, mas os sistemas de justiça operam em lógicas distintas e oferecem resistência.

5 REFERÊNCIAS

- ANDRADE GUTIERREZ. *Grupo Andrade Gutierrez – Relatório de Sustentabilidade 2015*. Disponível em: <http://www.andradegutierrez.com/ComoFazemos.aspx>. Acesso em: 28 abr. 2018.
- BARROCAL, A. *Delação da Odebrecht nos Estados Unidos sacode a América Latina*. Carta Capital, 4/2/2017. Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/internacional/delacao-da-odebrecht-nos-eua-sacode-a-america-latina>. Acesso em: 19 maio 2017.
- BEZERRA, R. B. *Responsabilidade social corporativa: uma proposta metodológica para orientação de iniciativas*. 2007. Dissertação (Mestrado em Ciência em Planejamento Energético) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Programas de Pós-Graduação de Engenharia Rio de Janeiro, mar. 2007. Disponível em: <http://www.ppe.ufrj.br/ppes/production/tesis/mbezerrarb.pdf>. Acesso em: 26 abr. 2018.
- CAMARGO CORRÊA. *Relatório Anual 2014*. Disponível em: http://camargocorrea.com.br/component/docman/cat_view/1-relatorios-anuais?Itemid=. Acesso em: 28 abr. 2018.
- CAVES, R. E. The Multinational Enterprise as an Economic Organization. In: FRIEDEN; Lake. *International Political Economy – perspectives on global Power and wealth*. St. Martin's Press New York, 1995.
- CHR. Commission on Human Rights. E/CN.4/RES/2005/69. *Human rights and transnational corporations and other business enterprises SRS mandate*. 20/5/2005.
- CHR. Commission on Human Rights. E/CN.4/Sub.2/2003/L.11. *Proyecto de Programa Provisional y Aprobacion del Informe – Proyecto de informe de la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos*. 14/8/2003.
- COMITÊ POPULAR DA COPA E OLIMPÍADAS DO RIO DE JANEIRO. *Megaeventos e Violações dos Direitos Humanos no Rio de Janeiro – Dossiê do Comitê Popular da Copa e Olimpíadas do Rio de Janeiro*. Jun. 2014. Disponível em: http://www.childrenwin.org/wp-content/uploads/2015/12/Dossie-Comit%C3%AA-Rio2015_low.pdf. Acesso em: 1º ago. 2017.
- DHESCA BRASIL. *Violações de Direitos Humanos nas Hidrelétricas do rio Madeira – Relatório Preliminar de Missão de Monitoramento*. Relatoria Nacional para o Direito Humano ao Meio Ambiente Plataforma Dhesca Brasil. Abril, 2011. Disponível em: http://www.global.org.br/wp-content/uploads/2016/03/r_dhescas_missao_rio_madeira.pdf. Acesso em: 10 jun. 2018.
- DOS SANTOS, T. *A teoria da dependência: balanço e perspectivas*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2000.
- DUNNING, J. H. Reappraising the eclectic paradigm in an age of alliance capitalism. *Journal of International Business Studies*, v. 26, n. 3, 1995.
- DUNNING, J. H.; ZHANG, F. Foreign direct investment and the locational competitiveness of countries. *Transnational Corporations*, v. 17, n. 3, 1º dez. 2008
- ESPOSITO, I. R. *Odebrecht pagou R\$ 7,3 milhões em propina por reforma do Maracanã*. Agência Brasil, 18/4/2017. Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2017-04/odebrecht-pagou-r-73-milhoes-em-propina-por-reforma-do-maracana>. Acesso em: 5 abr. 2019.
- ETHOS. *Instituto Ethos*. Disponível em: https://www.ethos.org.br/conteudo/sobre-o-instituto/#.XNCW2GeG_IU. Acesso em: 5 abr. 2019.
- FEENEY, P. A luta por responsabilidade das empresas no âmbito das Nações Unidas e o futuro da Agenda de Advocacy. *SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos*, v. 6, n. 11, p. 175-191, dez. 2009.

- FOGUEL, S. Balanço social: a essência e a benemerência. *Folha de São Paulo*, São Paulo, segunda, 23 de junho de 1997. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/dinheiro/fi230607.htm>. Acesso em: 12 jan. 2019.
- FRASER, N. Nancy Fraser: reenquadrando a Justiça em um mundo globalizado. *Lua Nova*, São Paulo, 77, p. 11-39, 2009.
- GARCÉS, M. F. E. Nações Unidas: as transnacionais e os Direitos Humanos. In: *Transnacionais e Direitos Humanos. América Latina*, 520, Ed. português, jan. 2017.
- GEORGE, A. L.; BENNETT, A. *Case Studies and Theory Development in the Social Sciences*. Cambridge, Massachusetts, Belfer Center for Science and International Affairs, 2004.
- GILPIN, R. *US power and the multinational corporation: The political economy of foreign direct investment*. New York: Basic, 1975. 291 p.
- HRC. Human Rights Council. A/HRC/17/31. *Informe del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, John Ruggie*. 21/3/2011a.
- HRC. Human Rights Council. A/HRC/32/45/Add.1. *Informe del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas acerca de su misión al Brasil*. 12/5/2016.
- HRC. Human Rights Council. A/HRC/RES/17/4. *Human rights and transnational corporations and other business enterprises*. 6/7/2011b.
- HRC. Human Rights Council. A/HRC/RES/26/9. *Elaboración de un instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos*. 26/6/2014.
- HRC. Human Rights Council. A/HRC/RES/37/67. *Report on the third session of the open-ended intergovernmental working group on transnational corporations and other business enterprises with respect to human rights*. 24/1/2018.
- HYMER, S. *Empresas multinacionais: a internacionalização do capital*. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1983.
- LESSA, C.; ROSSETTI, F. *Criando um setor mais diversificado*. 9/1/2006. Disponível em: <https://gife.org.br/o-futuro-da-filantropia-no-brasil/>. Acesso em: 15 abr. 2019.
- LILIENTHAL, D. E. *The multinational corporation: a review of some problems and opportunities for business management in a period of world-wide economic change*. New York, Development and Resources Corporation, 1960.
- LOBO, C. G. de A. *Por que as empresas investem em responsabilidade social?* 2006. Tese (Doutorado) – Universidade de Brasília/UnB, Departamento de Sociologia, Brasília, 2006.
- MARINI, R. M. Dialética da dependência. In: TRASPADINI, Roberta; STEDILE, João Pedro. *Ruy Mauro Marini – vida e obra*. São Paulo: Expressão Popular, 1973-2005.
- MASO, T. F. Da terra nascem as sementes, mas também os direitos. In: *Transnacionais e Direitos Humanos. América Latina*, 520, Ed. português, jan. 2017.
- MERLE, M.. *Sociologia das Relações Internacionais*. Brasília: Editora UnB, 1981.
- MATOSO, Filipe; SALOMÃO, Lucas. *Odebrecht e Braskem admitem US\$ 1 bi em propina em 12 países, dizem EUA*. G1, Globo, Brasília. 21/12/2016. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/odebrecht-admite-us-788-milhoes-em-propina-em-12-paises-dizem-eua.ghtml>. Acesso em: 2 nov. 2018.
- NASSER, R.; BUNDINI, T. As corporações transnacionais, os arranjos de governança global e os direitos humanos. In: STEFANO, Daniela; MENDONÇA, Maria Luisa (org.). *Direitos Humanos no Brasil 2016*. Relatório da Rede de Justiça e Direitos Humanos. 1. ed. São Paulo: Outras Expressões, 2016.
- OCDE. Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico. *OCDE Guidelines for Multinational Enterprises*. 2008. Disponível em: <http://www.oecd.org/investment/guidelinesformultinationalenterprises/1922428.pdf>. Acesso em: 12 jan. 2018.
- ODEBRECHT. *Relatório Anual 2006/2007*. Disponível em: https://www.odebrecht.com/sites/default/files/port_ra_impresao_05_jun_2007.pdf. Acesso em: 28 abr. 2018.
- ODEBRECHT. *Relatório Anual 2011/2012*. Disponível em: https://www.odebrecht.com/sites/default/files/relatorio_anual_2012_portugues_0.pdf. Acesso em: 28 abr. 2018.
- ODEBRECHT. *Relatório Anual 2017/2018*. Disponível em: http://relatorioanual.odebrecht.com/pdf_completo_ra2017/ra_odebrecht_2017_pt.pdf. Acesso em: 28 abr. 2018.
- OHCHR. *United Nations Human Rights Council*. Disponível em: <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/WG-TransCorp/Pages/IGWGOntnc.aspx>. Acesso em: 15 jan. 2018.
- PACS. Instituto Políticas Alternativas para o Cone Sul. *Responsabilidade social pra quê e pra quem?* Análise crítica dos projetos de responsabilidade social corporativa da Thyssen Krupp Companhia Siderúrgica do Atlântico – TKCSA, em Santa Cruz, Rio de Janeiro, Brasil. Rio de Janeiro: Pacs. 1. ed. mar. 2015.

- PELIANO, A. M. T. M. (coord.). *Bondade ou interesse? Como e por que as empresas atuam na área social*. Brasília: Ipea, 2001.
- PREBISCH, R. *Dinâmica do desenvolvimento latino-americano*. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1964. 206 p.
- RUGGIE, J. G. Quando negócios não são apenas negócios. As corporações multinacionais e os direitos humanos. *Planeta Sustentável*, São Paulo, 2014. Edição do Kindle.
- SAE. Santo Antônio Energia. *Em ritmo acelerado*. Notícias. 27/11/2012. Disponível em: <https://www.santoantnioenergia.com.br/em-ritmo-acelerado/>. Acesso em 7 jun. 2018.
- SALES, R. C. *Belo Monte: cristalização do retrocesso ambiental e de direitos humanos. Justificando*, 13 jun. 2017. Disponível em: <http://www.justificando.com/2017/06/13/belo-monte-cristalizacao-do-retrocesso-ambiental-e-de-direitos-humanos/>. Acesso em: 15 mar. 2019.
- SEN, A. Human rights and the limits of law. *Cardozo Law Review*, 27, n. 6, 2006.
- STRANGE, S. *States and Markets – an introduction to international political economy*. New York: B. Blackwell, 1988. 263p.
- TRATADOS DOS POVOS. *Ideias e propostas para avançar em direção a um Tratado Internacional dos Povos para o Controle das Empresas Transnacionais*. Rebrip. Tradução Action Aid Brasil. Dez. 2014. Disponível em: <https://www.stopcorporateimpunity.org/tratado-dos-povos/?lang=pt-br>. Acesso em: 15 jan. 2018.
- UNCTAD. *The Social Responsibility of Transnational Corporations*. New York and Geneva, 1999.
- UNCTAD. *World Investment Report 2012: Towards a New Generation of Investment Policies*. 2012. Disponível em: https://unctad.org/en/PublicationChapters/WIR2012MethodologicalNote_en.pdf. Acesso em 20 jun. 2014.
- VELOSO, L. H. R. Responsabilidade social e globalização: redefinindo o papel das empresas transnacionais no Brasil. *Antropolítica: Revista Contemporânea de Antropologia e Ciência Política*, Niterói: EdUFF, n. 18, 1. sem. 2005.
- VERNON, R. *Tempestade sobre as multinacionais*. São Paulo: Zahar Editores, 1980.
- ZUBIZARRETA. Um tribunal internacional para assegurar justiça às comunidades. *In: Transnacionais e Direitos Humanos. América Latina*, 520, Ed. português, jan. 2017.

<http://dx.doi.org/10.21527/2317-5389.2020.15.60-77>

As Decisões Político-Legislativas em Tempos de Crise Econômica e a Proteção dos Direitos Fundamentais pelo Tribunal Constitucional: Uma Análise da Jurisprudência Europeia

Felipe Arady Miranda

Doutorado em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Lisboa (título revalidado pela UNB). Especialização e Mestrado em Direitos Fundamentais pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (título revalidado pela UFRN). Professor Universitário. Advogado. Membro da Academia Brasileira de Direitos Humanos. <http://lattes.cnpq.br/4422537383315156>. <https://orcid.org/0000-0002-3249-4311>. felipe@campus.ul.pt

RESUMO

A crise econômico-financeira que assolou os países no início do século 21 não ficou restrita ao âmbito do mercado e da economia. A diminuição da atividade econômica (interna e internacional) logo impactou a arrecadação tributária dos Estados, e a escassez acentuada de recursos financeiros nos cofres públicos dificultou o cumprimento de compromissos jurídicos a que o Estado estava vinculado. Assim, para além de outras hipóteses, a crise impactou o Direito quando impossibilitou o cumprimento de obrigações jurídico-constitucionais relativas a direitos sociais, e a análise da constitucionalidade das medidas de austeridade instituídas pelo legislador ameaçavam a governança do país. Nesse cenário, o papel do Tribunal Constitucional como órgão controlador dos atos dos demais poderes ganhou ainda mais importância, mas não somente pela nobre e fundamental tarefa de restabelecer a supremacia da Constituição, mas, em especial, porque ao fazer isso, em alguns casos, colocou em risco a solvência e a credibilidade do Estado, o que foi taxado por especialistas como medida mais penosa à sociedade do que à própria vigência de uma lei inconstitucional. Nesse sentido, diante de críticas e ovações, os Tribunais Constitucionais na Europa debruçaram-se sobre diversos atos legislativos que retrocediam em matéria de direitos sociais, ora aprovando-as, ora declarando-as inconstitucionais, e a intenção deste trabalho é trazer para o conhecimento jurídico-doutrinário brasileiro algumas das decisões e posições desses tribunais em tempos de crise.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Crise econômico-financeira. Controle de Constitucionalidade. Tribunal Constitucional.

THE POLICY-LEGISLATIVE DECISIONS IN ECONOMIC CRISIS TIMES AND A PROTECTION OF FUNDAMENTAL RIGHTS BY THE CONSTITUTIONAL COURT'S: ANALYSIS OF EUROPEAN JURISPRUDENCE

ABSTRACT

The economic-financial crisis that broke out in the early 21st century was not affected only to a limited extent market issues in general. The decrease in economic activity (domestic and international) soon impacted the tax collection, and the sharp shortage of financial resources in the public coffers made it very difficult to comply with legal commitments that the State was bound. Moreover, the crisis have also impacted the law in a moment that was impossible to carry out the constitutional rules related to the social rights, and the analysis of the constitutionality of the austerity measures implemented by the legislator threatened the country's governance. Within this context, the role of the Constitutional Court as the controlling organ of the acts of the other powers gained even more importance, not only for the noble and fundamental task of restoring the supremacy of the Constitution, but especially because in doing so, in some cases, risk to the solvency and credibility of the State, which was rated by experts as a more painful measure to society than the very existence of an unconstitutional law. In this way, the Constitutional Courts in Europe dealt with many legislative acts that went backwards in terms of social rights, either by approving them or declaring them unconstitutional, and the purpose of this paper is to bring to Brazilian doctrine some of the decisions and positions of these courts in times of crisis.

Keywords: Fundamental rights. Economic and Financial Crisis. Constitutionality Review. Constitutional Court.

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 Uma Advertência Necessária: é preciso ter atenção na incorporação da jurisprudência estrangeira. 3 O caso de Portugal. 4 O caso da Grécia. 5 O caso da Itália. 6 O caso da Espanha. 7 O caso da Letônia. 8 Conclusão. 9 Referências.

Recebido em: 30/8/2019
Aceito em: 17/10/2019

1 INTRODUÇÃO

O mercado econômico-financeiro internacional foi seriamente abalado no início deste século após a irresponsabilidade de a governança das Instituições Financeiras norte-americanas iniciar um colapso econômico no país. Os Estados Unidos da América, pela magnitude da sua economia e pela grandeza de suas relações comerciais, logo provocou uma crise de escala mundial. Economias já fragilizadas foram contaminadas pela recessão, e um processo de crescimento do desemprego e de endividamento público tomou conta da vida de muitos países.

Os Estados europeus, sopesados por uma situação econômico-financeira de crise, socorreram-se de programas de assistência financeira por meio da chamada *Troika* – nome dado ao conjunto de instituições formado pelo *Banco Central Europeu*, *Comissão Europeia* e *Fundo Monetário Internacional* –, que, em troca da concessão de ajuda exigiu dos Estado a adoção de diversas ações de redução do gasto público e de aumento de receita.

Para reverter a crise, os Estados tiveram de recorrer a uma série de medidas de austeridade que estavam ancoradas, basicamente, no aumento da arrecadação e na redução dos gastos públicos (STRECK, 2004, p. 56). Se os recursos monetários disponíveis eram insuficientes para cumprir as obrigações prestacionais decorrentes da lei e da Constituição, e se era necessário atender às exigências de redução do déficit, então era preciso diminuir despesas e aumentar receitas (MAURICIO JR., 2009, p. 80).

Ao fim, a crise econômico-financeira tornou-se um gatilho para diversas reformas legislativas, e o modelo de Estado Social de Direito, dotado de uma Constituição rígida e com direitos fundamentais consagrados na condição de cláusulas pétreas, estabeleceu um limite formal e material à adoção das medidas necessárias para superar esses momentos de excepcionalidade. Assim, a superação da crise esbarrou na constitucionalidade dos atos legislativos editados para promover esse fim.

O esforço de parte da doutrina europeia e dos Tribunais Constitucionais para fazer valer a supremacia constitucional e, em especial, os direitos fundamentais do homem contra as medidas que promoviam um retrocesso no sistema de proteção e promoção dos direitos fundamentais, pode ser visto como um ponto positivo, uma vez que reforçam uma teoria que realmente leve a sério os direitos custosos (direitos que ensejam prestações positivas do Estado e que, portanto, estão sujeitos a uma reserva do financeiramente possível).

Como bem advertiu Xenophon Contiades e Alkmene Fotiadou (2012), porém, a pressão que os organismos internacionais de financiamento, os economistas e parte da doutrina jurídica especializada faziam sobre os Tribunais Constitucionais, exigindo que o interesse público na estabilização econômico-financeira prevalecesse sobre os direitos fundamentais constitucionalmente protegidos, poderia levar a uma desconstrução da noção de direitos sociais como verdadeiros direitos fundamentais justicáveis contra o Estado – ou por meio do Estado (p. 675).

Alguns autores europeus encorajaram-se em defender que, na fiscalização da constitucionalidade, o Tribunal Constitucional deveria impor um direito especial de crise, em que o rigor aplicado nessa atividade seria menor do que em tempos de normalidade (URBANO, 2014, p. 13). Outros autores chegaram a defender uma “teoria da necessidade constitucional”

análogo ao *estado de exceção*, que seria aplicada pela Corte Constitucional, ficando permitida a restrição de direitos fundamentais de maneira mais intensa e com menor justificação do que em tempos de normalidade (BRANCO, 2012, p. 349).¹

O objetivo deste artigo é analisar como comportaram-se Tribunais Constitucionais europeus ao fiscalizar a constitucionalidade das medidas de austeridade instituídas nos momentos de grave crise econômico-financeira e, para tanto, utilizou-se da análise das decisões de Tribunais Constitucionais de cinco países (Portugal, Grécia, Itália, Espanha e Letônia), em especial quanto à arguição de inconstitucionalidade por violação dos chamados *limites aos limites dos direitos fundamentais*, isto é, da proporcionalidade, proibição do retrocesso social, proteção da confiança (ou segurança jurídica), igualdade e mínimo existencial. A ideia é verificar se os Tribunais Constitucionais funcionaram de maneira atípica no controle de constitucionalidade das medidas de combate à crise, ou se operaram dentro dos parâmetros normais do exercício da jurisdição constitucional.

Nota-se que conhecer a jurisprudência estrangeira pode servir de base para um eventual pronunciamento do Supremo Tribunal Federal brasileiro sobre medidas legislativas que retrocedem em matéria de direitos sociais.

É certo que o Brasil também foi assolado por uma crise dessa natureza, e conhecer a jurisprudência estrangeira pode nortear o exercício da jurisdição constitucional neste lado do Atlântico. Antes, porém, de nos debruçarmos sobre os casos, é preciso advertir o leitor de que, para uma melhor compreensão, seria necessário saber em que medida a análise e a importação de argumentos e conceitos de outros ordenamentos jurídicos se revelariam úteis para a sistemática jurídico-constitucional brasileira.

2 UMA ADVERTÊNCIA NECESSÁRIA: É PRECISO TER ATENÇÃO NA INCORPORAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA ESTRANGEIRA

Uma das grandes questões levantadas por Sujit Choudhry (2006), ao discorrer sobre a utilização de um direito constitucional comparado e, especificadamente, sobre a importação de uma ideia ou de uma decisão de uma corte constitucional estrangeira, é a necessidade de ter em consideração que se está aplicando ou utilizando fundamentos jurídicos pertencentes a outra ordem constitucional, e que, portanto, eles não são frutos de uma vontade do povo nacional. Caso não haja o impecável cuidado de saber se o direito estrangeiro é compatível com o interno, e de verificar se há não só os mesmos fundamentos, mas especialmente os mesmos valores jurídicos, poderá se correr o risco de enfraquecer a soberania do país ao se utilizar de um veículo que não assenta na vontade democrática daquela nação, e isso não somente nos parâmetros estatuídos da lei ordinária, mas também da Constituição, sob a qual foi edificado aquele Estado (p. 8).

¹ Giorgio Baruchella e Ágúst Pór Arnason (2016) consideram que o Conselho de Estado grego, ao decidir pela constitucionalidade das medidas de austeridade implementadas como remédio para superar a crise, reconheceu um verdadeiro “estado de exceção constitucional”, segundo o qual a necessidade de proteger o interesse público prevalece temporariamente sobre a plena realização dos direitos fundamentais.

Ademais, Mark Tushnet (2006a) também, ao discorrer sobre o direito comparado e sobre o recurso à decisão estrangeira como fundamento de decidir internamente, bem-salienta que, para além das tipicidades que os ordenamentos já possuem, e que não podem ser desconsideradas, em tempos de emergência é imperioso saber a racionalização e a fundamentação utilizada pelo juiz ao decidir sobre a questão, mas também sobre aquela que fora utilizada pelo legislador ou pelo Executivo ao editar o ato que está sendo submetido à fiscalização, ou seja, as circunstâncias do mundo real, daquele país, que devem ser aferidas na valoração do peso dos princípios constitucionais conflitantes (p. 73-74).²

As decisões sobre direitos fundamentais utilizadas foram emitidas por Tribunais completamente distintos, que operam – e operaram – dentro de sistemas diversos de fiscalização da constitucionalidade das leis, com estruturas peculiares e funções reservadas quando inseridas nos limites da separação dos poderes, além de diferentes tarefas sociais e demonstrando diferentes níveis de ativismo judicial (CONTIADES; FOTIADOU, 2012, p. 675).

De toda forma, a importância que a comparação jurídica tem no desenvolvimento do Direito interno é, em tempos atuais, algo inquestionável. Ademais, o direito constitucional comparado não se assenta somente na comparação da Constituição propriamente, mas deve incluir as características gerais do sistema constitucional, bem como a análise de elementos concretos, a exemplo da doutrina e da jurisprudência constitucional (BOTELHO, 2011, p. 52). Logo, é relevante analisar como a jurisprudência estrangeira tem se manifestado em casos de crise.

Destarte, passamos à análise de algumas decisões de países que enfrentaram intervenções legislativas retrocessivas no domínio dos direitos fundamentais, e isso na tentativa de adaptar as obrigações jurídico-positivas aos recursos financeiros disponíveis.

3 O CASO DE PORTUGAL

No ano de 2010, em Portugal, o presidente da República provocou a fiscalização da constitucionalidade de uma lei que alterava a redação de um dispositivo do Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares – IRS –,³ alegando, em resumo, violação do princípio da proteção da confiança legítima dos cidadãos.

O Tribunal Constitucional, ao apreciar a constitucionalidade das medidas que visavam o aumento das receitas públicas – Acórdão nº 399/2010 –, reafirmou a aplicação do princípio da proteção da confiança como elemento subjetivo da segurança jurídica, reforçando a jurisprudência da Corte no sentido de que, para que haja proteção constitucional desse bem jurídico, os destinatários da norma infraconstitucional não devem ter condições de prever a afetação promovida pela legislação retrocessiva, sendo necessário que a expectativa de manutenção do *status quo* seja legítima e que, naquele caso, não haja necessidade de salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos que se manifestem, em um juízo de ponderação, com maior peso.

² A análise desmenturada da jurisprudência estrangeira, sem as devidas reflexões e adaptações ao Direito interno, levaria àquilo que o autor chama de “comparative jurisprudence bricolage” (2006b, p. 1.287 *et seq.*, em especial p. 1.289).

³ Decisões disponíveis em: www.tribunalconstitucional.pt. Os trechos citados dos Acórdãos, sempre entre aspas, tiveram sua redação original mantida.

No exame fático referente à fiscalização. O Tribunal entendeu que, considerando “a conjuntura económico-financeira internacional, incluindo a situação dos mercados internacionais, a avaliação da situação financeira portuguesa por parte das instâncias internacionais (...), bem como as medidas tomadas em Estados-Membros da União Europeia em idêntica situação (...), não seria razoável pensar que Portugal ficaria imune a esta tendência”.⁴

Entendeu o Tribunal, portanto, que a conjuntura do Estado português e da União Europeia não permitia que os cidadãos confiassem em uma imutabilidade das leis tributárias do país.

Ademais, destacou o Tribunal que não existia razão que permitisse a ele “pôr em causa (...) a prossecução do interesse público, em face da situação económico-financeira do país”, e que, portanto, exigia do legislador a adoção de medidas dessa natureza. As medidas anunciadas, segundo o Tribunal, tinham a finalidade de “prossecução de um legítimo e premente interesse de obtenção de receita fiscal para fins de equilíbrio das contas públicas”. Logo, tendo “caráter urgente e premente, e no contexto de anúncio das medidas conjuntas de combate ao défice e à dívida pública acumulada, não são susceptíveis de afectar o princípio da confiança insito no Estado de Direito, pelo que não é possível formular um juízo de inconstitucionalidade sobre as normas” em fiscalização.⁵

Em 2011, um grupo de deputados da Assembleia da República requereu ao Tribunal Constitucional a declaração de inconstitucionalidade de uma série de dispositivos da Lei do Orçamento de Estado de 2011, especialmente em razão da redução das remunerações dos funcionários públicos que recebiam do Estado uma quantia superior a 1.500,00 €. O Tribunal, ao fiscalizar a constitucionalidade da lei – Acórdão nº 396/2011 –, quando enfrentou a possível violação da proteção da confiança, entendeu que, de fato, a Lei do Orçamento de Estado frustrava expectativas legítimas dos funcionários públicos, mas considerou que, diante da conjuntura económico-financeira excepcional, do desequilíbrio orçamentário, da necessidade de redução do gasto público, da pressão sobre a dívida soberana, da escalada progressiva dos juros e dos problemas de financiamento do Estado, o interesse público em adotar tais medidas de austeridade deveria prevalecer sobre a confiança dos indivíduos.⁶

Considerou o Tribunal, ainda neste caso, que “a situação de desequilíbrio orçamental e a apreciação que ela suscitou nas instâncias e nos mercados financeiros internacionais são imputados generalizadamente riscos sérios de abalo dos alicerces (senão, mesmo, colapso) do sistema económico-financeiro nacional, o que teria também, a concretizar-se, conseqüências ainda mais gravosas para o nível de vida dos cidadãos”.⁷

Na análise da proporcionalidade da medida, entendeu ser ela idônea, necessária e proporcional, razão pela qual não merecia reprovação, concluindo também não ter havido violação ao princípio da igualdade contributiva, uma vez que tal preceito permitia o tratamento

⁴ Diário da República, 2ª série, nº 230, de 26/11/2010, p. 57.860.

⁵ Diário da República, 2ª série, nº 230, de 26/11/2010, p. 57.861.

⁶ Diário da República, 2ª série, nº 199, de 17/10/2011, p. 41.097 e 41.102.

⁷ Diário da República, 2ª série, nº 199, de 17/10/2011, p. 41.097.

desigual àqueles que se encontram em situação de desigualdade, na medida das suas desigualdades. Logo, o Tribunal entendeu não haver inconstitucionalidade nas medidas de austeridade aprovadas pelo Parlamento português.⁸

Em 2012, o problema da Lei de Orçamento repetiu-se. Novamente um grupo de Deputados da Assembleia da República veio a requerer a fiscalização do orçamento daquele ano em razão de previsão de suspensão do pagamento dos subsídios de férias e de Natal para quem tivesse rendimento igual ou superior a 600,00 €, com a manutenção das medidas de redução remuneratória já definidas no ano anterior, abarcando também, neste caso, a classe dos reformados e aposentados cujas verbas eram pagas com recursos públicos, mesmo que fossem advindos da iniciativa privada.

Neste caso, o Tribunal – Acórdão nº 353/2012 –, ao discorrer sobre o princípio da igualdade, considerou que “é indiscutível que, com as medidas constantes das normas impugnadas, a repartição de sacrifícios, visando à redução do défice público, não se faz de igual forma entre todos os cidadãos na proporção das suas capacidades financeiras, uma vez que elas não têm um cariz universal, recaindo exclusivamente sobre as pessoas que auferem remunerações e pensões por verbas públicas. Há, pois, um esforço adicional, em prol da comunidade, que é pedido exclusivamente a algumas categorias de cidadãos”.⁹

Para distinguir do argumento utilizado no acórdão do ano anterior, cujas medidas de austeridade haviam passado pelo critério da igualdade, o Tribunal assenta que, naquele ano, as medidas impostas ao funcionalismo público estavam “dentro dos *limites do sacrifício*”, mas, neste ano, não. O Tribunal entendeu que “a liberdade do legislador recorrer ao corte das remunerações e pensões das pessoas que auferem por verbas públicas, na mira de alcançar um equilíbrio orçamental, mesmo num quadro de uma grave crise económico-financeira, não pode ser ilimitada. A diferença do grau de sacrifício para aqueles que são atingidos por esta medida e para os que não o são não pode deixar de ter limites”.¹⁰

A partir daí, surge uma série de argumentos relativos à *igualdade proporcional*, no sentido de que também a igualdade está sujeita a uma ponderação entre os benefícios do tratamento desigual e os malefícios por ele causado. Por fim, o Tribunal declarou a inconstitucionalidade da Lei do Orçamento do Estado para 2012, mas, em razão da avançada execução orçamentária naquele ano, teve por bem modular os efeitos da decisão para o ano seguinte.¹¹

No ano de 2013 foi o presidente da República quem iniciou o processo de fiscalização da Lei do Orçamento do Estado, tendo em vista, para além de outros argumentos, que o orçamento manteve as suspensões dos subsídios de férias e de Natal, declaradas inconstitucionais no ano anterior. O presidente fundamentou seu pedido principalmente em suposta violação dos princípios da igualdade, proteção da confiança e proporcionalidade.

⁸ Diário da República, 2ª série, nº 199, de 17/10/2011, p. 41.103.

⁹ Diário da República, 1ª série, nº 140, de 20/7/2012, p. 3.854.

¹⁰ Cfr. em especial, p. 3.856, do Acórdão nº 353/2012 (Diário da República, 1ª série, nº 140, de 20/7/2012).

¹¹ Diário da República, 1ª série, nº 140, de 20/7/2012, p. 3.857.

No Acórdão nº 187/2013, o Tribunal não divergiu do governo e do Parlamento português ao reconhecer que “Instrumentalmente pré-ordenadas à realização de objetivos orçamentais essenciais ao reequilíbrio das contas públicas, num contexto de particular excecionalidade, as medidas impugnadas encontram-se dirigidas à prossecução de um interesse público real, perceptível, claro e juridicamente enquadrável, coincidente com a preservação da capacidade de financiamento do Estado no âmbito das obrigações assumidas e, por essa via, com as possibilidades de realização das tarefas fundamentais a seu cargo”; contudo, a grande questão que o Tribunal considerava importante analisar era a necessidade de “saber se, do ponto de vista da posição jurídica afetada, a relação entre esse interesse e estas medidas, o modo como o legislador ordinário a estabeleceu e valorou, e, essencialmente, a opção que nessa valoração fez radicar (...) traduzem ou não, no contexto que resulta da Lei do Orçamento de Estado para 2013, uma intervenção proibida pelos princípios da proteção da confiança, da igualdade e/ou da proporcionalidade”.¹²

Afirmou o Tribunal, quando da análise da constitucionalidade da suspensão do pagamento do subsídio de férias ou equivalente, que “o princípio da igualdade exige que, a par da existência de um fundamento material para a opção de diferenciar, o tratamento diferenciado assim imposto seja proporcionado. Se o princípio da igualdade permite (ou até requer, em certos termos) que o desigual seja desigualmente tratado, simultaneamente impõe que não seja desrespeitada a medida da diferença”.¹³

Sobre a distinção entre a categoria de trabalhadores feita pela lei, manifestou o Tribunal que “a imposição de sacrifícios mais intensos aos trabalhadores que exercem funções públicas não pode ser justificada por fatores macroeconómicos relacionados com a recessão económica e o aumento do desemprego, que terão de ser solucionados por medidas de política económica e financeira de carácter geral, e não por via de uma maior penalização dos trabalhadores que, no plano da empregabilidade, não suportam, ou não suportam em idêntico grau, os efeitos recessivos da conjuntura económica”, concluindo pela inconstitucionalidade da suspensão por violação ao princípio da igualdade.¹⁴

Ademais, quando da fiscalização da norma que suspendia parcialmente o pagamento do subsídio de férias de aposentados e reformados, o Tribunal igualmente decidiu declará-la inconstitucional, por violação da igualdade proporcional.¹⁵

Ainda a título de informação, também em 2013 – Acórdãos nºs 474/2013 e 862/2013 –, o Tribunal Constitucional português reconheceu a inconstitucionalidade das medidas legislativas instituídas como mecanismos de superação da crise sob o argumento da violação da *proteção da confiança*, entendendo, nos dois casos, não haver *razões de interesse público* na exposição dos motivos da proposta de lei que pudessem justificar a quebra da *confiança* depositada no Estado, a legitimidade dessa *confiança* e o investimento da *confiança* dos cidadãos naquela expectativa criada.¹⁶

¹² Diário da República, 1ª série, nº 78, de 22/4/2013, p. 2.366.

¹³ Diário da República, 1ª série, nº 78, de 22/5/2013, p. 2.368.

¹⁴ Diário da República, 1ª série, nº 78, de 22/5/2013, p. 2.368.

¹⁵ Diário da República, 1ª série, nº 78, de 22/5/2013, p. 2.375-2.380.

¹⁶ Diário da República, 1ª série, nº 179, de 17/9/2013, p. 5884 *et seq.* e Diário da República, 1ª série, nº 4, de 7/1/2014, p. 20 *et seq.*, respectivamente.

No ano de 2014, a Lei do Orçamento do Estado, mais uma vez, foi submetida à fiscalização de constitucionalidade. Os deputados do partido socialista vinham em busca da garantia da proteção da confiança, igualdade e proporcionalidade, contra as medidas de austeridade estabelecidas no orçamento. Nos termos do Acórdão nº 413/2014, o Tribunal acolheu em parte os pedidos formulados, declarando a inconstitucionalidade de algumas normas do orçamento por violação à igualdade e à proporcionalidade.¹⁷

Em 2015 não houve provocação de fiscalização da constitucionalidade do orçamento, mas, em 2016, mais uma vez um grupo de deputados da Assembleia da República solicitou ao Tribunal Constitucional a apreciação e a declaração da inconstitucionalidade de algumas normas do Orçamento do Estado de 2015. Também, neste caso, foi alegada violação aos princípios constitucionais da igualdade, proporcionalidade e proteção da confiança.

No Acórdão nº 3/2016, o Tribunal Constitucional precisava saber “se o peso das razões que levaram à alteração legislativa justifica o grau de sacrifício que dela resulta para os afetados”. Ponderando, o Tribunal entendeu, em resumo, que as cifras financeiras poupadas com a medida de austeridade não representavam grande monta no orçamento, e que os indícios de constrição orçamentária naquele ano já não eram tão evidentes como nos anos anteriores, dando a entender que o peso do interesse público na adequação econômico-financeira do país já não era semelhante àquilo que vinha sendo pregado anteriormente, razão pela qual não havia motivos suficientemente forte para fazer ceder a confiança que os indivíduos tinham naquela prestação, declarando, ao fim, a inconstitucionalidade por violação da *proteção da confiança*.¹⁸

4 O CASO DA GRÉCIA

Primeiramente, cumpre destacar que na Grécia não existe Tribunal Constitucional cuja função seja exclusivamente o controle de constitucionalidade das leis. Lá, cada Tribunal, em cada instância, é competente para realizar a fiscalização de constitucionalidade, porém, as medidas de austeridade foram fiscalizadas principalmente pelo Conselho de Estado grego, a quem, na condição de Tribunal Administrativo Superior, cabe o controle dos atos do Estado (YANNAKOUROU, 2014, p. 22).

O primeiro caso analisado pelo Conselho de Estado grego, já no contexto da crise deste século, foi relativo à Lei nº 3.833/2010, intitulada “Proteção da Economia Nacional – medidas urgentes para responder à crise financeira” –, que instituiu medidas de austeridade, a exemplo da redução dos salários dos servidores públicos, pensões e outros benefícios, na intenção de diminuir o gasto público e, conseqüentemente, reagir à crise.¹⁹

O Conselho de Estado entendeu que, embora os direitos patrimoniais e os interesses privados, incluindo aí o direito à pensão, estivessem englobados pelo direito de propriedade, previstos no artigo 1º do *Protocolo Adicional nº 1*, da *Convenção Europeia de Direitos do Ho-*

¹⁷ Acórdão nº 413/2014 – Diário da República, 1ª série, nº 121, de 26/6/2014.

¹⁸ Diário da Republica, 1ª Série, nº 22, de 2/2/2016, p. 341.

¹⁹ Caso nº 668/2012, do Conselho de Estado grego. Não foi possível obter acesso às decisões do Conselho de Estado grego, razão pela qual este tópico foi desenvolvido com base em depoimentos de alguns autores, todos devidamente referendados.

mem, e pelo artigo 17 da Constituição Grega, esses direitos não garantiam um determinado montante a título de pensão. Logo, segundo o Conselho de Estado, as autoridades nacionais poderiam decidir sobre os valores das pensões de acordo com a capacidade econômico-financeira do Estado, devendo, contudo, qualquer interferência nesse domínio estar proporcionalmente justificada, além de ter de estar prevista em lei (PSYCHOGIOPOULOU, 2014, p. 9-10).

No mais, o Conselho assentou que a interferência estatal deveria perseguir um legítimo interesse público, que poderia estar ancorado em acepções de caráter econômico-financeiro, a exemplo da sustentabilidade do ajuste de segurança social; além, ainda, da intervenção ter de ser necessária e proporcional ao objetivo perquirido (PSYCHOGIOPOULOU, 2014, p. 10).

Nas razões do Tribunal, os “objetivos excepcionais e urgentes de interesse público geral, bem como a necessidade de garantir as obrigações do país em relação à União Europeia e ao Fundo Monetário Internacional”, fizeram com que o interesse público prevalecesse sobre os direitos fundamentais dos cidadãos. Naquele momento, o financiamento estatal e o reforço da sua credibilidade no cenário internacional foram cruciais para a adoção daquelas medidas excepcionais (BARUCHELLA; ARNASON, 2016).

Isso porque a própria Constituição grega, em seu artigo 106, nº 1, protege o interesse público relacionado ao aspecto econômico. O Conselho de Estado grego considerou, porém, à luz do que já foi ressaltado sobre o tema, que o interesse público é uma noção abstrata, que merece ser preenchida pelos valores e interesses concretos em questão. O Tribunal, contudo, entendeu que a magnitude da crise econômico-financeira vivida pela Grécia colocava em causa a importância do interesse público em uma gestão responsável das finanças estatais (TSAKIRI, 2015, p. 18).

Ademais, o Conselho de Estado rechaçou o argumento trazido pelos queixosos no sentido de que o legislador teria de ter adotado medidas alternativas e menos onerosas para lidar com os desafios econômico-financeiros, dizendo que não cabia ao Tribunal adentrar no mérito das escolhas políticas (PSYCHOGIOPOULOU, 2014, p. 10).

Nos casos nº 1.285/2012 e 1.286/2012, ambos de 2/4/2012, que também versavam sobre a medida legislativa relativa aos cortes nas pensões, o Conselho de Estado confirmou a compatibilidade das medidas de austeridade promulgadas com o artigo 4, nº 1 (igualdade perante a lei), artigo 4, nº 5 (contribuição para os encargos públicos na proporção de sua capacidade) e 22, nº 5 (obrigação do Estado de prover por um sistema de segurança social), todos da Constituição grega. O Conselho entendeu que o critério da idade para estabelecer diferenciações no processo de aposentadoria não era arbitrário e nem discriminatório, mas, pelo contrário, na concepção do órgão, era um critério objetivo, justificando a necessidade de se proteger os pensionistas mais velhos (PSYCHOGIOPOULOU, 2014, p. 11).

Dentre os argumentos que fundamentavam o interesse público nestes casos, o Conselho de Estado destacou que o programa executado pelo Estado era necessário para a consolidação fiscal do país, e, por meio dele, o governo procurava aumentar as receitas e reduzir os custos, a fim de economizar recursos para garantir a viabilidade das organizações de segurança social, além de reduzir o déficit orçamentário, inclusive o de segurança social. Logo, também aqui o Conselho de Estado entendeu que o interesse público deveria prevalecer sobre os direitos fundamentais dos cidadãos (TSAKIRI, 2015, p. 21).

No caso nº 3.354/2013, o Conselho de Estado grego permitiu que o legislador, sob fundamento da crise econômico-financeira, instituísse uma redefinição das funções do Estado e uma ampla reorganização da Administração Pública nacional. O Conselho baseou sua decisão, dentre outras coisas, no funcionamento racional da máquina pública, bem como nos princípios da eficiência e da sustentabilidade (TSAKIRI, 2015, p. 22).

Ademais, após a decisão do Conselho de Estado grego nº 668/2012, os queixosos na ação submeteram o caso ao Tribunal Europeu de Direitos Humanos, alegando as mesmas violações submetidas à apreciação pelo Tribunal interno.²⁰

O Tribunal Europeu entendeu, em consonância com o que havia considerado o Conselho de Estado, que havia razões de interesse público (crise econômico-financeira sem precedentes na história do país) que sustentavam a adoção das medidas de austeridade anunciadas. Ademais, mencionou o Tribunal que o legislador estava revestido de ampla margem para formular as políticas econômicas estatais, sobretudo quando essa política fosse de enfrentamento da crise, não cabendo ao Tribunal apreciar se o legislador apresentou a melhor solução para o problema, desde que, advertiu o Tribunal, o legislador estivesse dentro dos limites e margens de sua apreciação.²¹ Para julgar, dentre outras coisas, o Tribunal considerou que os cortes nas pensões, salários, etc., não implicavam ameaça à subsistência dos cidadãos.²²

O Tribunal Europeu, ainda no caso da Grécia, mesmo afirmando “não ter dúvidas de que o legislador agiu em nome do interesse público”, teceu considerações acerca da ponderação entre o peso desse interesse geral da comunidade e o impositivo de proteção dos direitos fundamentais, concluindo que havia razões de interesse público que justificavam a restrição aos direitos fundamentais.²³ Logo, mesmo o argumento do interesse público utilizado pelo legislador está sujeito, segundo o Tribunal, a um juízo de proporcionalidade.

5 O CASO DA ITÁLIA

Igualmente ao que já foi considerado sobre outros países, a *Corte Costituzionale* da Itália foi chamada a se pronunciar sobre a constitucionalidade de algumas medidas consideradas de austeridade.²⁴ Em 2010, na Sentença nº 316, a Corte declarou constitucional o bloqueio automático das pensões acima de oito salários mínimos no ano de 2008, ao entender que caberia ao legislador fazer as devidas ponderações entre os valores constitucionais segundo as disponibilidades de recursos financeiros disponíveis, desde que não violasse os requisitos mínimos de dignidade da pessoa. Entendeu, também, que as medidas de austeridade não violavam o direito à igualdade.²⁵

²⁰ Casos nº 57665/12 e 57657/12, de 7/5/2013, do Tribunal Europeu de Direitos Humanos – Koufaki e Adedy v. Grécia.

²¹ Decisão proferida nas queixas nº 57665/12 e 57657/12, do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, caso Koufaki e Adedy v. Grécia, 1ª seção, de 7/5/2013, item nº 48.

²² Decisão proferida nas queixas nº 57665/12 e 57657/12, do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, caso Koufaki e Adedy v. Grécia, 1ª seção, de 7/5/2013, itens nº 32, 34, 35, 36 e 37.

²³ Decisão proferida nas queixas nº 57665/12 e 57657/12, do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, caso Koufaki e Adedy v. Grécia, 1ª seção, de 7/5/2013, item nº 46.

²⁴ Decisão disponível em: <http://www.cortecostituzionale.it>.

²⁵ Sentença nº 316/2010, da Corte Constitucional da Itália, publicada na *Gazzetta Ufficiale* nº 46, 1ª Série Especial, de 17/11/2010, p. 27, item 3.2 e 3.4.

Ainda no mesmo caso, a Corte Constitucional teceu considerações sobre a adequação e a proporcionalidade da medida, concluindo que o legislador deveria levar em consideração os recursos financeiros disponíveis, tendo o governo e o Parlamento de alinhar os gastos a essas disponibilidades, mantendo um rigor no equilíbrio do sistema de segurança social do país. O Tribunal entendeu que deveria haver uma adequação entre os recursos disponíveis e as obrigações a serem satisfeitas, estando, portanto, o legislador, compelido a adaptar as obrigações quando já não houvesse recursos financeiros disponíveis.²⁶

Três anos mais tarde, a mesma Corte Constitucional, na Sentença nº 116/2013, tal como aconteceu em Portugal, considerou medida semelhante inconstitucional por violação ao princípio da igualdade, tendo em vista que tal ônus era imputado tão somente aos funcionários públicos.²⁷

No caso nº 250/2013, o Tribunal assentou que o princípio do equilíbrio orçamental consiste na busca contínua de um equilíbrio harmonioso e simétrico entre os recursos disponíveis e as despesas necessárias para a busca de fins públicos.²⁸

Já em 2015, em especial no Acórdão nº 10, que instituía uma faixa adicional ao *imposto de renda corporativo* relativo às empresas que operavam no campo energético e de hidrocarboneto (que ficou conhecido como “imposto Robin Hood”), o Tribunal Constitucional entendeu que havia violação ao direito de igualdade contributiva (artigos 3º e 53 da Constituição italiana). O Tribunal entendeu que a Constituição não impõe uma tributação fiscal uniforme, mas que eventuais distinções devem estar apoiadas por justificativas adequadas, de maneira que fiquem vedadas discriminações arbitrárias ou não proporcionais.²⁹ Ademais, entendeu por bem postergar os efeitos da declaração de inconstitucionalidade para momento futuro, tendo em vista que a retirada imediata da vigência da norma inconstitucional poderia gerar “efeitos ainda mais incompatíveis com a Constituição”.³⁰

Na Sentença nº 70/2015, a Corte Constitucional italiana, ao apreciar a constitucionalidade de um dispositivo legal que bloqueava a indexação automática do custo de vida para todas as pensões acima de três vezes o valor mínimo de pagamento do INPS, entendeu que na legislação havia violação do direito à previdência social, em especial à proporcionalidade dos benefícios de aposentadoria. Ao confrontar o dever de prover por um equilíbrio orçamentário com a obrigação de proteção dos direitos sociais, o Tribunal concluiu que os direitos sociais se apresentavam com maior peso, e, portanto, que o bloqueio não era proporcional, mesmo que isso impactasse no Orçamento do Estado.³¹

²⁶ Sentença nº 316/2010, da Corte Constitucional da Itália, publicada na *Gazzetta Ufficiale* nº 46, 1ª Série Especial, de 17/11/2010, p. 28, item 4.

²⁷ Sentença nº 116/2013, da Corte Constitucional da Itália, publicada na *Gazzetta Ufficiale* nº 24, 1ª Série, de 12/6/2013.

²⁸ Acórdão nº 250/2013, da Corte Constitucional da Itália, publicada na *Gazzetta Ufficiale* nº 44, de 30/10/2013, item 3.2.

²⁹ Acórdão nº 10/2015, da Corte Constitucional da Itália, publicada na *Gazzetta Ufficiale* nº 6, de 11/2/2015, p. 9/10, item 6.

³⁰ Acórdão nº 10/2015, da Corte Constitucional da Itália, publicada na *Gazzetta Ufficiale* nº 6, de 11/2/2015, p. 12, item 7.

³¹ Acórdão nº 70/2015, da Corte Constitucional da Itália, publicada na *Gazzetta Ufficiale* nº 18, de 6/5/2015. Cfr., em especial, itens 9 e 10.

Em 2016 o Tribunal Constitucional apreciou a constitucionalidade de uma lei que alterava a obrigação da Região de Abruzzo de custear 50% do transporte de estudantes carentes portadores de necessidades especiais (uma espécie de financiamento compartilhado com as Províncias). Essa lei condicionava a obrigação aos *limites das disponibilidades financeiras constantes no orçamento*.

No julgamento, o Tribunal mencionou que o direito à educação para as pessoas com deficiência também é consagrado no artigo 38 da Constituição italiana, cabendo ao legislador elaborar os instrumentos adequados para a realização do direito, de maneira que a norma jurídica que o consagra não seja mera previsão programática, mas, sim, um impositivo constitucional preenchido com conteúdo concreto e real.³² O transporte dos alunos portadores de deficiência, nas considerações do Tribunal, constitui garantia essencial da eficácia do direito ao ensino.³³

Sobre o argumento de violação ao *princípio do equilíbrio orçamentário*, o Tribunal entendeu que a garantia de efetividade do direito fundamental ao ensino dos alunos com deficiência (transporte até a escola para aqueles que não podiam custeá-lo com recursos próprios) não poderia estar condicionada à disponibilidade orçamentária em termos absolutos e gerais. Menciona o Tribunal que *é a garantia dos direitos fundamentais que deve condicionar o orçamento, e não o orçamento que deve condicionar a efetividade dos direitos*, e, por isso, reconheceu a inconstitucionalidade da parte da lei que condicionava o custeio do transporte à disponibilidade orçamentária.³⁴

6 O CASO DA ESPANHA

Embora a Constituição espanhola muito se distancie da brasileira quanto à consagração e à proteção de direitos sociais, o Tribunal Constitucional foi provocado diversas vezes para fiscalizar a constitucionalidade de medidas legislativas que supostamente afetavam direitos fundamentais.

A título de exemplo, cita-se a Sentença nº 119/2014, de 16/7/2014, que apreciava um recurso de inconstitucionalidade interposto pelo Parlamento de Navarra ante as medidas urgentes adotadas pelo Parlamento Nacional para reformar o mercado laboral do país, por hipótese de violação do direito do trabalho, garantido no artigo 35.1, e da liberdade sindical, previsto no artigo 37.1, ambos da Constituição espanhola.

Em defesa da lei, o “Procurador do Estado” esclarece que o retrocesso na proteção no direito dos trabalhadores ocorre justamente para proteger o mercado de trabalho em tempos de crise, e minimizar os impactos dessa crise sobre o emprego dos cidadãos.³⁵

³² Sentença nº 275/2016, da Corte Constitucional da Itália, publicada na *Gazzetta Ufficiale* nº 51, 1ª Série, de 21/12/2016, p. 86, item 4.

³³ Sentença nº 275/2016, da Corte Constitucional da Itália, publicada na *Gazzetta Ufficiale* nº 51, 1ª Série, de 21/12/2016, p. 86, item 5.

³⁴ Sentença nº 275/2016, da Corte Constitucional da Itália, publicada na *Gazzetta Ufficiale* nº 51, 1ª Série, de 21/12/2016, p. 87, item 11.

³⁵ Sentença STC nº 119/2014, do Tribunal Constitucional da Espanha, p. 9/10.

Dentre as razões de fundamentação do Tribunal, sem prejuízo de outras importantes, estão questões como “sustentabilidade econômica do mercado de trabalho” (p. 25), “conjuntura econômica do momento” (p. 28), “contexto de crise econômica muito grave” (p. 40), “um direito, por outra parte, que, como todos, não é absoluto e pode ser limitado razoável e proporcionalmente para preservar outros direitos ou bens constitucionais dignos de tutela” (p. 31), e mais, pondera o Tribunal “entre o sacrifício que sopesa em face da estabilidade do trabalhador contratado e os benefícios que podem representar para os interesses individuais e coletivos de fomento e criação de empregos estáveis” (p. 29), fazendo uma análise segundo a metodologia de “meios e fins” (p. 110).³⁶

Logo, o Tribunal concluiu pela constitucionalidade da lei. Segundo *Paloma Requejo Rodríguez*, a lógica utilizada pelo Tribunal neste julgamento foi a de que a lei atuava sobre uma circunstância cuja superação era primordial, e por isso teve em conta que a garantia do conteúdo de certos direitos fundamentais deveria prevalecer sobre outros que se manifestavam com menor peso naquele momento (RODRÍGUEZ, 2015, p. 430).

Um outro caso importante diz respeito à constitucionalidade do Real Decreto-Lei nº 16/2012, que estabeleceu medidas urgentes para garantir a sustentabilidade do Sistema Nacional de Saúde da Espanha, bem como melhorar a qualidade e a segurança de seus beneficiários. Dentre as medidas instituídas, estava a exclusão dos imigrantes irregulares no país do acesso ao sistema de saúde fornecido pelo Estado. O Parlamento de Navarra impetrou um recurso de inconstitucionalidade no Tribunal Constitucional, alegando, entre outros argumentos, violação ao direito à saúde, previsto no artigo 43, e à igualdade perante a lei, previsto no artigo 14, ambos da Constituição espanhola. Ademais, relacionou o dever de proteção à saúde com o direito à vida e à integridade física.³⁷

O mencionado decreto representava um verdadeiro retrocesso, não somente em termos de extensão do programa nacional de saúde pública, mas também quanto aos possíveis titulares assegurados por ele. Nas razões do Procurador do Estado espanhol, o Decreto do Governo Nacional visava a racionalizar o gasto com a saúde pública por meio, dentre outras, das seguintes medidas: regulamentar a condição de segurado; categorizar os diferentes procedimentos do Sistema Nacional de Saúde, a fim de permitir a adoção de medidas objetivas com base em uma análise rigorosa de custo vs. efetividade; garantir que as decisões de custeio estivessem respaldadas em critérios de evidência científica de efetividade; e revisar o sistema até então vigente quanto aos critérios de contribuição dos usuários.³⁸

Neste caso, o Tribunal concluiu que o dever estatal de proteção à saúde é um princípio vetor da política social e econômica do Estado, e não um direito fundamental propriamente. Entendeu que a proteção à saúde só pode ser jurisdicionalizada por meio das leis ordinárias concretizadoras, sobretudo em razão da natureza prestacional a ela inerente. Logo, entendeu

³⁶ Sentença STC nº 119/2014, do Tribunal Constitucional da Espanha.

³⁷ Sentença STC nº 139/2016, do Tribunal Constitucional da Espanha, BOE nº 196, de 15/8/2016, p. 60.503, 60.507.

³⁸ Razões do Procurador do Estado espanhol, citada na Sentença STC nº 134/2017, do Tribunal Constitucional da Espanha, BOE nº 308, de 20/12/2017, p. 125.916.

o Tribunal que, embora a proteção à saúde seja um princípio reitor da ordem jurídica espanhola, esse princípio carece de conteúdo constitucional, e, portanto, pode ser afetado por uma legislação de urgência.³⁹

O Tribunal concluiu que o fato de os poderes públicos estarem obrigados a fornecer serviços públicos necessários à proteção da saúde não significava que essas prestações tivessem de ser necessariamente gratuitas e universais. O que haveria, de fato, segundo o Tribunal, é a vedação de discriminações desproporcionais.⁴⁰

Logo, o Tribunal considerou que “a existência de uma situação de grave dificuldade econômica no Sistema Nacional de Saúde sem precedentes desde a sua criação, com uma alta morosidade e insustentável déficit nas contas”, justificava a limitação do acesso dos estrangeiros irregulares ao sistema público, em especial porque o novo sistema mantinha o atendimento a menores e mulheres grávidas e de urgência por enfermidades graves ou acidentes, independentemente da causa, o que faria com o que a distinção estabelecida não fosse inconstitucional.⁴¹

Nesse sentido, conclui o Tribunal que as medidas estabelecidas guardam as “devidas condições de coerência e congruência, em relação aos problemas que se persegue solucionar e a situação econômica deficitária que se pretende controlar”.⁴²

Mais tarde, o Tribunal Constitucional espanhol teve de voltar a se debruçar, de certa forma, sobre o tema, em razão de um conflito de competências suscitado pelo Governo Nacional após a edição de diversos decretos pelo Governo do País Basco.

Como dito, o mencionado Decreto-Lei havia restringido o acesso ao sistema de saúde pública daqueles imigrantes irregulares no país. Diante disso, várias Regiões Autônomas da Espanha haviam estendido o benefício, por conta própria, a essas pessoas.

Neste caso, o Tribunal concluiu que as Entidades Autônomas da Espanha não poderiam ampliar o universo de pessoas que recebem assistência de saúde, nos termos daquilo que estava determinado pelo Real Decreto-Lei nº 16/2016, mesmo que normativamente, e mesmo que essas Entidades assumissem o custo das medidas de promoção da saúde dos indivíduos.

Embora a matéria fosse estritamente relativa à divisão de competências, o Tribunal ratificou o entendimento de que a proteção à saúde é um princípio vetor da política social e econômica do país, e não um direito subjetivo constitucional, sendo o legislador nacional quem detém competência para determinar as técnicas apropriadas para levar a cabo a sua efetivação. Ademais, mais uma vez, o Tribunal ressaltou que a Constituição espanhola não consagra um conteúdo prestacional, e que o legislador não está obrigado a garantir acesso gratuito e universal ao sistema de proteção da saúde.⁴³

³⁹ Sentença STC nº 139/2016, do Tribunal Constitucional da Espanha, BOE nº 196, de 15/8/2016, p. 60.523/60.524.

⁴⁰ Sentença STC nº 139/2016, do Tribunal Constitucional da Espanha, BOE nº 196, de 15/8/2016, p. 60.529.

⁴¹ Sentença STC nº 139/2016, do Tribunal Constitucional da Espanha, BOE nº 196, de 15/8/2016, p. 60.519 e 60.531.

⁴² Sentença STC nº 139/2016, do Tribunal Constitucional da Espanha, BOE nº 196, de 15/8/2016, p. 60.522.

⁴³ Sentença STC nº 134/2017, do Tribunal Constitucional da Espanha, BOE nº 308, de 20/12/2017, p. 125.936.

No mérito, como já dito, o Tribunal declarou que os decretos editados pelo Governo do País Basco, relativo ao regime das prestações sanitárias do Sistema Nacional de Saúde no âmbito da Comunidade Autônoma de Euskadi, eram inconstitucionais e, portanto, nulos.⁴⁴

A Espanha passou por uma intensa reforma legislativa motivada pela crise, e o Tribunal Constitucional participou da fiscalização de muitas delas, sempre levando em consideração o contexto em que as medidas foram editadas, mas sem deixar que a crise sobreviesse à Constituição.⁴⁵

7 O CASO DA LETÔNIA

Na Letônia, o caso a que se faz menção é a decisão do Tribunal Constitucional de 21/12/2009 – caso nº 2009-43-01 –, em que os pensionistas do Estado contestaram a constitucionalidade da Lei de Despesas de Previdência e de Subsídio Estadual no período de 2009 a 2012, que foi aprovada com a intenção de reduzir o déficit orçamentário estatal.⁴⁶ A queda na economia do país exigiu do Parlamento uma resposta rápida para a crise que se instaurava. Já no artigo 1º, a lei dizia que o objetivo era fornecer às pessoas uma segurança social dentro dos limites do financeiramente possível.

A lei estipulou uma redução de 10% no valor recebido pelos que eram pensionistas naquele momento, e reduziu em 70% as pensões dos futuros pensionistas (daqueles que estavam, naquele momento, empregados). Embora a lei tivesse caráter temporário, não previa o reembolso dos montantes reduzidos. Ao defender a lei, o Parlamento apegou-se aos compromissos firmados com credores internacionais, dentre eles o *Fundo Monetário Internacional* e a *União Europeia*, para o pagamento de empréstimos.

Neste caso, o Tribunal Constitucional declarou a lei inconstitucional sob argumento de violação ao *direito de pensão*, porque o Parlamento não considerou outras tantas alternativas menos restritivas, não apresentou um período e nem regras de transição entre o regime antigo e o novo, e não instituiu um plano de compensações pelos prejuízos dos pensionistas. O Tribunal apegou-se ao artigo 109 da Constituição da Letônia (que garante a todos o direito à segurança social na velhice) e ao artigo 9º, do *Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais* (que garante o direito de toda pessoa à previdência social), para afirmar que o direito dos particulares a uma pensão faz parte do direito fundamental à segurança social.⁴⁷

O Tribunal assentou, no item de nº 24 da decisão, que os direitos sociais são influenciados pela situação econômico-financeira do país e dependentes dos recursos financeiros disponíveis; entretanto, se esses direitos estão inseridos na Constituição, não pode mais o Estado se recusar a executá-los. Embora o Tribunal tenha reconhecido uma margem de liber-

⁴⁴ Sentença STC nº 134/2017, do Tribunal Constitucional da Espanha, BOE nº 308, de 20/12/2017, p. 125.944.

⁴⁵ A título de exemplo, em pesquisa na página do Tribunal, aparecem mais de cem resultados para o termo “crisis económica”.

⁴⁶ Decisão disponível em: http://www.satv.tiesa.gov.lv/wp-content/uploads/2016/02/2009-43-01_Spriedums.pdf.

⁴⁷ Cfr. os comentários sobre a referida decisão da Rede Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (ou “The International Network for Economic, Social and Cultural Rights – ESCR-Net”). Disponível em: www.es-cr-net.org.

dade ao legislador para decidir sobre questões sociais depois de concretizadas, concluiu que esses direitos não são meras declarações de direitos, mas a sua proteção legal é revestida de valor constitucional.⁴⁸

Discorre ainda o Tribunal, nas razões de fundamentação do Acórdão, que as decisões legislativas sobre direitos sociais são marcadamente políticas, mas as fronteiras entre a decisão política e a margem de competência jurídica não estão precisamente definidas na Constituição. Assim, o Tribunal reconhece uma tripla vinculação do Estado às normas de direitos fundamentais: o dever de respeitar, de proteger e de garantir (nos termos da decisão do Tribunal). Mesmo no domínio dos direitos sociais, é reconhecido um dever de abster-se, ou seja, de respeitar, em que fica vedado ao Estado intervir.⁴⁹

Qualquer intervenção no domínio daquilo que foi concretizado pelo legislador a título do direito social, especificadamente da segurança social, deverá ser considerada restrição ao direito, e, em assim o sendo, deve ser determinada pela prevalência de interesses legítimos contrapostos. O Parlamento utilizou do argumento da deterioração econômica do país, o que implicou uma redução drástica nos recursos financeiros, no aumento do desemprego e no conseqüente crescimento da demanda orçamentária na área de segurança social, levando a uma necessária e inquestionável obrigação de prover por um equilíbrio orçamentário.⁵⁰

O Tribunal reconheceu, ao fim, que a restrição de custos com pensões, com vistas a prover por um equilíbrio orçamentário diante dos problemas financeiros do país, poderia ser um objetivo legítimo, e que, portanto, também poderia ser ponderado com os valores materiais dos direitos sociais. Pontuou, em caráter pedagógico, que a sustentabilidade orçamentária deve ser norteadada por três princípios: adequação, sustentabilidade financeira e a capacidade de se adaptar às mudanças. Advertiu, contudo, que o recurso ao argumento do déficit orçamentário não pode servir de álibi para que se retire das pessoas um direito fundamental.⁵¹

Aplicou, para isso, o Tribunal, o princípio da proporcionalidade, exigindo que o poder público, quando restringir um direito fundamental, demonstre que os valores contrapostos são legítimos e se manifestam em maior peso. Logo, na análise dos três subprincípios da proporcionalidade, o Tribunal rechaçou a lei restritiva ao considerá-la inconstitucional, isso porque o legislador não havia levado em conta medidas alternativas que poderiam impactar menos o direito fundamental dos indivíduos.⁵²

Discorreu, ainda, sobre a confiança legítima dos cidadãos no ordenamento jurídico do país, observando que o *mínimo existencial* deve ser garantido independentemente dos recursos financeiros disponíveis, o que protege os grupos vulneráveis, tais como os pensionistas (itens 17 e 31). Por fim, o Tribunal entendeu que os credores internacionais não estipularam explicitamente reduções nos fundos de pensão, e que essas condições foram propostas pelo Conselho de Ministros, fazendo referência, ainda, ao fato de que, mesmo que tais condições fossem im-

⁴⁸ Acórdão nº 2009-43-01, do Tribunal Constitucional da Letônia, p. 40. Neste ponto, o Acórdão cita a decisão nº 2001-11-0106, anteriormente proferida.

⁴⁹ Acórdão nº 2009-43-01, do Tribunal Constitucional da Letônia, item nº 24 da decisão, p. 41.

⁵⁰ Acórdão nº 2009-43-01, do Tribunal Constitucional da Letônia, itens nº 26 e 27 da decisão, p. 42/44.

⁵¹ Acórdão nº 2009-43-01, do Tribunal Constitucional da Letônia, item nº 27 da decisão, p. 46.

⁵² Acórdão nº 2009-43-01, do Tribunal Constitucional da Letônia, item nº 28 da decisão, p. 47/48.

postas pelos credores internacionais, não poderiam substituir os direitos previstos na Constituição do país, recusando, então, as condições do empréstimo como um argumento válido a ser utilizado pelo Parlamento para retroceder nas regras de segurança social do país (item 30).

Finalmente, ponderando sobre o imenso impacto orçamental que a decisão de inconstitucionalidade com efeitos imediatos ou *ex tunc* poderia causar no ano corrente, o Tribunal entendeu por bem modular os efeitos para o futuro, uma vez que, após considerações sobre o interesse público, determinou que os descontos nas pensões cessassem até o dia 1º/3/2010, fixando, a partir da mesma data, a restituição das deduções feitas.⁵³

8 CONCLUSÃO

Por tudo o que foi visto, os Tribunais Constitucionais foram provocados sob os mais diversos fundamentos, e igualmente decidiram com uma diversidade de razões. De um modo geral, é possível identificar que a fiscalização de constitucionalidade em tempos de crise ocorre por alegação de quebra da proporcionalidade, igualdade, proteção da confiança ou mínimo existencial. As razões de crise, na maioria das vezes, mesmo que em menor medida, são levadas em consideração pelos Tribunais para contra-argumentar uma inconstitucionalidade ou para guardar deferência à decisão política.

De todo modo, nenhum Tribunal negou veementemente a possibilidade de retroceder em matéria de direitos fundamentais, exigindo, em contrapartida, que hajam argumentos suficientemente fortes para isso. De igual maneira, nenhum Tribunal defendeu que o legislador goza de plena discricionariedade na instituição de medidas de austeridade que afetam direitos fundamentais.

Como bem preceitua *Alicia Hinarejos*, portanto, mesmo que vários Tribunais Constitucionais tenham considerado, em alguns casos, as medidas de austeridade como sendo constitucionais, em outros – e no mesmo contexto de crise –, entenderam que, em nome da Constituição, deveria ser reconhecida a inconstitucionalidade de medidas de similar natureza, o que demonstra uma análise coerente com o primado da supremacia da Constituição e com a fiscalização da constitucionalidade das leis segundo os limites impostos pelo Estado de Direito Constitucional que é típico de cada país.⁵⁴

Por fim, pelo que se viu das decisões dos Tribunais, e embora não se pretendesse fazer uma análise detalhada e com impressão pessoal sobre a atuação da justiça constitucional em tempos de crise, pode-se perceber que não houve um distanciamento do Estado de Direito. Embora contemplem diferentes ordenamentos jurídicos e diversos métodos de atuação da jurisdição constitucional, constatou-se que, no geral, os Tribunais validaram medidas que intervinham no domínio dos direitos fundamentais, mas, em contrapartida, no mesmo contexto, tiveram por bem reprová-las em outras oportunidades, tudo conforme parâmetros de constitucionalidade como igualdade, proporcionalidade, proteção da confiança e mínimo existencial. O que não se pode conceber é que medidas legislativas venham enfraquecer – ou suspender – a força normativa da Constituição do país, como se, nas palavras de *Luís S. Cabral de Moncada*, a Economia fosse a rainha e a Constituição sua serva obediente.⁵⁵

⁵³ Acórdão nº 2009-43-01, do Tribunal Constitucional da Letônia, item nº 2 do dispositivo da decisão, p. 83.

⁵⁴ HINAREJOS, Alicia. *The Euro Area Crisis in Constitutional Perspective*. Oxford: Oxford Press, 2015. p. 145-146.

⁵⁵ MONCADA, Luís S. Cabral de. *Direito Económico*. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 7-8.

9 REFERÊNCIAS

- BARUCHELLA, Giorgio; ARNASON, Ágúst Pór. Europe's Constitutional Law in Times of Crisis: a human rights perspective. *Nordicum-Meditarranem.*, vl. 10, n. 3, 2016.
- BOTELHO, Catarina Santos. Lost in Translations: a crescente importância do Direito Constitucional Comparado. In: DUARTE, Rui Pinto *et al.* *Estudos em homenagem ao professor doutor Carlos Ferreira de Almeida*. Coimbra: Almedina, 2011. p. 53-106. Vol. I.
- BRANCO, Ricardo. "Ou Sofrem Todos ou Há Moralidade": breves notas sobre a fundamentação do acórdão do Tribunal Constitucional nº 353/2012, de 5 de julho. In: MIRANDA, Jorge *et al.* (org.). *Estudos em homenagem a Miguel Galvão Teles*. Coimbra: Almedina, 2012. p. 329-356. Vol. I.
- CHOUDHRY, Sujit. Migration as a New Metaphor in Comparative Constitutional Law. In: CHOUDHRY, Sujit (org.). *The Migration of Constitutional Ideas*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. p. 1-36.
- CONTIADES, Xenophon; FOTIADOU, Alkmene. Social Rights in the Age of Proportionality: global economic crisis and constitutional litigation. *International Journal of Constitutional Law*, Oxford, v. 10, n. 3, p. 660-686, jul. 2012.
- HINAREJOS, Alicia. *The Euro Area Crisis in Constitutional Perspective*. Oxford: Oxford Press, 2015.
- MAURICIO JR., Alceu. *A revisão judicial das escolhas orçamentárias: a intervenção judicial em políticas públicas*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- MONCADA, Luís S. Cabral de. *Direito Económico*. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.
- PSYCHOGIOPOULOU, Evangelia. Welfare Rights in Crisis in Greece: the role of fundamental rights challenges. In: KILPATRICK, Claire; WITTE, Bruno de (org.). *Social Rights in Times of Crisis in the Eurozone: the role of fundamental rights' Challenges*. Firenze: European University Institute, 2014. p. 5-18.
- RODRÍGUEZ, Paloma Requejo. El Papel de la Crisis Económica en la Argumentación del Tribunal Constitucional: comentario a la STC 119/2014. Uned. *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 36, p. 417-437, 2015.
- STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004.
- TSAKIRI, Despoina M. The Protection of the Fundamental Social Rights in the Greek Legal System. *Academic Network on the European Social Charter and Social Rights*, p. 1-34, ago. 2015.
- TUSHNET, Mark. Reflections on Comparative Constitutional Law. In: CHOUDHRY, Sujit (org.). *The Migration of Constitutional Ideas*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006a. p. 67-83.
- TUSHNET, Mark. The Possibilities of Comparative Constitutional Law. *The Yale Law Journal*, Yale, v. 108, p. 1.225-1.309, 2006b.
- URBANO, Maria Benedita. A jurisprudência da crise no divã. diagnóstico: bipolaridade? In: RIBEIRO, Gonçalo de Almeida; COUTINHO, Luís Pereira (org.). *O Tribunal Constitucional e a crise: ensaios críticos*. Coimbra: Almedina, 2014. p. 9-48.
- YANNAKOUROU, Stamatina. Challenging Austerity Measures Affecting Work Rights at Domestic and International Level: the case of Greece. In: KILPATRICK, Claire; WITTE, Bruno de (org.). *Social Rights in Times of Crisis in the Eurozone: the role of fundamental rights' Challenges*. Firenze: European University Institute, 2014. p. 19-29.

<http://dx.doi.org/10.21527/2317-5389.2020.15.78-95>

A Legitimidade da Recusa da Transfusão de Sangue por Motivos Religiosos à Luz do Direito à Saúde nos 30 Anos da Constituição

José Renato Venâncio Resende

Mestrado em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia, na área de Direitos Fundamentais. Foi bolsista/pesquisador do Programa Jovens Talentos para a Ciência (2013-2014), coordenador discente do projeto Verdade, Memória e Justiça, do Escritório de Assessoria Jurídica Popular (Esajup) da Universidade Federal de Uberlândia (2015) e diretor-presidente da Companhia Artimanha Direito e Arte (2014-2016). Também foi bolsista e pesquisador do Centro Brasileiro de Estudos em Direito e Religião (Cedire), coordenador do Laboratório de Direitos Humanos e Justiça Global (LabDH) e bolsista Capes (2018-2019). <http://lattes.cnpq.br/1591205186119384>. <https://orcid.org/0000-0003-1170-7047>. jrenatoresende@gmail.com

Rodrigo Vitorino Souza Alves

Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia. Pesquisador do Ratio Legis – Centro de Investigação e Desenvolvimento em Ciências Jurídicas da Universidade Autónoma de Lisboa. Foi Academic Visitor na Universidade de Oxford. Mestrado em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia. Doutor em Direito pela Universidade de Coimbra, Portugal. <http://lattes.cnpq.br/7254385824510699>. <https://orcid.org/0000-0001-5973-9588>. rodrigo.vitorino@ufu.br

RESUMO

A vida, a saúde e a liberdade religiosa são direitos fundamentais consagrados pela Constituição de 1988 e que devem ser igualmente protegidos. Há, entretanto, situações em que eles podem entrar em (aparente) conflito, como quando, por exemplo, um cidadão nega-se a receber transfusão sanguínea alegando motivos religiosos. Nestes casos, surgem alguns questionamentos bioéticos, médicos e jurídicos para os quais o Direito ainda não tem resposta definitiva, em especial no que se refere a como o profissional da saúde deve proceder. A partir desse problema, o presente artigo busca entender, com a análise do direito à saúde, em quais casos a recusa à hemotransfusão pode ser legítima e como ela deve ser tratada.

Palavras-chave: Direito à saúde. Liberdade religiosa. Transfusão de sangue.

THE LEGITIMACY OF REFUSING BLOOD TRANSFUSION FOR RELIGIOUS REASONS UNDER THE RIGHT TO HEALTH IN THE 30 YEARS OF CONSTITUTION

ABSTRACT

Life, health and religious freedom are fundamental rights enshrined in the 1988 Constitution and must also be protected. However, there are situations where they may come into (apparent) conflict, such as when, for example, a citizen refuses to receive blood transfusion on religious grounds. In these cases, some bioethical, medical and legal questions arise for which the Law has not yet definitive answer, especially as to how the health professional should proceed. From this problem, the present article seeks to understand, from the analysis of the right to health, in which cases the refusal to blood transfusion may be legitimate and how it should be treated.

Keywords: Right to health. Religious freedom. Blood transfusion.

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 O direito fundamental à saúde na Constituição de 1988. 3 As “posições jurídicas” do direito à saúde. 4 As Testemunhas de Jeová: religião, saúde e direitos. 4.1 Breve histórico. 4.2 A questão jurídica da recusa da transfusão de sangue. 4.3 O dever prestacional sanitário relativo às Testemunhas de Jeová. 5 Considerações finais. 6. Referências.

Recebido em: 9/9/2019

Aceito em: 18/10/2019

1 INTRODUÇÃO

O direito à saúde pública é uma das conquistas trazidas pela Constituição de 1988, que o elenca entre os direitos sociais, junto ao rol estabelecido no artigo 6º. Mais adiante, ressaltando o compromisso do Estado com seu adimplemento, exara nas letras do artigo 196: “a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação” (BRASIL, 1988).

Pela leitura da definição trazida no texto constitucional, salta aos olhos o compromisso do Estado na prestação da saúde pública mediante um acesso universal e igualitário. Eis que exatamente aqui se inicia a celeuma que este artigo se propõe a estudar.

Dizer de acesso igualitário lança no plano fático uma característica que não condiz com a realidade: pessoas não são iguais, e demandas sanitárias, de forma contingente, também não o são. De maneira específica, a diversidade avoluma-se e se torna particularmente preocupante em relação às Testemunhas de Jeová, que, segundo sua crença, é-lhes proibido receber, terapeuticamente ou de qualquer outra forma, transfusão sanguínea.

Diante desta *diferença*, e da opção pelo critério da igualdade, surge o problema de pesquisa: É legítima a recusa de pacientes Testemunhas de Jeová de receberem transfusão de sangue, prescrita pela equipe médica responsável, numa situação em que sua saúde encontra-se em risco? A hipótese de trabalho é a de que o direito à saúde, assim como todos os outros direitos fundamentais, tem um viés negativo, que protege o indivíduo da interferência indesejada do Estado.

A hipótese de trabalho é a de que a adoção da ideia de igualdade em direito sanitário impede o pleno atendimento das doenças refratárias, o que é estimulado pela invisibilidade quanto a elas, aliada à falta de poder de representatividade política desta classe.

O objetivo geral, por sua vez, é enfrentar um impasse jurídico recorrente não apenas nos tribunais, mas também no cotidiano de diversos hospitais e clínicas que lidam com tal situação, e que, muitas vezes, por dificuldades em resolvê-la e chegar a um consenso com o paciente ou com seus familiares, transferem o desacordo ao Judiciário. Entende-se, pois, que o Direito não pode se furtar de analisar minuciosamente essa questão. Como objetivos específicos, têm-se a análise do direito fundamental à saúde e de sua dimensão negativa e o breve estudo sobre as Testemunhas de Jeová e suas crenças e restrições em relação à transfusão de sangue.

Pode-se questionar se não seria mais adequado analisar a suposta legitimidade da recusa de transfusão de sangue por parte das Testemunhas de Jeová sob o viés único da liberdade religiosa ou da liberdade de crença, assim como é corriqueiramente feito, em vez de valer-se da perspectiva do direito sanitário, como se pretende. Sem, entretanto, desprezar os trabalhos já, até aqui, realizados, considera-se igualmente importante que se leve em consideração um estudo pela ótica sanitária, pois entende-se que, enquanto as Testemunhas de Jeová, numa situação de alegada necessidade de transfusão sanguínea, opõem o escudo das liberdades de religião e de crença, o Estado e a equipe médica enxergam, sobretudo, a saúde em risco e uma morte iminente.

Ademais, ainda que muito se tenha escrito sobre todos esses temas (vida saúde, liberdade religiosa, transfusão de sangue em Testemunhas de Jeová, etc.), entende-se que eles continuam atuais e de grande relevo, haja vista, por exemplo, que o caso da acusação de homicídio aos pais da adolescente Juliana Bomfim da Silva – que recusaram que a filha recebesse transfusão por razões religiosas – só foi definitivamente julgado em 2014 (BRASIL, 2014), além de diversos outros casos similares relatados rotineiramente, como já mencionado. Fica, assim, portanto, justificada a escolha feita.

Enquanto método de abordagem, utilizou-se o argumentativo, por se entender o mais adequado para a pesquisa com direitos fundamentais. Já o método de procedimento aplicado foi o estudo de caso, haja vista os diversos processos judiciais concernentes ao tema que foram analisados. A técnica de pesquisa, por fim, desdobra-se em bibliográfica e jurisprudencial.

Quanto à sua estrutura, o presente artigo foi dividido em três partes: a primeira trata sobre o direito à saúde no contexto da Constituição de 1988 e o processo que levou à sua positivação; a segunda analisa a dupla dimensionalidade do direito sanitário, ao se considerar seu caráter positivo e seu caráter negativo; e, por fim, a terceira parte traz um breve estudo acerca das Testemunhas de Jeová e as regras internas do grupo no que se refere à transfusão de sangue, apresenta fundamentos acerca da legitimidade da recusa da transfusão e disserta sobre o dever prestacional do Estado em relação ao procedimento.

2 O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Internacionalmente, a saúde é prevista como direito fundamental, pelo menos desde 1946, com a Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS), que declara que “gozar do melhor estado de saúde que é possível atingir constitui um dos direitos fundamentais de todo o ser humano, sem distinção de raça, de religião, de credo político, de condição econômica ou social” (OMS, 1946). A Declaração Universal dos Direitos Humanos, por sua vez, dois anos depois, também previa que “toda a pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para lhe assegurar e à sua família a saúde e o bem-estar [...]” (BRASIL, 2013).

Já o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, em 1966, reconhece o direito de toda pessoa desfrutar o mais elevado nível possível de saúde física e mental (BRASIL, 2013). Também a Convenção Americana de Direitos Humanos, embora não arrole a saúde como direito, protege, em seu artigo 5º, a integridade psicofísica (BRASIL, 2013). O Protocolo de São Salvador, por sua vez, dedicou todo seu artigo 10º para dispor sobre o direito à saúde, num sentido bastante amplo (BRASIL, 2013).

No que concerne ao Direito brasileiro, as Constituições Brasileiras que antecederam a de 1988, por exemplo a de 1824 e a de 1891, nem mesmo mencionavam o tema relativo à saúde, embora na Constituição de 1824 a ideia de seguridade social já estivesse presente, ao prever, no artigo 179, que “a Constituição também garante os socorros públicos” (BRASIL, 1824).

As posteriores (de 1937, 1946, 1967 e a EC 1/1969) atêm-se a anunciar normas de competência concernentes ao poder de legislar sobre normas de saúde. No entendimento de Sarlet e Figueiredo (2008):

A proteção constitucional existente no país antes de 1988 limitava-se, ou a normas esparsas, como a garantia de “socorros públicos” e a garantia de inviolabilidade do direito à subsistência; ou a normas de distribuição de competências, legislativas e executivas; ou, ainda, a formas indiretas de proteção, quando a saúde integrava os direitos do trabalhador e as normas de assistência social.

Assim, foi tão somente com a Constituição de 1988 que a saúde aparece, finalmente, no rol de direitos fundamentais. Antes disso, a saúde “pública” era restrita aos contribuintes do Instituto Nacional de Previdência Social. Tinha, pois, caráter contributivo, sem acesso universal nem igualitário, pelo menos não nos termos como acontece hoje.

Essa evolução foi fruto de um longo processo de lutas travadas pelo movimento sanitário no país. Para ilustrar esse movimento com sua história mais recente, deve-se falar da 8ª Conferência Nacional de Saúde, realizada em 1986, pelo Ministério da Saúde em parceria com o Ministério da Previdência e Assistência Social. Nela foi lançada a proposta de reformulação do Sistema Nacional de Saúde, com a separação entre previdência social e saúde. Aquela deveria se encarregar das ações próprias da seguridade social, enquanto esta última “estaria entregue, em nível federal, a um único órgão, com características novas” (BRASIL, 1986). Ademais, outra importante “semente” lançada nesse evento foi a afirmação do direito à saúde como garantia, pelo Estado, “de condições dignas de vida e de acesso universal e igualitário às ações e serviços de promoção, proteção e recuperação de saúde, em todos os seus níveis, a todos os habitantes do território nacional.” Também se advogou que o direito à saúde implica *garantir o direito à liberdade, à livre organização e expressão*, temas pertinentes para o presente trabalho (BRASIL, 1986).

Posteriormente, a partir das teses levantadas na 8ª Conferência, formou-se a Comissão Nacional da Reforma Sanitária (CNRS), que “conseguiu elaborar uma proposta de conteúdo de Saúde para a nova Constituição e um projeto de conteúdo para a nova Lei do Sistema Nacional Único de Saúde” (RODRIGUES NETO, 2003, p. 50). Tal comissão ficou responsável pela construção de propostas relativas ao tema sanitário para o novo texto constitucional, consoante aspectos centrais assim considerados pela 8ª Conferência e que, portanto, deveriam estar presentes no novel texto constitucional, como a concepção de saúde relacionada ao trabalho, salário, alimentação, habitação, transporte, meio ambiente, etc.; o direito universal e igualitário; o dever de promoção, proteção e recuperação da saúde, pelo Estado; a gratuidade dos serviços de saúde e a desvinculação da Previdência Social (RODRIGUES NETO, 2003, p. 54).

Foi nessa esteira que a discussão do movimento sanitário chegou na Assembleia Constituinte de 1987-88, tendo sido agrupada na Subcomissão de Saúde, Seguridade e Meio Ambiente que compunha, por sua vez, a Comissão da Ordem Social. Segundo Eleutério Rodrigues Neto (2003), as propostas encaminhadas aos constituintes englobam: i) as derivadas da 8ª Conferência e as apresentadas pela CNRS e por outras entidades públicas ou com interesse público; ii) as que defendiam a prática liberal e a iniciativa privada; iii) as institucionais, sobretudo advindas dos ministros da Saúde e da Previdência Social.

Ainda, segundo o mesmo autor, as considerações provindas da 8ª Conferência e as feitas pela CNRS e demais entidades, foram extremamente convergentes e as únicas que apresentaram propostas ao texto constitucional propriamente ditas. Posteriormente, na formulação do relatório e do anteprojeto referentes à Subcomissão de Saúde, Seguridade e Meio

Ambiente, tiveram assessores ligados ao movimento sanitário e suas propostas foram muito bem representadas no anteprojeto aprovado (RODRIGUES NETO, 2003, p. 64), o que parece evidenciar grandes avanços, pelo menos no âmbito legislativo, obtidos no setor da saúde.

O processo de reivindicação pela abrangência e maior efetividade do direito à saúde, que culminou em sua positivação na Constituição de 1988, sob forte influência do movimento sanitário, é assim resumido por Sarlet e Figueiredo (2008):

A explicitação constitucional do direito fundamental à saúde, correlacionado, embora não subsumido, à garantia de assistência social, bem como à criação do Sistema Único de Saúde, viriam com a nova ordem jurídica inaugurada pela CF, que, nesse aspecto, acolheu grande parte das reivindicações do Movimento de Reforma Sanitária. Essa influência é visível, por exemplo: a) na conformação do conceito constitucional de saúde à concepção estabelecida pela Organização Mundial da Saúde (OMS), em que a saúde é compreendida como o estado de completo bem-estar físico, mental e social; b) no alargamento do âmbito de proteção constitucional, ultrapassando a noção meramente curativa de saúde [...] c) na institucionalização de um sistema único, [...] d) na garantia de universalidade e igualdade de acesso à assistência à saúde; e) no estabelecimento da relevância pública das ações e dos serviços de saúde; f) na submissão do setor privado às normas do sistema público de saúde.

Desse modo, tem-se que a Constituição promulgada em 1988, que inaugurou uma nova ordem jurídica, social e econômica no Brasil, ao garantir, por exemplo, um amplo rol de direitos e garantias fundamentais, nos quais se incluem os direitos sociais, abriu caminho para a construção de políticas públicas que tratassem a saúde de forma mais democrática, garantindo-lhe acesso universal e igualitário, *ipsis literis*. Por esse mesmo motivo, porém, por se falar de uma inovação no ordenamento, a efetivação ao direito fundamental à saúde traz muitos desafios, inclusive acerca da compreensão de seu caráter, sobre o qual se vai buscar discorrer em seguida.

3 AS “POSIÇÕES JURÍDICAS” DO DIREITO À SAÚDE

Até aqui pode-se compreender que o direito sanitário foi uma das grandes inovações (sociais) da Constituição atual. Como, entretanto, já afirmado, pela novidade de que se trata ele, tanto a doutrina quanto a jurisprudência deparam-se com certas dificuldades quando o assunto é saúde, razão pela qual se considera que tal direito ainda se encontra “em construção”.

Para ilustrar, já no eixo que visa a tratar este trabalho, há a questão concernente ao *status* negativo do direito à saúde. Isto porque, tradicionalmente, classificam-se os direitos fundamentais em dimensões (ou, antes, em gerações), de acordo com critérios cronológicos e das proteções que eles asseguram ao indivíduo. Assim, brevemente, existem os direitos de liberdade ou de primeira dimensão, aos quais se atribui um *status* negativo, de defesa; também os direitos sociais ou de segunda dimensão, a que se confere o caráter positivo, de prestação – e nos quais costuma-se enquadrar a saúde. Há, ainda, os de terceira dimensão, os difusos e os coletivos, além de uma gama de outras dimensões e classificações que tem sido feita pela doutrina.

Esse tipo de categorização dos direitos fundamentais, todavia, tem encontrado pertinentes críticas. Para Jorge Reis Novais (2010), por exemplo, quando a Constituição prevê certo direito (pretensão, dever ou obrigação) como fundamental ele impõe-se aos poderes constituídos de forma vinculante, e já não importa o nome que lhe é dado. Para o autor português:

Deve ou não um determinado interesse público fazer ceder uma certa faculdade do exercício de um direito fundamental, está ou não o Estado obrigado a uma certa prestação num caso concreto, deve ou não um particular ser compensado pela afectação negativa de uma possibilidade concreta de acesso a um bem fundamental? É isso que importa [...] Ora, para tanto, é absolutamente irrelevante saber se a doutrina integra aquela faculdade, aquele direito ou dever preciso num direito de liberdade, considerado como um todo, ou num direito social (p. 265).

Novais (2010), seguindo essa linha de superação à classificação tradicional, que impede, por exemplo, que os direitos de liberdade também tenham um viés de prestação ou, ainda, que os direitos sociais tenham uma perspectiva defensiva, afirma que é mais comum que os direitos negativos apareçam mais nos direitos de liberdade do que nos sociais. Defende, entretanto, que isso não se trata de uma verdade universal. Insiste, inclusive, que é equívoco que se entendam os direitos sociais tão somente pelo domínio da ajuda estatal, de modo a negligenciar “todos os efeitos de protecção jurídica de que os particulares beneficiam por força da natureza jusfundamental” de tais direitos (NOVAIS, 2010, p. 312).

Dessa forma, Novais (2010) considera que qualquer ação do Estado que interfira negativamente na esfera de protecção dos direitos sociais relativa a um indivíduo ou a um grupo, trata-se de uma restrição a direito fundamental, assim como ocorre com os chamados direitos de liberdade. Insiste, na mesma esteira, que a atuação estatal que afete negativamente a integridade física, seja considerada intervenção restritiva a um direito fundamental; “por que razão não deveríamos ou poderíamos fazer o mesmo quando o legislador, a administração ou o juiz afectam negativamente o acesso individual até aí garantido ao bem saúde, o direito à protecção da saúde?” De forma ainda mais veemente, o autor continua questionando o porquê de inventar quando à dogmática mais convém simplificar (NOVAIS, 2010, p. 313).

Pensamento próximo de Jorge Reis Novais é aquele defendido por Sandra Fredman (2010), para quem a mesma dimensão defensiva dos direitos negativos, que repele a ingerência estatal indevida, a qual é característica dos direitos de liberdade, pode ser identificada nos direitos sociais:

Um padrão semelhante surge em relação aos deveres positivos. Nem todos os direitos socioeconômicos geram deveres positivos. O direito à moradia inclui o dever negativo de não despejar ilegalmente; e o direito à educação inclui o dever de não interferir nos direitos dos pais para assegurar que tal educação esteja em conformidade com suas próprias religiões e convicções filosóficas (tradução nossa).

Vê-se, assim, que, para a professora de Direito de Oxford, os direitos sociais aproximam-se dos direitos de liberdade quando não exigem apenas serviços de assistência e de prestação, mas, da mesma forma, protegem o indivíduo contra a atuação indesejada do Estado em sua vida. Evidencia-se, pois, em relação aos direitos sociais, outra dimensão, qual seja, a de defesa.

Pelo que foi exposto, entretanto, acerca da historicidade do direito sanitário, com base no que a doutrina diz sobre sua positivação, bem como sobre o processo que levou a ela, pode-se notar que, ao que parece, a ideia geral do movimento sanitarista e do constituinte era atribuir a tal direito um caráter de prestação, haja vista que o próprio artigo 196 da Constituição fala em “promoção, proteção e recuperação” da saúde, mas não alude, por exemplo, à sua defesa contra intervenções do Estado ou de terceiros. Nesse ponto, compreende-se que a ciência e a aplicação do direito não devem se ater à *mens legislatoris*, o que consistiria um grande equívoco.

Há, também, que se interpretar o direito fundamental à saúde não mais com o mero intuito prestacional que predominava à época de sua positivação, mas já com todas as dimensões que lhe cabem, inclusive a de caráter defensivo. Nessa linha, considera-se pertinente a observação da teoria dos quatro “*status*” de Georg Jellinek (*status* positivo, *status* negativo, *status* passivo e *status* ativo), a qual vem sendo aplicada quanto aos direitos fundamentais. O negativo (*status negativus* ou *status libertatis*), que mais interessa, consagra ao indivíduo um âmbito de liberdade que deve estar isento da interferência do Estado. Exigem, dessa forma, “uma posição de respeito e abstenção por parte dos poderes públicos” (MENDES; BRANCO, 2012, p. 888).

O entendimento de que o direito sanitário inclui uma gama de posições jurídicas – e não apenas aquela que corresponde à sua dimensão prestacional – encontra respaldo na doutrina brasileira, *vide*, por exemplo, o posicionamento de Ingo Sarlet e Mariana Figueiredo, nas considerações sobre os 20 anos da Constituição de 1988:

Outrossim, deve-se assinalar que o direito fundamental à saúde envolve um complexo de posições jurídico-subjetivas diversas quanto ao seu objeto, podendo ser reconduzido às noções de direito de defesa e de direito a prestações. Como direito de defesa (ou direito negativo), o direito à saúde visa à salvaguarda da saúde individual e da saúde pública contra ingerências indevidas, por parte do Estado ou de sujeitos privados, individual e coletivamente considerados (SARLET; FIGUEIREDO, 2008, p. 9)

Em estudo diverso, Sarlet (2007) não somente defende, mas explana acerca da dimensão negativa do direito à saúde, que ele também chama de “saúde como direito de defesa”. Para ele, nesse âmbito, a dimensão negativa abrange o princípio da proibição de retrocesso, além da própria caracterização da saúde enquanto cláusula pétrea pela Constituição de 1988, de modo que uma emenda constitucional não pode “impor restrições desproporcionais e/ou invasivas do núcleo essencial do direito à saúde”. Essa dimensão negativa, ademais, protege a saúde do indivíduo, consagrada como bem jusfundamental, de qualquer agressão de terceiros, inclusive do Estado. Assim, para o jurista gaúcho, “qualquer ação do poder público (e mesmo de particulares) ofensiva ao direito à saúde é, pelo menos em princípio, inconstitucional [...]” (SARLET, 2007, p. 10).

Por conseguinte, é nesse cenário que se busca identificar, definitivamente, uma “multidimensionalidade” do direito à saúde, que possa admitir que a saúde, como bem jurídico protegido em sede de direitos fundamentais, não inclui tão somente o indiscutível caráter de prestação, o que consistiria numa visão limitada da complexidade que o direito sanitário pode abranger. Tal perspectiva tampouco cumpriria o fim que se considera último da Constituição, que é proteger a dignidade da pessoa humana – ao proteger, nesse sentido, sua vida e sua saúde.

4 AS TESTEMUNHAS DE JEOVÁ: RELIGIÃO, SAÚDE E DIREITOS

4.1 Breve histórico

Em síntese que se entende necessária, apresenta-se o grupo das Testemunhas de Jeová como uma religião (e não como uma seita) de denominação cristã não trinitária, milenarista e restauracionista, com 8.457.107 de adeptos estimados em 240 países (*sic*) e reunidos em 120.053 congregações, segundo o próprio *site* oficial em português.¹

Seus primórdios remontam à década de 1870, quando Charles Taze Russell, natural da Pensilvânia, nos Estados Unidos, insatisfeito com as religiões até então existentes, criou um grupo de estudos bíblicos e, posteriormente, passou a fazer publicações em periódicos, por meio da revista “Watch Tower”, chamada, em português, de “A Sentinela” (PEDRINI; SILVA, 2015).

O grupo, fundado por Russel, passou a ser chamado de “Testemunhas de Jeová” a partir de 1931, e é conhecido mormente por suas atividades de pregação e proselitismo em residências particulares e logradouros públicos. Além disso, “não costumam intervir em questões ou atividades políticas, não apoiam as guerras ou qualquer forma de violência, e evitam a embriaguez, o fumo e as drogas” (BRASIL, 2017).

Por sua interpretação peculiar da Bíblia, as Testemunhas de Jeová entendem que a hemotransfusão é proibida, uma vez que o sangue contém a alma do ser vivo. Para eles, “o mais importante é que Deus nos manda nos abster do sangue porque ele representa a vida, que é algo sagrado para Deus.”²

A vedação das transfusões sanguíneas baseia-se em trechos bíblicos dos livros de Gênesis, Levítico e Atos dos Apóstolos que, pela versão da Bíblia adotada pelas Testemunhas de Jeová e traduzida para o português, dizem, *in verbis*:

Todo animal que se move e que está vivo pode servir-lhes de alimento. Assim como dei a vocês a vegetação verde, eu lhes dou todos eles. Somente não comam a carne de um animal com seu sangue, que é a sua vida (GÊNESIS 9, 4, BÍBLIA SAGRADA, 2015).

O livro do Levítico, por sua vez, é ainda mais enfático quanto à questão de o sangue conter a vida e a alma:

Pois a vida de uma criatura está no sangue, e eu mesmo o dei a vocês para que façam expiação por si mesmos no altar. Pois é o sangue que faz expiação por meio da vida que está nele. [...] Pois a vida de todo tipo de criatura é seu sangue, porque a vida está no sangue. Por isso eu disse aos israelitas: “Não comam o sangue de nenhuma criatura, porque a vida de todas as criaturas é seu sangue. Quem o comer será eliminado (LEVÍTICO 17, 11.14, BÍBLIA SAGRADA, 2015).

Por fim, já no Novo Testamento, o livro de Atos manda que os cristãos “se abstenham de coisas contaminadas por ídolos, de imoralidade sexual, do que foi estrangulado e de sangue” (ATOS 15, 20, BÍBLIA SAGRADA, 2015). Desse modo, é de acordo com os trechos bíbli-

¹ Disponível em: <https://www.jw.org/pt/testemunhas-de-jeova>. Acesso em: 5 ago. 2018.

² O que a Bíblia diz sobre transfusões de sangue? Disponível em: [https://www.jw.org/pt/ensinos-biblicos/perguntas/biblia-transfusoes-de-sangue/#?insight\[search_id\]=7a732200-d3ba-4f06-8eec-6d6430db4565&insight\[search_result_index\]=7](https://www.jw.org/pt/ensinos-biblicos/perguntas/biblia-transfusoes-de-sangue/#?insight[search_id]=7a732200-d3ba-4f06-8eec-6d6430db4565&insight[search_result_index]=7). Acesso em: 5. ago. 2018.

cos supratranscritos que a transfusão de sangue é entendida como uma grave falta contra Deus e seus mandamentos por parte das Testemunhas de Jeová, e que deve, portanto, ser evitada.

Reitera-se, além disso, que essa proibição refere-se aos diversos elementos componentes do sangue, como as hemácias, os leucócitos, o plasma e as plaquetas, além, é claro, da transfusão de sangue previamente estocado. Não inclui, todavia, de forma absoluta, pequenas frações que integram o tecido sanguíneo, como as imunoglobulinas, a albumina, o fibrinogênio e os fatores de coagulação para hemofilia (NERY JUNIOR, 2014, p. 21).

4.2 A questão jurídica da recusa da transfusão de sangue

Embora os conceitos jurídicos de legalidade e de legitimidade sejam muito próximos, eles não se confundem, uma vez que:

[...] o conceito normativo da legitimidade política refere-se a algum ponto de referência de aceitação ou justificação do poder político ou de autoridade. Assim, segundo John Rawls (1993), a Legitimidade é explicada por que o uso do poder político por uma determinada instituição (Estado, Governo, alguma coletividade) é permitido, havendo, como consequência, o dever moral de obedecer seus comandos [...]. Em um entendimento mais estrito desta última interpretação, a legitimidade está relacionada com a justificação moral da autoridade política e não com a sua criação (MIRANDA NETO; PEREIRA, 2014).

Desse modo, entende-se que, ao se discutir a legitimidade da recusa da hemotransfusão por parte do grupo das Testemunhas de Jeová, fala-se sobre a existência de motivos razoáveis e admitidos pela lei e pelo direito que justifiquem essa escolha. Trata-se, pois, em última instância, da justificação da recusa.

O tema é polêmico e sobre ele há entendimentos diversos apoiados em variados dispositivos legais, uma vez que, de forma geral, não se pode afirmar que há uma norma jurídica, no Brasil, que regule o assunto com abrangência nacional de forma definitiva. Assim, o que existem são normativas esparsas e genéricas, por exemplo, a Resolução CFM nº 1.021/80, que considera que “a recusa do paciente em receber a transfusão sanguínea, salvadora de sua vida, poderia, ainda, ser encarada como suicídio” (*sic*) e que conclui:

Em caso de haver recusa em permitir a transfusão de sangue, o médico, obedecendo a seu Código de Ética Médica, deverá observar a seguinte conduta: 1º – Se não houver iminente perigo de vida, o médico respeitará a vontade do paciente ou de seus responsáveis. 2º – Se houver iminente perigo de vida, o médico praticará a transfusão de sangue, independentemente de consentimento do paciente ou de seus responsáveis (CFM, 1980).³

No que se refere à assertiva do CFM de que a recusa à transfusão consistiria em suicídio, trata-se de um argumento recorrente apresentado contra a recusa dos grupos das Testemunhas de Jeová. Esta alegação, todavia, é rebatida por Nery Junior (2014), para quem a negatória de tal grupo não pode jamais ser equiparada ao suicídio, uma vez que o paciente Testemunha de Jeová busca tratamento e almeja a cura, contanto que não seja via hemotransfusão.

³ Revogada pela Resolução CFM 2.232/2019. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2019/2232> Acesso em: 31 jul. 2020.

Da mesma forma, é válido destacar que a responsável pela Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão (PFDC), Deborah Duprat, apresentou, no ano de 2017, um pedido à Procuradoria-Geral da República no sentido de se propor Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), a fim de se declarar a inconstitucionalidade de tal normativa. O entendimento da PFDC também está em consonância com o que ensina Nelson Nery Junior (2014), que defende a inconstitucionalidade de tal resolução “uma vez que, submete o cidadão a tratamento médico contra sua própria vontade em frontal desrespeito à sua dignidade (CF, 1º, III) e à sua liberdade (CF, 5º, caput), e nos casos dos praticantes da religião Testemunhas de Jeová, também à sua liberdade de crença (CF, 5º, VI)”, além de contrariar o que está previsto no artigo 7º, III e V da Lei 8.080/1990, que impera que os procedimentos públicos de saúde, ligados ou não ao Serviço Único de Saúde (SUS), devem obedecer aos princípios da autonomia das pessoas na defesa de sua integridade física e moral e do direito à informação às pessoas assistidas.

O pedido formulado pela PFDC, igualmente, cita uma pesquisa formulada pela Procuradoria Regional dos Direitos do Cidadão do Rio de Janeiro junto a instituições sanitárias. Em tal estudo, restou demonstrado que a maioria dos profissionais da saúde realiza a hemotransfusão, ainda que contra a vontade do paciente, em caso de risco de morte, com embasamento na Resolução número 1.021/1980.

Ressalta-se que a solicitação apresentada pela PFDC tem os objetivos de declarar que: i) praticar a transfusão de sangue sem o consentimento do paciente, mesmo em caso de risco iminente de vida, somente é permitido quando se tratar de criança, adolescente ou pessoa incapaz, por qualquer motivo, de exprimir a própria vontade; ii) é vedada intervenção médica (inclusive hemotransfusão), contra a vontade do paciente, mesmo em hipótese de risco de morte. O pedido da PFDC também requer que se confira interpretação conforme à Constituição iii) à Resolução nº 1.021/80 do CFM, no sentido de que esta só se aplica quando se tratar de criança, adolescente, ou pessoa incapaz de exprimir a própria vontade e iv) ao artigo 146 § 3º, I do Código Penal, para se afirmar que tal previsão legal não autoriza intervenção médica quando houver manifestação contrária do paciente adulto e capaz (BRASIL, 2017).

De fato, o Código Penal, ao tipificar o constrangimento ilegal, excetua a intervenção médica ou cirúrgica sem o consentimento do paciente ou de seu representante, quando esta se justificar pelo iminente risco de morte. O Código de Ética Médica (CEM), por sua vez, não dispõe de forma detalhada acerca do procedimento de transfusão de sangue. Já em sua introdução, entretanto, tal *codex* fala “na proibição de que [o médico] deixe de obter o consentimento do paciente ou de seu representante legal após esclarecê-lo sobre o procedimento a ser realizado, salvo em iminente risco de morte” (CFM, 2009). Além disso, em seu artigo 22, o CEM (CFM, 2009) declara ser proibido ao médico “deixar de obter consentimento do paciente ou de seu representante legal após esclarecê-lo sobre o procedimento a ser realizado, *salvo em caso de risco iminente de morte*” (grifo nosso).

Esclarece-se que o CEM (CFM, 2009), agora em seu artigo 24, veda ao médico “deixar de garantir ao paciente o exercício do direito de decidir livremente sobre sua pessoa ou seu bem-estar, bem como exercer sua autoridade para limitá-lo”. O que está disposto no artigo 22, todavia, parece ser uma limitação ou uma exceção ao artigo 24, pelo menos é o que entende Nelson Nery Junior (2014), e com quem estamos de acordo.

Por outro lado, invoca-se o enunciado do artigo 5º da Portaria 1.820/2009 do Ministério da Saúde, que, embora também tenha aplicação em âmbito federal e sirva como forte embasamento para a legitimidade da recusa da hemotransfusão, tampouco trata dela diretamente. Essa portaria, que dispõe sobre os direitos e deveres dos usuários da saúde, prevê, *in verbis*, que:

Art. 5º Toda pessoa deve ter seus valores, cultura e direitos respeitados na relação com os serviços de saúde, garantindo-lhe:

[...]

V – o consentimento livre, voluntário e esclarecido, a quaisquer procedimentos diagnósticos, preventivos ou terapêuticos, salvo nos casos que acarretem risco à saúde pública, considerando que o consentimento anteriormente dado poderá ser revogado a qualquer instante, por decisão livre e esclarecida, sem que sejam imputadas à pessoa sanções morais, financeiras ou legais (BRASIL, 2009).

Embora, no entanto, considere-se que a legislação infraconstitucional não apresenta uma solução definitiva para o problema da transfusão sanguínea, tem-se que a Constituição define a dignidade da pessoa humana como *fundamento* da República, além de afixar os direitos à vida e à liberdade no rol de direitos fundamentais de seu artigo 5º. Complementarmente, a partir do foco deste trabalho, o texto constitucional também consagra a saúde como direito fundamental, por ser ela corolário da dignidade, da vida e da integridade psicofísica, além de pré-requisito inexorável para o gozo desses e de quaisquer outros direitos. Nesse sentido, Sarlet e Figueiredo (2008) defendem a dupla fundamentalidade do direito à saúde, haja vista que um sistema jurídico-constitucional “que protege o direito à vida e assegura o direito à integridade física e corporal, evidentemente, também protege a saúde, já que onde esta não existe e não é assegurada, resta esvaziada a proteção prevista para a vida e integridade física” (p. 3).

De modo geral, costumam-se apresentar três entendimentos doutrinários diferentes sobre o tema, os quais afirmam que: i) o direito à vida é absoluto e a transfusão deve ser realizada ainda que a contragosto do paciente, independentemente do motivo; ii) a hemotransfusão só deve ser realizada sem o consentimento do paciente ou contra sua vontade em caso de risco de morte; iii) a liberdade do paciente deve prevalecer (PEDRINI; SILVA, 2015).

Quanto à primeira corrente, sabe-se, *a priori*, que não existem, no ordenamento brasileiro, direitos com caráter absoluto. É esse, por exemplo, o entendimento das autoras Pedrini e Silva (2015, p. 47), apoiando-se no recente entendimento do STF e de Letícia de Campos Velho Martel. Ademais, a restrição do direito à vida pode ser constatada na legalidade do aborto resultante de estupro e no homicídio em legítima defesa. Advoga-se, portanto, que a alegação médico-jurídica de que a vida se sobrepõe a qualquer outro direito – e que deve ser preservada inclusive por meios com que o paciente discorda – é inválida.

Em relação à segunda corrente, de que, em risco iminente de morte, admite-se a transfusão, ainda que sem o consentimento do paciente ou contra sua vontade, há que se destacar, primeiramente, que a hemotransfusão não consiste num tratamento infalível e plenamente eficaz, que seguramente garantirá o reestabelecimento do paciente. Tampouco é tratamento único, haja vista que podem haver (e muitas vezes, de fato há) alternativas terapêuticas à transfusão. Além disso, como explica muito bem Deborah Duprat:

[...] o desejo de viver não supera a vontade de não transgredir os princípios doutrinários de seu credo religioso. Não havendo alternativas terapêuticas de eficácia e segurança equivalentes à transfusão de sangue ou de seus derivados, a sua recusa frente ao risco iminente de vida consiste, ainda que de modo indireto, em uma resignação ante à eventualidade de morte superveniente, por serem envolvidos bens espirituais e morais ante aos quais, levando-se em conta a totalidade de sua pessoa, o bem corpóreo acaba por ceder. Há que se destacar, portanto, que não se trata de algo supérfluo ou irrelevante, senão um dogma que se constitui em componente central das crenças que definem a própria religião das testemunhas de Jeová, especialmente por envolver o que pensam sobre a vida após a morte [...] (BRASIL, 2017, p. 7).

Em outra linha, entende-se que o ordenamento não repele de forma brutal e absoluta o risco de morte. É o que defende Luís Roberto Barroso (2010, p. 22), quando afirma que “o Estado não pode proibir alguém de prestar ajuda humanitária em uma região de guerra, ou de praticar esportes radicais, ainda que o risco seja elevado ao extremo”. Para o atual ministro do STF, em relevante parecer sobre o tema, trata-se de escolhas existenciais cuja legitimidade deriva da conciliação entre o valor objetivo da vida e as liberdades decorrentes da dignidade da pessoa humana enquanto autonomia.

No concernente à terceira corrente – a que defende a prevalência do direito à liberdade – entende-se como a mais acertada. Também advoga-se, entretanto, que não se trata somente de uma questão de liberdade, sobretudo de liberdade religiosa, mas, principalmente, de saúde, entendida em seu viés negativo, que protege o indivíduo de interferências estatais indevidas.

Numa outra esteira, já de modo a superar o aparente conflito entre as três correntes apresentadas, Nelson Nery Junior vai além, ao afirmar que inexistem colisões reais entre direitos fundamentais quando se fala em recusa à transfusão de sangue por parte das Testemunhas de Jeová. Para o ilustre autor, embasando-se nas teorias de Robert Alexy sobre os direitos fundamentais, estes podem colidir ampla ou restritivamente. A colisão, em sentido restrito, ocorreria quando o exercício dos direitos fundamentais de um indivíduo repercutisse negativamente sobre os direitos fundamentais de outro sujeito. Quanto a essa hipótese, Nery Junior (2014, p. 10) afirma que quando uma Testemunha de Jeová recusa-se a receber a transfusão de sangue “ele invoca seus direitos fundamentais, conduta esta que em nenhuma hipótese atenta contra direito fundamental de outrem. Afinal, qual direito fundamental de outrem essa recusa pelo paciente Testemunha de Jeová violaria?”

A colisão em sentido amplo, por sua vez, caracteriza-se como o conflito entre o exercício dos direitos fundamentais de um determinado sujeito titular deles e bens coletivos, no caso, entre a liberdade e a saúde do indivíduo Testemunha de Jeová e a vida e a saúde pública. Para o autor, entretanto, tal argumento não se configura no caso, uma vez que “o indivíduo pertencente a essa religião, quando recusa tratamento que envolva a transfusão sanguínea, em nenhum momento recusa-se a se submeter a outras opções terapêuticas médicas, ou seja, o paciente Testemunha de Jeová não deseja a morte, bem como não acredita na cura pela fé” (NERY JUNIOR, 2014, p. 11).

Por conseguinte, entende-se que não há que se falar em colisão de direitos fundamentais na hipótese de recusa de Testemunhas de Jeová em receberem transfusão de sangue. Essa negatória diz respeito não somente à liberdade e à intimidade do indivíduo, mas mor-

mente à sua saúde e ao direito que ele tem de repelir decisões e ingerências estatais mal-vindas – o que caracteriza, como é defendido nesse trabalho, a dimensão negativa do direito à saúde.

Isto porque, no estudo do direito à saúde, classificado pela doutrina como direito social, mas, antes de tudo, como direito fundamental, e assim garantido pela Constituição, há que se ter em mente que não se resume ele a mera *faculdade* do cidadão de exigir prestações do Estado. Como quaisquer outros direitos sociais, o direito à saúde deve ser considerado em relação à sua dimensão positiva, mas também por sua dimensão negativa, isto é, respectivamente, direitos a um *facere* ante o Estado e, igualmente, direitos a um *non facere*. Esta segunda dimensão, a negativa, assegura que “o Estado não interfira ou não afete negativamente o acesso já garantido, subjectivizado ou não, fáctico ou jurídico, a tais bens, e quer se trate de acesso que o particular obteve por meios próprios ou através da ajuda estatal” (NOVAIS, 2010, p. 239).

Jorge Reis Novais (2010, p. 257) é ainda mais enfático ao afirmar que os direitos fundamentais – os de liberdade, assim como os sociais – devem ser considerados como um todo, como uma unidade, e concebidos a partir de três deveres que exigem ao Estado: o de respeito, o de proteção e o de promoção. Os deveres estatais de respeito e de proteção aos direitos fundamentais nada mais são do que, respectivamente, o dever de não interferência na esfera autônoma do sujeito de direitos e o dever de proteção contra ameaças ou agressões, além do evitamento de riscos. Esses deveres, reitera-se, valem, inclusive, contra o próprio Estado.

Desse modo, aplicando a teoria do autor português ao direito à saúde e, mais precisamente, no caso da recusa de transfusão de sangue por Testemunhas de Jeová, advoga-se, nesse sentido, de que a dimensão negativa do direito à saúde e o dever estatal de respeito, exigem que o Estado acate a decisão do indivíduo de não receber a hemotransfusão. Por lógica, se o Estado ou terceiro (como hospitais e profissionais da saúde) insistem em transfundir sangue sem o consentimento do indivíduo ou contra sua vontade, ainda em caso de risco de morte, há claramente um desrespeito ao direito à saúde.

Em relação à proteção contra agressão e ameaça de agressão de terceiros, a construção doutrinária de Sarlet (2007, p. 8) confirma esse entendimento, qual seja, de que a dimensão negativa do direito à saúde inclui a defesa desta contra ingerências de terceiros.

Também se chama a atenção para o fato de que se exige o consentimento do paciente para que a transfusão seja efetuada nos termos do artigo 5º, V, da Portaria 1.820/2009 do Ministério da Saúde. Esse consentimento, segundo a normativa, deve ser livre, voluntário e esclarecido, requisitos indispensáveis para que se caracterize como um consentimento genuíno, como entende Luís Roberto Barroso (2010, p. 31).

Quanto à responsabilidade dos médicos, de uma perspectiva jurídico-penal, a ausência de tipicidade da conduta médica sustenta-se na ausência dos elementos dos tipos penais, sobretudo aqueles que visam à proteção dos bens jurídicos vida e integridade física, haja vista que o médico em nada contribuiu para o aumento do risco ou para a causa do resultado. Não bastasse, é preciso salientar que a recusa informada ao procedimento terapêutico configura verdadeira autocolocação em perigo, tendo em vista que o paciente que se nega a receber transfusão de sangue participa conscientemente do resultado protegido juridicamente com sua própria conduta. A doutrina da autocolocação em perigo, que se presta, sobretudo, para

afastar a responsabilidade de terceiros pela ocorrência do resultado, foi aplicada pelo Superior Tribunal de Justiça no Habeas Corpus n. 46.525 – MT –, julgado em 21 de março de 2006, caso em que uma pessoa se afogou após ter ingerido substâncias psicotrópicas e ter sido lançada à piscina pelos membros da comissão de formatura – a conduta destes foi considerada atípica em razão da autocolocação em perigo, restando ausentes a previsibilidade, o nexo de causalidade e a criação de um risco não permitido em relação a todos os denunciados.

Por fim, no que se refere à transfusão de sangue em menores de idade, entende-se que se trata de um assunto mais específico, uma vez que pode-se alegar a invalidez do consentimento do paciente por sua incapacidade relativa ou absoluta, motivo pelo qual este trabalho, por limitações de espaço, não se propõe a enfrentar tal tema. É importante apresentar, entretanto, que autores como Nelson Nery Junior (2014, p. 29) defendem que o consentimento informado do menor ratificado por seus pais deve ser levado em conta, de modo a não se proceder a um tratamento de saúde contrário à sua vontade. Em sentido contrário, contudo, apresentam seus argumentos Pedrini e Silva (2015, p. 55).

A esse respeito, manifestou-se a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça em sede do Habeas Corpus n. 268.459 – SP –, julgado em 2 de setembro de 2014, para entender que a recusa dos pais em autorizar a realização do procedimento de transfusão de sangue em filha adolescente, por motivo de crença religiosa, não constitui crime. No caso, os pais conduziram a filha até o hospital para que recebesse assistência médica, sem, todavia, consentirem a realização de hemotransfusão. Se, de um lado, a Corte Superior entendeu que não se configurou omissão de socorro ou homicídio por omissão da parte dos pais, pois que não houve quebra do dever de cuidado, de outro lado, afirmaram os ministros que caberia aos médicos, caso considerassem a medida indispensável para que fosse evitada a morte, a adoção dos procedimentos necessários, não podendo privar a adolescente de os receber. Diante disso, a Corte entendeu que a ausência de autorização dos pais era inócua e que, dada a significância do direito à vida e do superior interesse do adolescente, a adoção das necessárias providências terapêuticas pelo hospital era imperiosa.

4.3 O dever prestacional sanitário relativo às Testemunhas de Jeová

Como já foi apresentado, a recusa das Testemunhas de Jeová em receber transfusão de sangue, mesmo que em hipótese de risco de morte, não pode, como costumeiramente se alega, ser considerada suicídio, ou, quando em caso dos pais de menor, como omissão de socorro ou homicídio doloso. Isto porque: i) a maioria dos casos são referentes a indivíduos que estão internados em hospitais por conta própria, pois procuraram auxílio médico, logo, não se poderia falar em suicídio ou descaso com a própria vida; ii) a transfusão de sangue não é método de eficácia garantida; iii) há tratamentos alternativos.

A utilização de meios terapêuticos alternativos é um dos principais argumentos usados pelas Testemunhas de Jeová em defesa de seu direito de recusar a transfusão.⁴ Entre tais meios, destacam-se a Eritropoetina [Humana] Recombinante, a Interleucina-11 Recombinante, os expansores do volume do plasma e o coagulador com raio de argônio, por exemplo (MARINI, 2005).

⁴ Alternativas de qualidade para a transfusão. Disponível em: <https://www.jw.org/pt/publicacoes/livros/como-pode-o-sangue/Alternativas-de-qualidade-para-a-transfus%C3%A3o/>. Acesso em: 9 ago. 2018.

Desse modo, na linha da unidade dos direitos fundamentais defendida por Jorge Reis Novais (2010), tem-se que o direito à saúde é dotado de uma dimensão positiva e de outra negativa, como já explanado. Ocorre que, ao se levar em conta a dimensão negativa do direito sanitário, de forma a se legitimar a recusa da transfusão, tal recusa fica ainda mais “legítima”, por assim dizer, quando é possibilitado ao paciente um tratamento alternativo, sobretudo quando ele se mostra eficaz. Entende-se que, nesse caso, o direito fundamental à saúde restará plenamente efetivado.

Há que se questionar, todavia, se é dever do Estado oferecer essas formas alternativas de tratamento. É o que ordena a Portaria 1.820/2009 do Ministério da Saúde, por exemplo, ao dispor que:

4º: Toda pessoa tem direito ao atendimento humanizado e acolhedor, realizado por profissionais qualificados, em ambiente limpo, confortável e acessível a todos.

[...]

XI: o direito à escolha de alternativa de tratamento, quando houver, e à consideração da recusa de tratamento proposto.

Na mesma esteira da norma supratranscrita, Nery Junior (2014) também defende que o Estado deve oferecer ao paciente Testemunha de Jeová todos os métodos terapêuticos alternativos à transfusão de sangue, de modo a respeitar sua recusa e suas escolhas. Caso contrário, explica o jurista que “a recusa em disponibilizar tratamento médico alternativo às Testemunhas de Jeová caracteriza discriminação contra os adeptos dessa religião, violando os preceitos constitucionais que asseguram a dignidade e liberdade religiosa” (NERY JUNIOR, 2014, p. 31).

Também a douta Procuradora Federal dos Direitos do Cidadão, ao pedir à PGR que propusesse ADPF ante a Resolução 1.021/1980 do CFM, argumenta que, tendo em vista o atual estágio médico-científico, já é possível evitar a hemotransfusão na maioria dos casos por meio da combinação de técnicas e medicamentos. Ademais, para ela, “o Estado investe em um equipamento que poderá servir a qualquer paciente que não deseje se tratar com transfusão de sangue ou eventualmente não possa” (BRASIL, 2017).

Entende-se, portanto, que é dever do Estado não apenas respeitar e proteger o direito sanitário, mas promovê-lo, como ensina Novais (2010). Nesse sentido, a dupla dimensionalidade do direito à saúde exige também que os Poderes Públicos empenhem-se em possibilitar ao paciente Testemunha de Jeová (e a todos os outros) alternativas à transfusão de sangue e condições razoáveis de terem acesso a elas. Tão somente dessa forma, acredita-se, o direito fundamental à saúde estaria efetivado.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A saúde consiste em direito fundamental, dotada de dupla fundamentalidade, formal e material. Seu ingresso na ordem jurídico-constitucional brasileira deu-se mediante um longo processo, com profundas discussões, com enfoque para as que se realizaram na 8ª Conferência Nacional de Saúde com diversos atores, com destaque para o movimento sanitarista. Por fim, tem-se que foi por meio de importantes e frutíferos debates na Assembleia Constituinte de 1987-88 que tal direito foi definitivamente positivado.

Pela atualidade do tema (não se deve desprezar o fato de que nossa Constituição foi promulgada há apenas três décadas), o direito sanitário envolve numerosos debates acerca de diversos temas, entre eles sua dupla dimensionalidade. Isto porque, embora a dimensão positiva ou prestacional da saúde receba muito mais atenção, principalmente dos juristas, mas não apenas deles, em razão dos muitos casos de “judicialização da saúde”, advoga-se também a existência de uma dimensão negativa, que tem como escopo defender o sujeito titular de direitos fundamentais de intervenções descabidas do Estado. Ou seja, entende-se que há certos limites quanto à atuação estatal quando o assunto é saúde, motivo pelo qual se exige, em alguns casos, sua abstenção.

Um desses casos, aqui explorado, é a recusa do procedimento de transfusão sanguínea pelos adeptos da religião das Testemunhas de Jeová. Enquanto parte da doutrina e da jurisprudência entende haver aí colisão de direitos fundamentais (vida e saúde pública vs. liberdade religiosa, intimidade e saúde individual) e que o direito à vida deve sempre prevalecer, há posicionamentos diversos que defendem a legitimidade da recusa das Testemunhas de Jeová em receber a transfusão. Há, ainda, juristas, como Nelson Nery Junior, que defendem que nem sequer há colisão jusfundamental em sentido estrito ou amplo, uma vez que a negatória deste grupo religioso não ofende nem o exercício de direitos fundamentais de outros indivíduos nem bens coletivos.

No que se refere aos adultos (não se considerando o caso de crianças e adolescentes), alinha-se, aqui, ao posicionamento de Nery Junior, por se entender completamente legítima a recusa à hemotransfusão, uma vez que a dimensão negativa do direito sanitário autoriza a seu titular a repulsão à interferência indevida do Estado ou de terceiros no âmbito de sua saúde. Entende-se, ainda, que esse viés negativo também abriga o indivíduo quanto às escolhas e alternativas do que ele entende mais adequado à sua saúde, e, por óbvio, aos tratamentos, remédios e, inclusive, médicos e hospitais que ele eleger para si. Não se vislumbra, portanto, nenhuma colisão entre direitos fundamentais.

Ao cabo, compreende-se que também é dever do Estado promover formas alternativas de terapia às Testemunhas de Jeová, de modo que estas possam, respeitadas suas crenças, recusar a transfusão sem colocar em risco a própria vida, ou, pelo menos, sem que sejam acusadas disso ou de “suicídio” ou de “tentativa de suicídio”, como insinua a própria Resolução 1.081/1980 do CFM. Esse dever estatal, vale frisar, faz parte da promoção do direito fundamental à saúde e deriva de sua dimensão positiva ou de prestação e, desta feita, o Estado não pode dele se eximir.

6 REFERÊNCIAS

BÍBLIA SAGRADA. Tradução Associação Torre de Vigia de Bíblias e Tratados. New York, USA: Watch Tower Bible and Tract Society of New York of Pennsylvania, 2015.

BARROSO, Luis Roberto. *Legitimidade da recusa de transfusão de sangue por Testemunhas de Jeová*. Dignidade Humana, Liberdade Religiosa e Escolhas Existenciais. Parecer Jurídico, Rio de Janeiro, 5 de abril de 2010. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/testemunhas-jeova-sangue.pdf>. Acesso em: 30 jul. 2018.

BRASIL. Conferência Nacional de Saúde, 8. *Relatório final*. Brasília: Ministério da Saúde, 1986. Disponível em: http://bvsm.sau.gov.br/bvs/publicacoes/8_conferencia_nacional_saude_relatorio_final.pdf. Acesso em: 2 ago. 2018.

BRASIL. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. *As Conferências Nacionais de Saúde: evolução e perspectivas*. Brasília: CONASS, 2009.

- BRASIL. *Constituição Política do Império do Brasil*. Rio de Janeiro, 1824. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao24.htm. Acesso em: 24 jul. 2018.
- BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, 16 jul. 1934. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao34.htm. Acesso em: 24 jul. 2018.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial da União*, Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 25 jul. 2018.
- BRASIL. *Direitos humanos*. 4. ed. Brasília: Senado Federal; Coordenação de Edições Técnicas, 2013. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/508144/000992124.pdf?sequence>. Acesso em: 25 jul. 2018.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus número 268.459 – SP (2013/0106116-5). Relatora: Maria Thereza de Assis Moura. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, 6 dez. de 2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=1363684&tipo=0&nreg=201301061165&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJdr=&dt=20141119&formato=PDF&salvar=false>. Acesso em: 1º ago. 2018.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4.277/DF. Relator: Ayres Britto. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, 5 maio 2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>. Acesso em: 2 ago. 2018.
- BRASIL. Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão (PFDC). *Requerimento Pgr-00152645/2017*. 2017. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/temas-de-atuacao/direitos-humanos/atuacao-do-mpf/liberdade-religiosa/representacao-cfm-testemunha-jeova> Acesso em: 31 jul. 2020.
- CFM. Conselho Federal de Medicina (Brasil). *Resolução nº 1.021/1980*. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/1980/1021> Acesso em: 31 jul. 2020.
- CFM. Conselho Federal de Medicina (Brasil). *Código de Ética Médica: Resolução CFM 1931/2009*. Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2009/1931_2009.htm. Acesso em: 1º ago. 2018.
- CFM. Conselho Federal de Medicina (Brasil). *Resolução CFM 2.232/2019*. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2019/2232> Acesso em: 31 jul. 2020.
- CREMESP. Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo. *Fé vai a julgamento*. Disponível em: http://www.cremesp.org.br/?siteAcao=SaladImprensa&acao=crm_midia&id=587. Acesso em: 1º ago. 2018.
- FREDMAN, Sandra. *New Horizons: incorporating socio-economic rights in a british Bill of Rights*. Oxford Legal Studies Research Paper N.56/2010. Oxford, 2010.
- MARINI, Bruno. O caso das Testemunhas de Jeová e a transfusão de sangue: uma análise jurídico-bioética. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 661, 28 abr. 2005. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/6641>. Acesso em: 9 ago. 2018.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.
- MIRANDA NETO, Fernando Gama de; PEREIRA, Daniel Nunes. Legalidade, Legitimidade e crença jurídica: a ce-leuma entre o totalitarismo político de Schmitt e o entrincheiramento constitucional de Kelsen. In: CASTRO, Mathias Felipe de; AMAVA, Lídia Patricia Castillo (coord.). CONPEDI/UFSC. *Anais [...]*. Florianópolis: Conpedi, 2014.
- MORAES, Rodrigo; PIRES, Rodrigo. Transfusão de sangue em pacientes Testemunhas de Jeová: religião, ética e discurso ético-penal. *Ciências Penais*, v. 2, p. 216-228, jan./jun. 2005. RT *on-line*.
- NERY JUNIOR, Nelson. Direito fundamental à liberdade religiosa. *Soluções práticas de Direito*, v. 1, p. 31-107, set. 2014. RT *on-line*.
- NEVES, Rodrigo Santos. O direito à vida e à saúde diante da liberdade religiosa. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 82, p. 145-158, jan./mar. 2013. RT *On-line*.
- NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais*. Teoria jurídica dos Direitos sociais enquanto Direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.
- OMS. Organização Mundial de Saúde. *Constituição (1946)*. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html> Acesso em: 31 jul. 2020.
- PEDRINI, Tainá Fernanda; SILVA, Pollyana Maria da. Aspectos jurídico-penais da transfusão de sangue em Testemunha de Jeová. In: *RJ – Revista Culturas Jurídicas*, Niterói: UFF, v. 2, n. 4, 2015.
- PORFIRIO, Fernanda. Pais acusados de proibir transfusão vão a Júri. In: *CONJUR*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2010-nov-18/tj-sp-manda-juri-pais-acusados-proibir-transfusao-sangue-filha>. Acesso em: 1º ago. 2018.

RODRIGUES NETO, Eleutério. *Saúde: promessas e limites da Constituição*. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2003. SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Recurso em Sentido Estrito nº 993.99.085354-0*. São Paulo, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do Direito à Saúde na Constituição de 1988. In: *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, n. 11, set./out./nov. 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2 ed., rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 13-50.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Algumas considerações sobre o Direito Fundamental à Proteção e Promoção da Saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988. In: *Revista de Direito do Consumidor*, n. 67, p. 125-172, jul./set. 2008.

TESTEMUNHAS DE JEOVÁ. *Transfusões de sangue: uma longa história de controvérsias*. Disponível em: [https://www.jw.org/pt/publicacoes/revistas/g20000108/Transfus%C3%B5es-de-sangue-uma-longa-hist%C3%B3ria-de-controv%C3%A9rsias/#?insight\[search_id\]=cb377f2a-c010-4a43-9942-e61a6a89d&insight\[search_result_index\]=8](https://www.jw.org/pt/publicacoes/revistas/g20000108/Transfus%C3%B5es-de-sangue-uma-longa-hist%C3%B3ria-de-controv%C3%A9rsias/#?insight[search_id]=cb377f2a-c010-4a43-9942-e61a6a89d&insight[search_result_index]=8). Acesso em: 1º ago. 2018.

<http://dx.doi.org/10.21527/2317-5389.2020.15.96-107>

A Eutanásia Como Forma de Garantia da Autonomia da Vontade

Valéria Silva Galdino Cardin

Graduação em Direito pela Universidade Estadual de Maringá (1986). Mestrado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1997). Doutorado em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2002). Pós-Doutorado pela Universidade de Lisboa (Portugal, 2013). Professora-associada da Graduação na Universidade Estadual de Maringá e da Graduação e do Mestrado no Centro Universitário de Maringá. Tem experiência na área de Direito Civil, atuando principalmente nos seguintes temas: guarda compartilhada, responsabilidade civil do médico, adoção internacional, direito de família e responsabilidade civil, novos direitos e direitos fundamentais. <http://lattes.cnpq.br/8121501433418182>. <https://orcid.org/0000-0001-9183-0672>. valeria@galdino.adv.br

Lais Moraes Gil Nery

Mestranda em Ciências Jurídicas pelo Centro Universitário de Maringá (Unicesumar). Graduação em Enfermagem pela Universidade Estadual de Maringá (UEM). Residência Multiprofissional em Urgência e Emergência, com ênfase em Enfermagem (UEM). Graduação em Direito pela Faculdade Maringá. <http://lattes.cnpq.br/5490525702378409>. <https://orcid.org/0000-0001-9472-3223>. laismgil@gmail.com

RESUMO

O artigo aborda o tema da forma de garantir a autonomia da vontade e a dignidade humana com a eutanásia, com o respeito à morte digna e seguindo a vontade e os preceitos do paciente. Expõe, também, a necessidade de verificar a capacidade de consentir do paciente quando este expressa a sua vontade. Os objetivos consistem em conceituar, de forma concisa, os princípios da dignidade da pessoa humana e da autonomia da vontade; demonstrar que atualmente, no Brasil, em relação à eutanásia, estão sendo suprimidos os princípios da dignidade da pessoa humana e da autonomia da vontade; definir eutanásia e suas especificidades, juntamente com o contexto mundial a que está inserida. E, por fim, explicar sobre a autonomia da vontade do paciente e a sua capacidade de consentir. A metodologia utilizada consiste em um estudo realizado por meio de revisão bibliográfica e documental, explicativo. Assim, para ter respeitada a autonomia da vontade é preciso investigar a validade e a fidedignidade da manifestação de vontade expressa pelo paciente. Este deve ter a capacidade de consentir íntegra, além de não estar submetido a qualquer coação irresistível. A autonomia da vontade deve ser real, sem qualquer interferência interna ou externa do paciente.

Palavras-chave: Autonomia da vontade. Capacidade de consentir. Dignidade da pessoa humana. Eutanásia.

EUTANASIA AS A GUARANTEE FOR THE AUTONOMY OF THE WILL

ABSTRACT

The article deals with the question of how to guarantee the autonomy of the will and human dignity with euthanasia, respect for dignified death and following the will and the precepts of the patient. It also shows the need to verify the patient's ability to consent when he expresses his will. The objectives are to conceptualize, in a concise way, the principles of the dignity of the human person and the autonomy of the will; demonstrate that currently, in Brazil, in relation to euthanasia, the principles of human dignity and autonomy of the will are being suppressed; define euthanasia and its specificities, together with the global context to which it is inserted. And, finally, to explain about the autonomy of the patient's will and his ability to consent. The methodology used consists of a study carried out by means of bibliographical and documental review, explanatory. Thus, in order to have respect for the autonomy of the will, it is necessary to investigate the validity and trustworthiness of the expression of will expressed by the patient. This must have the ability to consent in full, in addition to not being subjected to any irresistible coercion. The autonomy of the will must be real, without any internal or external interference of the patient.

Keywords: Autonomy of the will. Ability to consent. Dignity of human person. Euthanasia.

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 A autonomia da vontade e a dignidade da pessoa humana. 2.1 A dignidade da pessoa humana. 3 Aspectos legais e bioéticos da eutanásia. 4 A autonomia da vontade do paciente e a capacidade de consentir. 5 Conclusão. 6 Referências.

Recebido em: 30/9/2019

Aceito em: 18/10/2019

1 INTRODUÇÃO

O avanço tecnológico do século 20 proporcionou o aperfeiçoamento das condutas e das práticas médicas, o que permitiu a melhora da condição da vida humana. Hodiernamente, no entanto, tem-se, por vezes, o prolongamento da vida a qualquer custo, sem respeitar a vontade e a autonomia do paciente. Diante disso, necessária é a imposição de limites à medicina moderna, que deve respeitar o ser humano e a sua dignidade, uma vez que esta deve prevalecer sobre qualquer progresso científico ou tecnológico que não proporcione qualidade de vida ou uma morte digna.

A conceituação do princípio da dignidade da pessoa humana está atrelada ao seu desmembramento em três conteúdos, quais sejam: (i) valor intrínseco da pessoa humana; (ii) autonomia da vontade e (iii) valor comunitário. A dignidade, no contexto da autonomia da vontade, está atrelada à autodeterminação da pessoa, ou seja, ao direito de decidir os rumos de sua vida e de desenvolver a sua personalidade, sem imposições externas indevidas.

Já a eutanásia, caracteriza-se pela morte indolor, sem sofrimento ou prolongamento desnecessário e digno. É uma prática que objetiva abreviar a vida, a fim de aliviar ou evitar o sofrimento do paciente, buscando a qualidade de vida mesmo nos seus últimos momentos.

Tal método não é permitido no Brasil, posto que caracteriza crime de homicídio, nos termos do Código Penal brasileiro. A cada dia, entretanto, cresce a consciência social, e na seara médica, da necessidade de que a vontade do indivíduo de ter uma morte digna seja respeitada, pois prolongar artificialmente a vida a qualquer custo também não lhe permite qualidade de vida.

Assim, este trabalho tem por intuito analisar o instituto da eutanásia à luz da autonomia de vontade do paciente e da necessidade de preservação de sua dignidade enquanto ser humano, merecedor de um fim tranquilo e sem dor. Além disso, tem-se por pressuposto o exame da validade e da fidedignidade da manifestação de vontade expressa do paciente, que, em tratamentos complexos e de estágio avançado de enfermidade, poderia encontrar-se viciada.

Desta forma, a presente pesquisa utilizou o método teórico, baseado na pesquisa e revisão bibliográfica de obras, de artigos científicos, de periódicos, da legislação, da jurisprudência e doutrina aplicáveis à temática e pertinentes para a proposição de soluções à problemática apresentada, que envolve a eutanásia como forma de manifestação da autonomia de vontade do paciente.

2 AUTONOMIA DA VONTADE E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Apesar do avanço científico e tecnológico das últimas décadas ter proporcionado diversos avanços na área da saúde, este também contribuiu para que práticas ligadas ao prolongamento da vida a qualquer custo fossem mundialmente difundidas. Tais práticas, por vezes, não respeitam a vontade e a autonomia do paciente e deixam este à mercê da manifestação de sua família ou da equipe médica, que tendem a optar pelo tratamento e pela manutenção e consequente preservação da vida.

É neste sentido que Maria Helena Diniz (2014, p. 42) relata que é necessária a imposição de limites à medicina moderna, estabelecendo que o respeito ao ser humano só é alcançado quando também for respeitada a sua dignidade. A pessoa humana e a sua dignidade consti-

tuem o fundamento e o fim da sociedade e do Estado, uma vez que estas devem prevalecer sobre qualquer progresso científico ou tecnológico, ou seja, a autonomia da vontade deve ser resguardada a todos e ser levada em consideração na escolha da conduta a ser tomada, devendo essa prevalecer sobre qualquer tecnologia inovadora existente.

O prolongamento da vida, cercada de dor e de sofrimento, sem estar associada a uma ideia de cura, contraria as expectativas da autonomia e da dignidade do paciente (BOUDREAU; SOMERVILLE, 2014, p. 1), se opondo, inclusive, ao conceito de cuidado e respeito presente na seara médica. Se, de um lado, morrer transforma-se em um processo instrumentalizado para quem cuida e para quem é cuidado, por outro, as intervenções e as condutas médicas tomadas deixam de estar relacionadas ao cuidado respeitoso, pois, em alguns casos, o cuidado transforma-se em um prolongamento indesejado da vida (PERUZZO JÚNIOR, 2017, p. 123).

Desta forma, o cuidado e o respeito na escolha da conduta de saúde a ser tomada devem estar relacionados à autonomia da vontade do paciente no fim da vida e, consequentemente, à preservação da sua dignidade. Logo, é preciso que o processo de morrer seja visualizado como um ciclo natural da vida, aceito pela sociedade, para, assim, proporcionar aos envolvidos neste processo uma maior aceitação e preservação da vontade do paciente.

Ainda, a discussão acerca da conceituação de morte digna frequentemente envolve as seguintes indagações: Para morrer com dignidade é preciso o respeito à autonomia da vontade? E se a sua autonomia não for respeitada? É justificável utilizar todos os meios extraordinários para preservar a vida? Até que ponto a autonomia da vontade do paciente deve ser garantida? O paciente que determina a sua vontade possui capacidade de consentir?

A sociedade contemporânea, que tem como cultura a negação da morte, ao consentir com o respeito à autonomia e à dignidade humana, passa a admitir, de forma discreta, o princípio da finitude da vida, aprendendo que o momento da morte deve ser acompanhado de qualidade e não de sofrimento. Léo Peruzzo Junior (2017, p. 123) assim assevera:

A inserção do direito à dignidade [right to dignity] nas decisões sobre o prolongamento assistido da vida tem implicado, por conseguinte, na admissão do direito de morrer, sem que isso signifique, necessariamente, em acusações do tipo pouco humanitárias.

O cuidar, portanto, significa respeitar a autonomia da vontade e, consequentemente, a dignidade humana do paciente, mesmo que isso acarrete na suspensão de condutas médicas que visem a apenas o prolongamento da vida, sem perspectiva de cura. Deve prevalecer o bem-estar do paciente sobre as inovações tecnológicas e científicas. Cabe ressaltar que, caso haja a possibilidade de o indivíduo expressar a sua vontade e este optar por prolongar a sua vida, mesmo sem perspectiva de cura, utilizando todos os meios tecnológicos e científicos necessários, a sua vontade deve ser preservada e respeitada. A dignidade humana é alcançada por meio do respeito à autonomia da vontade do paciente.

O cuidador deve atentar-se à vontade do paciente mesmo que esta seja diferente de suas próprias concepções. É o que compreendem Murphy e Genuis (2013, p. 348), uma vez que afirmam que “pode-se evitar fazer o que é, aparentemente, mal ou se envolver em fazer o que é, aparentemente, bom; algumas decisões envolvem ambos os elementos”.

Assim, o cuidador deve realizar sua conduta baseado no cuidado e no respeito ao paciente, sendo esta a forma de garantir a sua autonomia e dignidade.

2.1 A dignidade da pessoa humana

Evidente é a importância da discussão acerca da dignidade da pessoa humana. Esta é um princípio fundamental brasileiro e constitui um fundamento do Estado Democrático de Direito, conforme pode ser observado no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988. Constitui um direito inerente à pessoa humana, ou seja, todo ser humano é dotado desta prerrogativa, que visa a garantir os direitos mínimos ao ser humano, independente de determinação jurídica.

A dignidade humana compreende um conceito que é influenciado por questões históricas, políticas, religiosas e culturais (RABELO; CASTELLI, 2016). Será, portanto, demonstrado um conceito universal que poderá ser aplicado a qualquer pessoa. Como dispõe Ingo Wolfgang Sarlet (2004), a dignidade da pessoa humana consiste em um complexo de direitos e deveres fundamentais, inerentes ao ser humano, que o protegem de tratamentos desumanos e degradantes, garante condições mínimas para a sua existência e promove a sua participação ativa no destino de sua própria existência.

[...] a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos (SARLET, 2004, p. 59-60).

O conceito, portanto, pode ser desmembrado em três conteúdos, quais sejam: valor intrínseco da pessoa humana, autonomia da vontade e valor comunitário (RABELO; CASTELLI, 2016, p. 168). Para obter a definição de dignidade da pessoa humana, é preciso desmembrar seus conteúdos e explicá-los de forma individualizada. Cabe destacar, ainda, que a autonomia da vontade está adstrita ao conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana.

O primeiro conteúdo a ser discutido é o valor intrínseco da pessoa humana. Este está ligado à própria natureza do ser, que é inerente a todo ser humano. Consiste no valor do ser humano em posição com o mundo; é o que o distingue de outros seres vivos e das coisas (KANT, 2005).

A dignidade, por ter o valor intrínseco da pessoa humana como essencial, não depende de concessão, simplesmente existe, não podendo ser retirada e nem perdida, sendo independente até mesmo da própria razão (BARROSO, 2010). Em relação ao valor intrínseco da pessoa humana no contexto jurídico, segundo Barroso (2010, p. 22), “o valor intrínseco da pessoa humana impõe a inviolabilidade de sua dignidade e está na origem de uma série de direitos fundamentais”.

A inviolabilidade de direitos fundamentais, tais como o direito à vida, à igualdade, à integridade física e à integridade moral ou psíquica, decorre diretamente do valor intrínseco da dignidade da pessoa humana, ou seja, são direitos inerentes ao ser humano, independentemente de sua condição cultural, social, econômica, histórica ou religiosa.

A autonomia da vontade consiste no elemento ético da dignidade. É determinada pelo respeito à capacidade das pessoas de se autorregular, bem como de ver respeitada suas escolhas, mesmo que estas entrem em conflito com as recomendações de seus médicos (VAUGHN, 2013, p. 180). Ana Paula de Barcellos (2002, p. 223) conceitua que a autonomia da vontade “é justamente o poder de realizar escolhas livremente, partindo de valorações morais próprias, isentas de interferências externas”.

A dignidade no contexto da autonomia está relacionada à autodeterminação, ou seja, ao direito de decidir os rumos de sua vida e de desenvolver a sua personalidade, sem imposições externas indevidas. Assim, qualquer imposição ou subtração de opções personalíssimas do indivíduo viola a sua dignidade, posto que ofende a sua autonomia.

Em relação ao plano jurídico da autonomia da vontade como elemento da dignidade da pessoa humana, segundo Luís Roberto Barroso (2010, p. 24), esta possui uma dimensão privada e outra pública. A dignidade, no plano dos direitos individuais, manifesta-se como a autonomia privada, que consiste no direito de autodeterminação sem interferências externas, porém este deve vir acompanhado das possibilidades objetivas de se tomar decisões. Já a dignidade, no plano dos direitos políticos, expressa-se como autonomia pública, que é o direito de participar do processo democrático, sendo a possibilidade de participação política de todos, com a tomada de decisão, o debate público e a organização social.

O contexto deste trabalho, portanto, está relacionado à autonomia privada, com a possibilidade de o paciente ter respeitada a sua vontade no momento da morte, de escolher a forma, o modo e o tempo de morrer. No que se refere à autodeterminação, alguns doutrinadores determinam, também, como requisito da autonomia, a ausência de um controle interno, ou melhor, a ausência de coação interna – como a dor, sofrimento, medo, depressão e seus próprios valores – que possa influenciar a vontade do paciente, fazendo com que este tome decisões contrárias aos seus próprios valores (BELTRÃO, 2016).

Destarte, a autonomia da vontade, para ser fidedigna, deve ser livre e real, sem influência de valores externos ao indivíduo, como a vontade de terceiros, ao senso comum da sociedade e também livre de influência interna transitiva do próprio indivíduo, como a dor, o medo, a depressão. A autonomia da vontade deve expressar a real vontade do paciente.

O último conteúdo do desdobramento do conceito da dignidade da pessoa humana a ser discutido, é o do valor comunitário, que está ligado ao elemento social da dignidade, e corresponde à inter-relação entre o indivíduo e o grupo ao qual ele pertence. Segundo Carolina Gladyer Rabelo e Thais Castelli (2016, p. 169), este consiste no estreitamento da liberdade do indivíduo, moldando o limite de sua liberdade, tendo como foco central a dignidade como forma de sua proteção contra os atos do próprio sistema social no qual está inserido, proteção de direitos de terceiros e de valores sociais.

Neste caso, o que está em questão não é a escolha individual, mas, sim, as consequências dessas escolhas nos valores da sociedade. Consiste, portanto, muito mais em restrições à liberdade individual do que na sua promoção. Dispõe Oscar Vilhena Vieira (2006, p. 365) que “a dignidade, por essa vertente, não tem na liberdade seu componente central, mas, ao revés, é a dignidade que molda o conteúdo e o limite da liberdade”.

A restrição da liberdade, descrita anteriormente, visa à proteção do próprio sujeito e é definida com base em valores compartilhados da sociedade. Em alguns casos, é legítima a restrição à autonomia privada para preservar os direitos de terceiros ou diante da imposição de determinados valores sociais. Conforme determina Luís Roberto Barroso (2010, p. 30), porém, nestes casos é preciso levar em consideração “a) a existência ou não de um direito fundamental em questão; b) a existência de consenso social forte em relação ao tema; e c) a existência de risco efetivo para o direito de outras pessoas”.

Apesar da dignidade do indivíduo não poder ser suprimida, seja pela própria ação deste ou de terceiros, alguns aspectos relevantes da dignidade em determinadas situações poderão ser paralisados. No caso da eutanásia no Brasil, no contexto histórico atual, a dignidade individual está sendo suprimida em razão da existência de consenso social forte em relação ao tema eutanásia, pois a eutanásia encontra-se na contramão da vontade de grande parte da sociedade. Desta forma, a dignidade, concretizada pela autonomia da vontade, acaba por ser abreviada em detrimento da vontade e do consenso da sociedade.

3 ASPECTOS LEGAIS E BIOÉTICOS DA EUTANÁSIA

A visão atual da sociedade, em relação à morte, não é caracterizada como um processo natural do ciclo da vida, mas, sim, é considerada um fracasso, impotência, sendo, por muitas vezes, evitada, ocultada, mantida em silêncio. A morte necessita, portanto, de uma proteção jurídica, pois o envelhecimento progressivo e gradual da população, o aumento de registro de doenças característica das idades avançadas e o avanço de tratamentos para pacientes terminais, fazem com que emergam questões em relação à forma e o momento de morrer.

Estas questões não estão relacionadas apenas com decisões de cunho patrimonial, mas, sobretudo, questões sobre a dignidade humana (MENDONÇA; SILVA, 2014, p. 169). Parte integrante da vida, a morte deve vir acompanhada de dignidade, ou seja, é preciso que se busque uma morte digna, livre de sofrimento, acompanhada de compaixão, acolhimento e de respeito à autonomia da vontade. A vida não deve ser uma obrigação, mas uma opção. É preciso resguardar e respeitar a opção do indivíduo em relação à forma de sua morte, buscando uma morte digna.

Diante deste contexto, é imprescindível considerações acerca da eutanásia, uma forma de intervenção muito conhecida no âmbito da área jurídica e da saúde. O termo eutanásia foi proposto por Francis Bacon em 1623 em sua obra “*Historia vitae et mortis*”, como sendo um “tratamento adequado às doenças incuráveis” (SILVA, 2013, p. 348); tem o significado literal de “boa morte”, que corresponde a um passamento sem dor e sem sofrimento (SIQUEIRA-BATISTA; SCHRAMM, 2004, p. 858).

É caracterizada quando o paciente, acometido por uma doença incurável, que o impossibilite a ter as condições mínimas de uma vida digna, decide por antecipar a sua morte, solicitando a terceiro que o faça, com o intuito de evitar sofrimentos e dores físicas e psicológicas que a doença ou a sua condição física trariam caso a vida fosse mantida (BOMTEMPO, 2011, p. 171).

O entendimento de Katia Torres Batista *et al.* (2009, p. 56) é de que o termo tem como significado a morte indolor, sem sofrimento, sem o prolongamento desnecessário. Atualmente, é entendida como uma prática para abreviar a vida, a fim de aliviar ou evitar sofrimento para os pacientes, buscando a qualidade nos últimos momentos de vida, isto é, a morte digna. A eutanásia está diretamente ligada ao não sofrimento na hora da morte – seja sofrimento físico ou psicológico – e à promoção de uma morte indolor, que seja acompanhada de qualidade de vida e que se tenha o respeito à autonomia da vontade do paciente que está passando por este momento.

Outra questão importante é a definição de situações distintas agrupadas no conceito genérico de eutanásia. A eutanásia pode ser classificada em relação ao ato em si e em quanto ao consentimento do enfermo.

No que se refere ao ato em si, a eutanásia pode ser classificada como: eutanásia ativa, que consiste na ação deliberada de provocar a morte, visando o fim do sofrimento por fins humanitário; a eutanásia passiva, definida pela não realização de uma ação propositalmente, com o intuito de evitar a perpetuação da sobrevida; e a eutanásia de duplo efeito, que decorre da ação de evitar a dor do paciente, mas a consequência desta ação é a aceleração da morte (SIQUEIRA-BATISTA; SCHRAMM, 2005, p. 113).

Já, em relação ao consentimento do enfermo, a eutanásia é dividida em: eutanásia voluntária ou suicídio assistido, que é quando a vontade de realizar a eutanásia decorre do próprio paciente; a eutanásia involuntária ou o homicídio propriamente dito, que ocorre quando o ato é realizado contra a vontade do paciente; e a eutanásia não voluntária, quando a ação de abreviar a vida é tomada sem ter o conhecimento de qual era a vontade do paciente (SIQUEIRA-BATISTA; SCHRAMM, 2005, p. 113-114).

Diante da conceituação da eutanásia e de esta ser considerada um tema polêmico com diversas opiniões sobre o assunto, é essencial analisar a legalidade da eutanásia no Brasil e o seu contexto no âmbito mundial. O Código Penal brasileiro não trouxe regramento jurídico para a eutanásia, sendo esta, portanto, ilegal no Brasil.

Assim, todos os modos de eutanásia no Brasil enquadram-se, em regra, como homicídio (artigo 121 do Código Penal), com a possibilidade de diminuição de pena, de um sexto a um terço, por motivo de relevante valor social e moral. Há países, porém, em que a eutanásia é executada de forma legal, como a Suíça e a Bélgica. O debate internacional sobre a eutanásia ganha destaque diante da importância do tema e a inexistência de soluções prontas, emergindo a necessidade de regularizá-la e evitar o sofrimento do paciente.

Nos últimos anos, o debate sobre eutanásia teve um crescimento significativo nos países ocidentais. De acordo com a Revista *The Economist* (2015, p. 16), em uma pesquisa realizada com 15 países, apenas em dois – Polônia e Rússia – os entrevistados foram contra a prática de eutanásia. Seguindo estes países, nos Estados Unidos mais de três quintos dos entrevistados são favoráveis à eutanásia. Ainda, em 2015, leis dos países da África do Sul, Alemanha e Canadá foram aprovadas permitindo a prática da eutanásia. Assim, esta prática vem sendo admitida e aceita pela sociedade de diversos países.

Em contrassenso, no Brasil, segundo pesquisa publicada no Jornal Folha de São Paulo em 8 de abril de 2007 pelo DataFolha, 57% dos entrevistados são contra a eutanásia, 36% são a favor, 2% se mostraram indiferentes e 5% não souberam responder (EUTANÁSIA, 2007). Esta divergência pode estar relacionada pelo forte respaldo religioso que existe no Brasil. Observe o que discorre Carmela Marcuzzo do Canto Cavalheiro (2016, p. 6) sobre o tema:

O debate sobre a eutanásia em âmbito nacional ainda encontra forte respaldo religioso, sendo o tema morte considerado tabu por parte da sociedade civil. Para os oponentes da eutanásia, a vida seria sagrada e, por esta razão, haveria a impossibilidade de intervenção humana sobre este bem maior. De acordo com esta corrente, discutir a eutanásia seria inviável, pois o fim da vida só deve ser determinado por Deus. Para este argumento não há como debater procedimentos de eutanásia ou suicídio assistido, tendo em vista a impossibilidade de controle sobre algo inerente à uma força maior.

Resta evidente que, no Brasil, temos a autonomia da vontade e a dignidade humana – como fonte favorável à eutanásia – em conflito com o forte respaldo religioso, o direito à vida e o direito à saúde – como fonte desfavorável à eutanásia.

É imprescindível a discussão sobre a eutanásia no Brasil, pois é a partir desta que se concretizam as ideias, podendo estabelecer os pontos favoráveis e desfavoráveis para a sua legalização. Na próxima seção será discutido sobre a capacidade de o paciente consentir no momento de expressar a sua vontade, ou seja, se a vontade expressa pelo paciente corresponde a sua real vontade.

4 A AUTONOMIA DA VONTADE DO PACIENTE E A CAPACIDADE DE CONSENTIR

Diante da necessidade de regulamentação e legalização da eutanásia como forma de garantir a dignidade da pessoa humana, por meio do respeito à autonomia da vontade, a princípio é necessário analisar os aspectos da autonomia da vontade, ou seja, é preciso investigar a validade e a fidedignidade da manifestação de vontade expressa pelo paciente. Para a autonomia da vontade ser respeitada em sua integralidade, o paciente deve estar com a sua capacidade de consentir íntegra, além de não estar submetido a qualquer coação irresistível.

O paciente, para ter a condição de escolher o seu tratamento ou escolher a conduta de saúde a que será submetido, seguindo o seu próprio plano de vida, deve ser informado sobre as possibilidades que podem ser tomadas e as possíveis intervenções, bem como estar ciente das informações necessárias sobre a doença que o acomete e, ainda, ter todas as suas dúvidas sanadas, para, somente assim, tomar sua decisão de forma consciente. Silvio Romero Beltrão (2016) determina que

[...] para que o consentimento e a recusa sejam válidos, devem ser baseados na compreensão da situação que se apresenta e devem ser voluntários, pois esse direito está baseado no princípio do respeito à autonomia (p. 101).

É preciso que o paciente seja informado da doença que o acomete e que tenha todas as suas dúvidas sanadas, pois só assim terá condição de escolher qual o tratamento e conduta a que deseja ser submetido em determinado momento. O próprio Código de Ética Médica estabelece que é vedado ao médico deixar de informar para o paciente o seu diagnóstico, prognóstico e os objetivos do tratamento; observe:

É vedado ao médico: Art. 34 Deixar de informar ao paciente o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e os objetivos do tratamento, salvo quando a comunicação direta possa lhe provocar dano, devendo, nesse caso, fazer a comunicação a seu representante legal (CFM, 2018).

Verifica-se a relação entre o Código de Ética Médica e o que estabelece Silvio Romero Beltrão (2016, p. 101), de que é necessária a compreensão da situação para se ter um respeito à autonomia da vontade e à vedação ao médico de deixar de prestar informação ao paciente. Da mesma forma, Marcos Bernardes de Mello (2004, p. 22) determina que, para a vontade da pessoa não estar viciada por fatores externos ou internos que influencie sua decisão, é preciso que sua vontade seja baseada na exata noção da realidade dos fatos ou circunstâncias, de modo que o paciente deva estar informado de suas condições de saúde para, assim, tomar uma decisão mais próxima da realidade.

Tendo em vista as condições e circunstâncias em que o paciente toma a sua decisão, é necessário analisar se ele possui capacidade de consentir. A capacidade para o exercício de um direito encontra-se no Código Civil, porém a capacidade para escolher o tratamento médico é mais complexa que a para realizar uma determinada negociação; é preciso uma capacidade especial (PEREIRA, 2004, p. 149).

Além da capacidade de fato, da Teoria Geral do Direito Civil, de tomar decisões necessárias em sua vida por si só como sujeito de obrigação e deveres, é preciso, também, que o paciente tenha a capacidade de tomar decisões acerca das intervenções médicas (PEREIRA, 2004, p. 148). A análise desta capacidade é realizada pelo próprio médico, tendo em vista a condição psicológica, física, mental e as circunstâncias em que o paciente está inserido (BELTRÃO, 2016, p. 106).

O profissional, para verificar a capacidade do paciente em tomar decisões acerca das intervenções médicas, deve analisar se o paciente não se encontra diante de uma dor insuportável ou se está acometido por medo relevante que o impeça de expressar sua vontade, ou seja, é preciso analisar se o paciente encontra-se em estado de vulnerabilidade que o impeça de expressar sua real vontade acerca da conduta a ser tomada. A angústia de um diagnóstico, que confirma uma patologia, dificulta assertivas categóricas e incontestáveis quanto à racionalidade e, conseqüentemente, quando à competência (AZEVEDO; LIGIERA, 2012, p. 184).

Assim, a autonomia da vontade, para ser real, deve ser livre de qualquer interferência interna ou externa do paciente, ou seja, não pode ser expressa tomando por base a opinião de terceiros, ou, até mesmo, um sentimento interno de medo ou dor do próprio paciente. O médico deve explicar para o paciente a sua condição e sanar todas as dúvidas, e, além disso, é necessário analisar as condições do paciente para verificar se este tem capacidade de expressar sua real vontade independente de qualquer interferência.

Levando em consideração o exposto, a dignidade do paciente somente será respeitada quando for respeitada a autonomia da vontade dele, e que a vontade expressa por ele corresponder à sua vontade real, sem interferência de qualquer fator interno ou externo.

5 CONCLUSÃO

Apesar dos avanços tecnológico do século 20 trazerem benefícios para condutas e práticas médicas, ocasionaram, também, um prolongamento do processo de morrer, muitas vezes não sendo respeitados os princípios da dignidade da pessoa humana e da autonomia da von-

tade. É necessário que a dignidade do paciente prevaleça sobre qualquer progresso científico ou tecnológico. O conceito da dignidade da pessoa humana é influenciado por questões históricas, políticas, religiosas e culturais, e está atrelado a três conteúdos, quais sejam: valor intrínseco da pessoa humana, autonomia da vontade e valor comunitário. Cabe destacar que a autonomia da vontade está adstrita ao conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana.

A autonomia da vontade corresponde ao elemento ético da dignidade, e compreende a capacidade das pessoas de autorregular-se e se autodeterminarem, ou seja, de ter respeitadas suas escolhas mesmo quando estas entrem em conflito com as recomendações de seus médicos. A visão de morte, para a sociedade atual, é considerada um fracasso, uma impotência, sendo evitada a qualquer custo. A morte precisa, portanto, de uma proteção jurídica, pois está diretamente ligada com a dignidade humana. É necessário resguardar e respeitar a opção do paciente em relação à forma e o modo de sua morte, para, assim, se ter uma morte digna.

A eutanásia consiste, justamente, na morte indolor, sem sofrimento, sem prolongamento desnecessário. É a prática de abreviar a vida, buscando a qualidade de vida nos últimos momentos, a morte digna. Para alcançá-la, é preciso o respeito à autonomia da vontade do paciente e, conseqüentemente, a sua dignidade humana. O Código Penal brasileiro não trouxe regramento jurídico para a eutanásia, sendo, portanto, ilegal no Brasil, tendo em vista o grande respaldo religioso na sociedade em âmbito nacional. Há países, porém, em que a eutanásia é executada de forma legal, como a Suíça e a Bélgica.

No Brasil, o que se observa no ordenamento jurídico é que é previsto o direito à vida e não o dever de viver, porém com a não aceitação da legalidade da eutanásia passa-se a ter um dever de viver, não se tendo respeito à autonomia da vontade, à dignidade humana e à liberdade da pessoa. Ora, uma pessoa não pode ser obrigada a permanecer em vida se esta não corresponde à sua vontade.

Outro aspecto importante de destacar é que o Brasil é considerado um Estado laico, ou seja, está em uma posição neutra no campo religioso, portanto é inadmissível negar a legalização da eutanásia com base no respaldo religioso, posto que, da mesma forma que há a liberdade de crença em que a pessoa pode acreditar no que desejar, há também a liberdade de não crença, proporcionando a possibilidade de a pessoa decidir sobre a sua própria morte. É preciso deixar claro que com a legalização da eutanásia o paciente não vai ser obrigado a utilizar desse instituto, mas, sim, isso vai proporcionar a ele um direito subjetivo de escolha sobre querer ou não realizar a eutanásia, devendo sempre ser respeitada a vontade do paciente.

A eutanásia deve ser legalizada como um direito, tendo como referência algumas circunstâncias e preenchendo determinados requisitos, como: que seja um pedido voluntário, que o seu sofrimento seja insuportável, que não haja outra solução para cessar este sofrimento, que ele tenha o conhecimento sobre a sua real condição e suas expectativas de futuro, que seja consultado por mais de um profissional, e que a eutanásia seja realizada com o máximo de cuidado.

Um dos requisitos que deve ser analisado com cautela é o pedido voluntário. É preciso investigar a validade e a fidedignidade da manifestação de vontade expressa pelo paciente. Este deve estar com a sua capacidade de consentir íntegra, além de não estar submetido a qualquer coação irresistível. A decisão do paciente, portanto, deve ser real, sem qualquer interferência interna ou externa a ele.

Seguindo as circunstâncias e os requisitos citados, é possível a legalização da eutanásia como forma de garantia dos direitos fundamentais relacionados ao fim da vida, como a dignidade da pessoa humana, a autonomia da vontade e a liberdade. Se, porém, não forem observados os requisitos mencionados, a legalização da eutanásia estaria ligada diretamente à legalização do suicídio, não sendo a essência do instituto.

Destaca-se que é importante a fiscalização deste instituto após a sua legalização para coibir eventuais deturpações de condutas. Além do mais, a possibilidade de ocorrer um eventual desvirtuamento de conduta não se mostra suficiente para impedir a legalização deste instituto. A partir da legalização da eutanásia, portanto, é necessário que exista uma fiscalização em relação ao cumprimento dos requisitos de admissibilidade em sua execução, com o intuito de que o objetivo do instituto não seja desviado.

6 REFERÊNCIAS

- BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- BARROSO Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação*. Versão provisória para debate público. Mimeografado, 2010.
- BATISTA, Katia Torres; BARRETO, F. Sandra C.; MIRANDA, Alexandre; GARRAFA Volnei. Reflexões bioéticas nos dilemas do fim da vida. *Brasília Médica*, v. 46, n. 1, p. 54-62, 2009.
- BELTRÃO, Silvio Romero. Autonomia da vontade do paciente e capacidade para consentir: uma reflexão sobre a coação irresistível. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v. 17, n. 2, p. 98-116, 2016.
- BOMTEMPO, Tiago Vieira. A Ortotanásia e o Direito de morrer com dignidade: uma análise constitucional. *Revista Internacional de Direito e Cidadania*, n. 9, 2011.
- BOUDREAU, J.; SOMERVILLE, M. "Euthanasia and assisted suicide: a physician's and ethicist's perspectives". *Medical and Bioethics*, v. 4, p. 1-12, 2014.
- CAVALHEIRO, Carmela Marcuzzo do Canto. A tolerância da eutanásia nos países baixos e o debate no Brasil: aspectos jurídicos. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, v. 126, p. 15-36, 2016.
- CFM. Conselho Federal de Medicina. Código de Ética Médica. *Resolução CFM nº 2.217/2018*. Brasília. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2018/2217>. Acesso em: 28. dez. 2018.
- DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do Biodireito*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- EUTANÁSIA é reprovada por 57% da população, aponta pesquisa. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, abr. 2007. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/folha/brasil/ult96u90994.shtml>. Acesso em: 28 dez. 2018.
- KANT, Immanuel. *Fundamentação metafísica dos costumes*. Tradução Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2005.
- MACHADO, Karina Dias Guedes; PESSINI, Leo; HOSSNE William Saad. A formação em cuidados paliativos da equipe que atua em unidade de terapia intensiva: um olhar da bioética. *Revista Bioethikos*, Centro Universitário São Camilo, v. 1, n. 1, p. 34-42, 2007.
- MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- MENDONÇA, Márcia Helena; SILVA, Marco Antonio Monteiro da. Vida, dignidade e morte: cidadania e mistanásia. *Iusgentium*, Edição Extra, v. 9, n. 6, 2014.
- MURPHY, S.; GENUIS, J. Freedom of Conscience in Health Care: Distinctions and Limits. *Bioethical Inquiry*, v. 10, p. 347-354, 2013.
- PEREIRA, Andre Goncalo Dias. *O consentimento informado na relação médico-paciente*. Coimbra: Coimbra, 2004.
- PERUZZO JÚNIOR, Léo. Autonomia, cuidado e respeito: o debate sobre o prolongamento assistido da vida. *Revista de Bioética y Derecho*, v. 39, p. 121-134, 2017.
- RABELO, Carolina Gladyer; CASTELLI, Thais. Direito de morrer com dignidade: proteção à luz do direito internacional e nacional. *Revista Interdisciplinar de Direitos Humanos*, Bauru, v. 4, n. 2, p. 161-182, jul./dez. 2016.
- SARDINHA, Edson. Maioria é contra legalização da eutanásia, diz Datafolha. *UOL*. Congresso em Foco. São Paulo, 8 abr. 2007. Disponível em: <https://congressoemfoco.uol.com.br/especial/noticias/maioria-e-contra-legalizacao-da-eutanasia-diz-datafolha/>. Acesso em: 28 dez. 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SILVA, Sergio Gomes da. Eutanásia, finitude e biopolítica. *Revista Mal-estar e Subjetividade*, v. 8, n. 1-2, p. 331-368, mar./jun. 2013.

SIQUEIRA-BATISTA, Rodrigo; SCHRAMM, Fermin Roland. A filosofia de Platão e o debate bioético sobre o fim da vida: interseções no campo da Saúde Pública. *Cadernos de Saúde Pública*, v. 20, p. 855-865, 2004.

SIQUEIRA-BATISTA, Rodrigo; SCHRAMM, Fermin Roland. Conversações sobre a “boa morte”: o debate bioético acerca da eutanásia. *Cadernos de Saúde Pública*, v. 21, n. 1, p. 111-119, jan./fev. 2005.

SZTAJN, Rachel. Reflexões sobre o consentimento informado. In: AZEVEDO, Alvaro Villaca; LIGIERA, Wilson Ricardo (coord.). *Direitos do paciente*. São Paulo: Saraiva, 2012.

THE ECONOMIST. *Campaigns to let doctors help the suffering and terminally ill to die are gathering momentum across the West*, London: The Economist Newspaper Limited, v. 415, n. 8.944, June 27th 2015.

VAUGHN, Lewins. *Bioethics, principles, issues and cases*. 2. ed. New York: Oxford University Press, 2013.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Direitos fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF*, São Paulo: Malheiros, 2006.

<http://dx.doi.org/10.21527/2317-5389.2020.15.108-119>

O Acesso à Justiça em Ponta Grossa-PR: Um Olhar a Partir dos Relatórios da CIDH Sobre Acesso à Justiça no Brasil

Andressa Pacenko Malucelli

Graduação em Direito pela Universidade Estadual de Ponta Grossa (UEPG). Mestrado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR). Doutoranda em Ciências Sociais Aplicadas na UEPG. Professora na Graduação do curso de Direito da Universidade Estadual de Ponta Grossa e supervisora do Projeto de Extensão Núcleo Maria da Penha (Numape) e Projeto de Pesquisa O direito das famílias, os novos arranjos familiares da pós-modernidade e seus reflexos na seara cível. <http://lattes.cnpq.br/8868566295454338>.
<https://orcid.org/0000-0002-1006-0838>. andressapacenko@hotmail.com

Julia Maria Milanese Buffara

Graduação em Direito e Especialização em Direito Processual Civil pela Universidade Estadual de Ponta Grossa. Mestrado em Direito Econômico e Social pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Professora na Universidade Estadual de Ponta Grossa, com tempo integral e dedicação exclusiva. Supervisora no Projeto de Pesquisa Mecanismos de Efetivação dos Direitos Fundamentais. Supervisora no Projeto de Extensão Núcleo Maria da Penha (Numape) e Doutoranda no Programa de Pós-Graduação Interdisciplinar em Desenvolvimento Comunitário da Unicentro, PR. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Público. <http://lattes.cnpq.br/6754139486444339>.
<https://orcid.org/0000-0003-3874-418X>. milanesebuffara@gmail.com

Dircéia Moreira

Graduação em Direito pela Universidade Estadual de Ponta Grossa (UEPG). Mestrado em Direito das Relações Sociais e doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Docente do Centro de Ensino Superior dos Campos Gerais e adjunta da Universidade Estadual de Ponta Grossa. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Penal, atuando principalmente nos seguintes temas: adolescente egresso do sistema socioeducativo, políticas públicas, família e cidadania. <http://lattes.cnpq.br/4448502240593013>.
<https://orcid.org/0000-0001-6203-0246>. dirceiam@uol.com.br

RESUMO

Nos Estados latino-americanos, marcados majoritariamente por profunda desigualdade social, o acesso à justiça reveste-se de especial importância, uma vez que é principalmente por meio dele que se busca a efetivação dos demais direitos humanos. Com este trabalho objetivou-se analisar os relatórios de mérito emanados da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), em que o Brasil foi parte, para evidenciar sob quais fundamentos há violação do acesso à justiça neste país. Partindo desta reflexão, correlacionaram-se os resultados de pesquisa feita pelo Núcleo de Pesquisa em Direitos Humanos, Estado e Políticas Públicas do Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais Aplicadas da Universidade Estadual de Ponta Grossa. A referida pesquisa desenvolveu-se de forma mista (quantitativa e qualitativa), de agosto a novembro de 2018, sendo um estudo de caso, pelo qual coletaram-se dados sobre ações, projetos ou programas existentes em Ponta Grossa-PR que proporcionam acesso à justiça à população local. Neste trabalho adotou-se o método dedutivo. Os procedimentos metodológicos foram pesquisa bibliográfica, documental e formulário de entrevista. Dos relatórios analisados, constatou-se que a violação do acesso à justiça, suscitada perante a CIDH, refere-se primordialmente a homicídios consumados ou tentados, praticados majoritariamente por policiais, sob a predominância de dois fundamentos: morosidade de tramitação processual e falha na coleta de provas. No que se refere à pesquisa desenvolvida em Ponta Grossa, verificou-se inexistência de qualquer ação, projeto ou programa que vise a coibir as violações apuradas nos relatórios. Concluiu-se pela necessidade de criação de mecanismos eficazes para coibição dessas práticas, bem como superação de profundas desigualdades políticas e sociais.

Palavras-chave: Acesso à justiça. Violação. Relatórios de mérito. Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

THE ACCESS TO JUSTICE IN PONTA GROSSA-PR: AN INSIGHT BASED ON THE IACHR REPORTS ON THE ACCESS TO JUSTICE IN BRAZIL

ABSTRACT

In Latin-American countries, all greatly marked by social inequality, the access to justice is of substantial importance, due to the fact that it is the only mean to ensure an effective implementation of the Human Rights guidelines. This paper aims to analyze the merits reports issued by the Inter-American Commission on Human Rights (IACHR) in which Brazil was a part of, in order to point out the breaches in the process of access to justice in the aforementioned country. In view of this analysis, the research results from the Human Rights, State and Public Policies Research Center of the Ponta Grossa-PR State University Postgraduate Program in Applied Social Sciences were correlated. The research was developed both in quantitative and qualitative molds, from august to november 2018; it is a case study in which data on programs aimed to facilitate the access to justice by the locals in Ponta Grossa were

collected and analyzed. This work was performed by the guidelines of a deductive approach. Interview forms, bibliographic and documental research were the methodological procedures to develop this paper. The analyzed data from the IACHR reports showed that the breaches in the access to justice mainly refer to manslaughter and assault with the attempt to commit murder performed mostly by police officers. In these situations, two aspects prevailed: slowness in the procedural steps and flaws in the process of evidence gathering. The research made in Ponta Grossa showed that there are no programs aimed to decrease the breaches found in the reports. In conclusion, the elaboration of effective means to decrease these breaches is extremely necessary, as it is to overcome any and all of the social and political inequality caused by those breaches.

Keywords: Access to justice. Breach. Merits reports. Inter-American Commission on Human Rights.

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 Problema. 3 Metodologia. 4 Resultados e discussão. 5 Considerações finais. 6 Referências.

Recebido em: 31/7/2019

Aceito em: 22/10/2019

1 INTRODUÇÃO

O acesso à justiça é um direito humano fundamental, reconhecido ao longo do tempo em diversos tratados internacionais, como no artigo 18 da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem de 1948; no artigo 8º da Declaração Universal dos Direitos Humanos do mesmo ano, no artigo 2º do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966, no artigo 8º da Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969, entre outros. Muitos eventos contribuíram para se chegar a esse estado de reconhecimento, posto que na Europa, segundo Boaventura de Sousa Santos (1999, p. 146), a questão do acesso explodiu no pós-guerra, quando, após estudos sociológicos, se concluiu que obstáculos econômicos, sociais e culturais impediam o acesso efetivo da população à justiça.

Já na América Latina¹ ele passou a ter relevância na década de 80 com a estabilização política e econômica ocorrida em muitos países. Como consequência desse evento, sobreveio a análise do sistema de justiça que à época vigorava e a discussão sobre os problemas que dificultavam o acesso à justiça da população. Esta análise, preconizada principalmente nos estudos de Boaventura de Sousa Santos (2011, p. 4), ficou explicitada em sua obra “Para uma revolução democrática da justiça” que foi fruto de uma palestra proferida no Brasil em 2007, com o tema “Democratização do acesso à justiça”, que apontou necessária ampliação do acesso à justiça nos países integrantes da América Latina, tendo em vista a grande lentidão no tratamento dos processos, a dificuldade de acesso e, sobretudo, a baixa confiança da população no Judiciário.

Delimitados os problemas, com a participação de vários organismos internacionais, entre eles o Banco Mundial, reformas judiciais foram organizadas e restaram criadas na América Latina novas instituições que tinham por objetivo estender o acesso ao Poder Judiciário da

¹ A ONU classifica os Grupos Regionais das Nações Unidas dos Estados Membros e inclui a América Latina no Grupo Latino-Americano e Caribenho (Grulac), que é formado pelos seguintes países: Antígua e Barbuda, Argentina, Bahamas, Barbados, Belize, Bolívia (Estado Plurinacional de), Brasil, Chile, Colômbia, Costa Rica, Cuba, Dominica, República Dominicana, Equador, El Salvador, Granada, Guatemala, Guiana, Haiti, Honduras, Jamaica, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, São Cristóvão e Névis, Santa Lúcia, São Vicente e Granadinas, Suriname, Trinidad e Tobago, Uruguai e Venezuela (República Bolivariana da). Disponível em: <http://www.un.org/depts/DGACM/RegionalGroups.shtml>. Acesso em: 26 jan. 2019.

população economicamente desfavorecida, por meio de uma justiça baseada em princípios como celeridade, informalidade, oralidade, conciliação e gratuidade para os necessitados. Foram criados no Brasil, por exemplo, os Juizados de Pequenas Causas.

Em que pese novas diretrizes tenham sido adotadas e mudanças legislativas tenham sido instituídas para se proporcionar um efetivo acesso à justiça à população, muito há que ser feito ainda no Brasil, consoante ver-se-á adiante.

2 PROBLEMA

Nos estados latino-americanos, marcados, em sua maioria, por profunda desigualdade social, o acesso à justiça reveste-se de especial importância, uma vez que, por meio dele, tutelam-se todos os demais direitos. De acordo com Boaventura de Sousa Santos (1999, p. 146),

a consagração constitucional dos novos direitos econômicos e sociais e a sua expansão paralela à do Estado-Providência transformou o direito ao acesso efetivo à justiça num direito charneira, um direito cuja denegação acarretaria a de todos os demais.

Hannah Arendt (1989, p. 332), por sua vez, observa que o “direito fundamental de cada indivíduo, antes de qualquer direito enumerado em declarações, é o direito a ter direitos, isto é, o direito de pertencer a uma comunidade disposta e capaz de garantir-lhe qualquer direito.”

Acesso à justiça, portanto, assegura a dignidade da pessoa humana, sendo expressão de Estado Democrático e condição fundamental para o exercício da cidadania. Diante disso, valendo-se de políticas públicas adequadas, um estado deve garanti-lo à sua população. Isso, no entanto, não significa proporcionar às pessoas a trivial assistência judiciária, ou o mero acesso ao Poder Judiciário por meio do exercício do direito de ação, mas, sim, um acesso inclusivo, efetivo, pleno e humanizado à ordem jurídica, justa e em todas as suas possíveis formas. Nestes termos, pode-se afirmar que o acesso à justiça é meio eficaz para a emancipação do homem.

No Brasil, o acesso à justiça, hoje, está previsto no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988. Observa-se, ainda, que todas as constituições brasileiras garantiram aos cidadãos a via judiciária, contudo, de acordo com o suprarreferido, é importante colacionar observação feita por Marlise Matos (2010/2011, p. 13-14) em trabalho vinculado ao Centro de Estudos Sociais América Latina (CES-AL), Observatório da Justiça Brasileira, que assim se manifesta:

Parece-nos, contudo, ilusória a simples garantia formal, abstrata e universal do acesso ao Judiciário, quando tantos são os obstáculos que se interpõem à efetiva reparação aos direitos violados no Brasil. Entende-se que tal garantia constitucional somente se aperfeiçoará se, além de não haver exclusão legal da apreciação judicial, isto é, se além da garantia formal de não ser excluído da apreciação do Judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito, ocorrer a real reparação do direito violado, ou o impedimento que a ameaça ao direito se concretize. Isto é, que haja acesso à justiça e, posteriormente, seja conferida eficácia à decisão judicial. Cabe mencionar aqui uma precisão conceitual que nos é importante: a diferenciação entre “acesso à justiça” e “acesso ao sistema jurídico”. Acessar o sistema jurídico refere-se exclusivamente a um tipo de acesso apenas formal, como ingressar com um processo etc. O “acesso à justiça” como o estamos tratando aqui é mais

complexo e amplo do que tal dimensão formal e pode, inclusive, ser realizado por meios não jurídicos e diz não só do processo/procedimento, mas também daqueles que seriam (ou deveriam ser) os seus principais resultados.

O acesso à justiça enquanto direito humano, como anotado anteriormente, recebeu tutela internacional. Piovesan e Ikawa (2007, p. 309) observam que: “Desde o pós-guerra, os direitos humanos passam a constituir tema de legítimo interesse da comunidade internacional, em crescente processo de internacionalização.” As mesmas autoras (2007, p. 309) ponderam que, na esfera global, existem vários tratados sobre a temática no âmbito na Organização das Nações Unidas – ONU –, em que Comitês instituídos pelos próprios tratados, enquanto órgãos políticos, e, por vezes quase-judiciais, monitoram o cumprimento dos direitos preconizados em ditos documentos.

De forma diversa do sistema global, os sistemas regionais de proteção aos direitos humanos têm revelado peculiares experiências na forma de operar a proteção destes direitos, criando Comissões e Cortes, como é o caso do Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

Instituído pela Organização dos Estados Americanos (OEA) – fundada no ano de 1948, atualmente com 35 países membros, dentre eles o Brasil –, o Sistema Interamericano de Direitos Humanos foi criado baseado em dois principais diplomas: a Carta da OEA e a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH). Calcada em tais documentos, em 1960 a OEA estabeleceu a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (MINISTÉRIO..., 2010, p. 73).

A Comissão Interamericana, antes da entrada em vigor da CADH, tinha como funções receber petições individuais contendo denúncias de violações de direitos, bem como realizar estudos e investigações nos Estados membros (MINISTÉRIO..., 2010, p. 73). Com a aprovação da CADH em 1969 – e vigência a partir de 1978 – são consagrados dois órgãos para a proteção dos direitos humanos: a Comissão e a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

A Comissão, então, na promoção e defesa dos direitos humanos no continente americano, passa a dispor de vários instrumentos, podendo, por exemplo, apresentar aos governos dos Estados-Membros recomendações de medidas progressivas em prol dos direitos humanos, conduzir investigações presenciais em um Estado-Membro, preparar relatórios dos Estados e enviar missões de “observadores” (CONVENÇÃO..., 1969, artigo 41). Do mesmo modo, está habilitada a receber petições individuais, que podem ser encaminhadas até mesmo por pessoas que não sejam as vítimas da violação do direito suscitado (CONVENÇÃO..., 1969, artigo 44). Ainda, ela é destinatária de queixas facultativas dos Estados, para o que estes devem entregar uma declaração, adicionalmente à ratificação, com a qual reconheçam a competência da Comissão para procedimentos intergovernamentais (CONVENÇÃO..., 1969, artigo 45).

Por conseguinte, a violação de um direito proclamado na CADH, ou em outro tratado internacional, é passível de ser denunciada perante a Comissão Interamericana, como é o caso da violação do direito de acesso à justiça.

Sendo o Brasil o maior país latino-americano, importa refletir até que ponto esse acesso é garantido à sua população e até onde isso resulta em efetividade ou utilização concreta dos direitos previstos em abstrato no seu ordenamento jurídico.

Para realizar essa reflexão, propõe-se, por intermédio do presente, uma análise dos relatórios de mérito emanados da Comissão Interamericana de Direitos Humanos – CIDH –, por meio dos quais verificar-se-á a forma como este direito tem sido reiteradamente violado pelo Estado brasileiro, para, em seguida, analisar se, ao menos localmente, há alguma ação, programa ou projeto sendo desenvolvido na tentativa de evitar essas violações. Isso será feito com base em pesquisa quanti-qualitativa realizada no período de agosto a novembro de 2018 pelos membros do Núcleo de Pesquisa em Direitos Humanos, Estado e Políticas Públicas do Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais Aplicadas (PPGCSA) da Universidade Estadual de Ponta Grossa – UEPG –, Paraná/Brasil, uma importante cidade universitária, com população atual estimada em cerca de 348.000 habitantes (IBGE, 2018).

3 METODOLOGIA

O presente estudo, no que se refere aos procedimentos metodológicos, sustenta-se na pesquisa bibliográfica e documental, esta última voltada à análise dos relatórios de mérito emanados da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, em que o Estado brasileiro foi parte. Utilizou-se, ainda, um formulário estruturado para coleta de informações sobre as experiências locais relativas ao acesso à justiça que contemplou: identificação do equipamento, programa, projeto ou ação; objetivos; estrutura; composição da equipe; atribuições da equipe; demandas/usuários; articulação entre políticas e relação com direitos humanos.

O formulário supramencionado faz parte de uma pesquisa do Núcleo de Direitos Humanos, Estado e Políticas Públicas do Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais Aplicadas da UEPG, e possui natureza mista, ou seja, articula a dimensão qualitativa e quantitativa, buscando apresentar dados que caracterizam o universo pesquisado, especialmente quanto à população atendida e equipes de referência, e a compreensão dos sujeitos pesquisados referentes à relação entre política pública e direitos humanos. No contexto da abordagem quali-quantitativa, a pesquisa classifica-se como um estudo de caso.

O estudo de caso permite que se reconheçam os modos de atuação, funcionamento e resultados das políticas adotadas pelas organizações na cidade em que se realizou a pesquisa, abordados por meio de perspectivas dos sujeitos envolvidos. Sobre tal abrangência, destaca-se o que afirma Quimelli (2009, p. 73):

Os Estudos de Caso podem especialmente ser utilizados quando o objetivo do pesquisador não é simplesmente ver o que os sujeitos de pesquisa entendem sobre determinado assunto, mas o que e como eles trabalham na prática o tema a ser investigado, e como este tema influencia criticamente as suas vivências diárias.

No caso do acesso à justiça, o universo pesquisado consistiu-se no: Fórum da Justiça Estadual; Fórum da Justiça Federal e do Trabalho; Ministério Público Federal, Estadual e do Trabalho; Defensoria Pública; Centro Judiciário de Soluções de Conflitos – Cejusc –; Polícias Civil, Militar e Federal; Prefeitura Municipal; Ordem dos Advogados do Brasil; Universidades e Faculdades, todos eles em âmbito local. A partir da delimitação do referido universo, iniciou-se a coleta de informações.

Foi constatada a existência de 20 projetos/programas/ações, dos quais 1 é programa, 15 são projetos e 4 são Núcleos de Práticas Jurídicas ligados às Instituições de Ensino Superior existentes na cidade. Os coordenadores ou responsáveis foram entrevistados, e o principal foco de atuação deles será a seguir descrito.

Os resultados estão expostos correlacionando a ligação entre os serviços ofertados e as principais formas de violação de acesso à justiça apontadas nos relatórios de mérito da Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

4 RESULTADOS E DISCUSSÃO

Inicialmente é relevante consignar que a CADH foi assinada e ratificada pelo Brasil em setembro de 1992.

Neste sentido observa-se, conforme ensina Piovesan (2010, p. 165), que a simples assinatura de um tratado não irradia efeitos jurídicos vinculantes e “trata-se de mera aquiescência do Estado com relação à forma e conteúdo final do tratado,” indicando apenas que “o tratado é autêntico e definitivo”. A autora explica que, após a assinatura do tratado pelo Poder Executivo, o mesmo é submetido ao Poder Legislativo para apreciação, posto que, após aprovado, deverá ser ratificado pelo Poder Executivo.

Para Francisco Rezek (2014, p. 74), ratificação “é o ato unilateral com que a pessoa jurídica de direito internacional, signatária de um tratado, exprime definitivamente, no plano internacional, sua vontade de obrigar-se”.

Após ratificado, o instrumento deve ser depositado em um órgão que assuma sua custódia, o que, no caso da CADH, deverá ser feito na Secretaria Geral da Organização dos Estados Americanos (CONVENÇÃO..., 1969, artigo 74.2).

Ainda, segundo Piovesan (2010, p. 169), os tratados de direitos humanos possuem aplicação imediata no ordenamento jurídico brasileiro, de forma que, assim que ratificados, “irradiam efeitos no cenário internacional e interno, dispensando-se a edição de decreto de execução”.

No que se refere à incorporação dos tratados ao ordenamento jurídico brasileiro, o parágrafo terceiro do artigo 5º da Constituição Federal (BRASIL, 1988) – incluído pela Emenda Constitucional nº 45 de 2004 – dispõe que:

Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Até agora, contudo, não houve referida votação no que diz respeito à CADH no Congresso Brasileiro.

Inobstante o *status* de sua recepção no ordenamento jurídico brasileiro, tendo sido ratificado, e tendo o Estado brasileiro submetido-se à jurisdição da Comissão e Corte Interamericanas, está sujeito a processamento se houver violação dos direitos humanos, como ocorreu em vários casos em que ocorreu ofensa ao direito de acesso à justiça.

Registra-se, ainda, antes da descrição dos casos de violação apurados, que, para que uma situação possa ser submetida à análise da Comissão por meio de petições individuais, é preciso observar o seguinte:

Artigo 46. 1. Para que uma petição ou comunicação apresentada de acordo com os artigos 44 ou 45 seja admitida pela Comissão, será necessário:

- a. que hajam sido interpostos e esgotados os recursos da jurisdição interna, de acordo com os princípios de direito internacional geralmente reconhecidos;
- b. que seja apresentada dentro do prazo de seis meses, a partir da data em que o presumido prejudicado em seus direitos tenha sido notificado da decisão definitiva;
- c. que a matéria da petição ou comunicação não esteja pendente de outro processo de solução internacional; e
- d. que, no caso do artigo 44, a petição contenha o nome, a nacionalidade, a profissão, o domicílio e a assinatura da pessoa ou pessoas ou do representante legal da entidade que submeter a petição (CONVENÇÃO..., 1969).

Da mesma forma, o artigo 47 da Convenção dispõe que será considerada inadmissível a petição nos casos em que:

- a. não preencher algum dos requisitos estabelecidos no artigo 46;
- b. não expuser fatos que caracterizem violação dos direitos garantidos por esta Convenção;
- c. pela exposição do próprio peticionário ou do Estado, for manifestamente infundada a petição ou comunicação ou for evidente sua total improcedência; ou
- d. for substancialmente reprodução de petição ou comunicação anterior, já examinada pela Comissão ou por outro organismo internacional (CONVENÇÃO..., 1969).

Uma vez reconhecida a admissibilidade da petição, a Comissão solicitará informações ao Estado denunciado, a fim de garantir o contraditório. Ato contínuo, é verificada a existência ou não dos motivos que levaram ao peticionamento, posto que, em caso negativo, o expediente será arquivado, e, em caso positivo, será realizado um exame acurado do assunto e investigação dos fatos, se necessário (CONVENÇÃO..., 1969, artigo 48).

Examinados os fatos, a Comissão proporá uma solução amigável entre o Estado e o denunciante, a qual, sendo aceita, será transmitida ao peticionário e aos Estados-partes, e, após, elaborado informe contendo exposição dos fatos e a solução encontrada para resolução, com a respectiva comunicação à Secretaria da Organização dos Estados Americanos para publicação (CONVENÇÃO..., 1969, artigo 49).

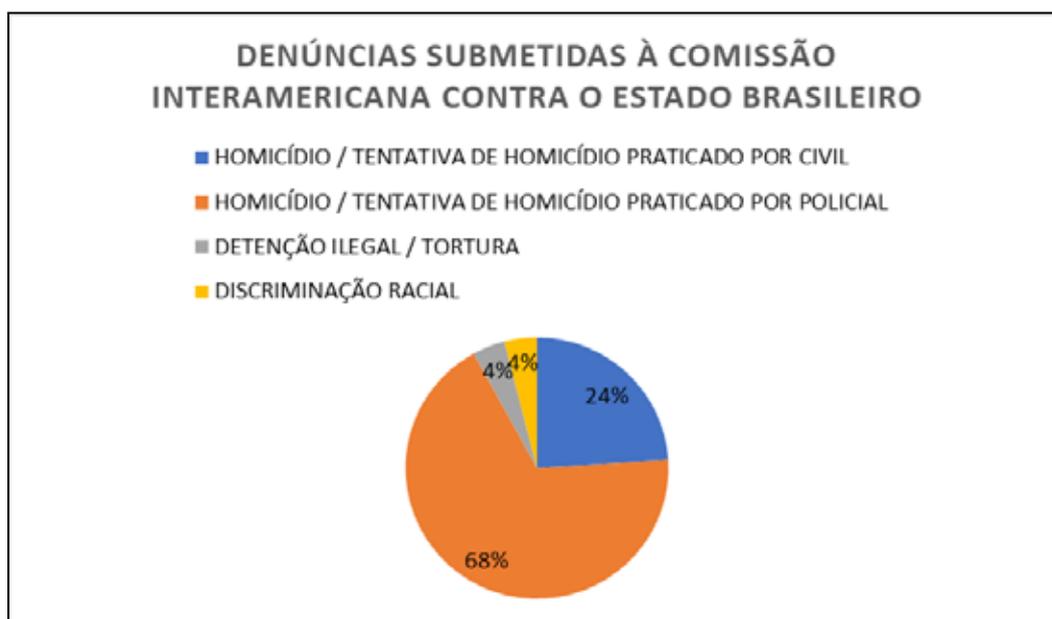
Em caso de não aceitação da proposta, é emitido um relatório pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, com apresentação dos fatos e conclusões pertinentes a violação submetida à apreciação, inclusive com indicação se o Estado violou ou não a Convenção Americana. O referido relatório na sequência é encaminhado ao Estado-parte com recomendações da Comissão, as quais deverão ser cumpridas no prazo de três meses. Durante este prazo, o caso pode ser solucionado pelas partes, encaminhado à Corte Interamericana de Direitos Humanos, ou, ainda, não ser solucionado. Nesta última hipótese, tendo o Estado reconhecido a competência da Comissão, esta poderá emitir, por voto da maioria absoluta de seus

membros, sua conclusão, estabelecendo recomendações pertinentes e fixando um prazo para cumprimento. Finalmente, se houver o não cumprimento das recomendações pelo Estado envolvido, a Comissão decidirá, também por voto da maioria absoluta de seus membros, se publica o Relatório (CONVENÇÃO..., 1969, artigo50-51).

Por meio do presente estudo, realizou-se a análise de todos os Relatórios de mérito emanados da CIDH dos casos que envolveram denúncias contra o Estado brasileiro, desde que este aceitou sua competência, o que se deu no ano de 1998. Assim, foram considerados 25 casos, identificados sob os seguintes números: 12.213; 12.308; 12.440; 12.310; 12.019; 12.001; 11.556; 11.634; 10.301; 11.517; 12.051; 11.286; 11.407; 11.406; 11.416; 11.413; 11.417; 11.412; 11.415; 11.291; 11.598; 11.599; 11.405; 11.516; e 11.287 (CIDH, 2018):

Analisando-se os relatórios, verificou-se que na totalidade dos casos examinados houve violação do direito de acesso à justiça. Os casos que envolveram a referida violação traduzem-se em:

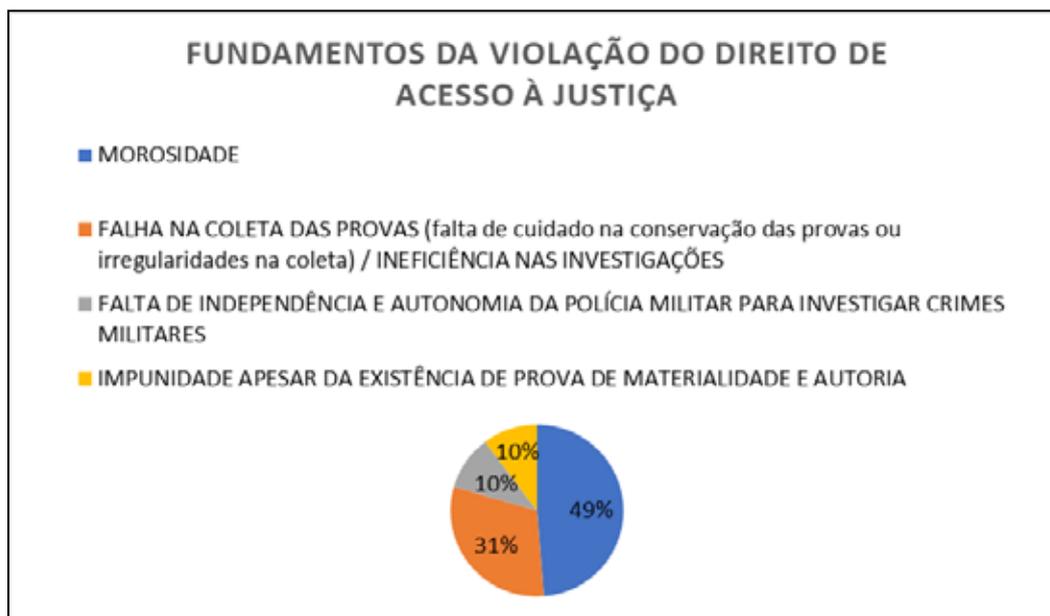
Gráfico 1 – Denúncias submetidas à Comissão Interamericana contra o Estado brasileiro



Fonte: CIDH (2018). Dados sistematizados pelas autoras.

É relevante ainda observar sob quais fundamentos a Comissão entendeu haver violação do direito de acesso à justiça:

Gráfico 2 – Fundamentos da violação do direito de acesso à justiça



Fonte: CIDH (2018). Dados sistematizados pelas autoras.

É de extrema relevância esclarecer que em cada um dos casos analisados a violação do direito de acesso à justiça pode ter possuído mais de um fundamento.

Conforme denota-se dos gráficos supra, a problemática da violação do acesso à justiça suscitada perante a CIDH concentra-se primordialmente na esfera criminal, em razão de homicídios consumados ou tentados, praticados majoritariamente por policiais, em que se observa, em grande parte, flagrante morosidade de tramitação processual, o que, por vezes, resultou, inclusive, em prescrição da pretensão punitiva.

Neste viés, é importante observar que a morosidade na tramitação do processo gera violação tanto no direito de acesso à justiça da vítima, na medida em que para esta o acesso à justiça pode ser compreendido como ver aplicada a punição ao(s) seu(s) ofensor(es), quanto para seus familiares, uma vez que o eventual pedido de indenização em razão do crime perpetrado fica subordinado à procedência da ação penal, conforme observado no relatório do caso 12.440.

Outro fator de relevante expressão foram as falhas na coleta de provas, traduzidas, por vezes, em falta de cuidado em sua conservação, ou irregularidades na sua coleta, bem como ineficiência nas investigações. Aliado a isto, há que se sopesar duras críticas feitas pela Comissão com relação à falta de independência e autonomia da justiça militar para conduzir investigações de crimes militares, o que comprometeu, em alguns casos de forma irremediável, os julgamentos. Finalmente, apontaram-se em alguns casos a impunidade pura e simples, em que pese tenham sido colhidas provas que demonstravam autoria e materialidade dos delitos.

Segundo recente estudo publicado no *Human Rights Watch*, no Brasil “Abusos cometidos pela polícia, incluindo execuções extrajudiciais, contribuem para um ciclo de violência que prejudica a segurança pública e coloca em risco a vida de policiais e civis” (HUMAN RIGHTS WATCH, 2019). Na mesma matéria noticia-se que o Brasil não cumpriu determinação da Corte

Interamericana de Direitos Humanos de 2017, pela qual ficara obrigado a publicar relatório anual sobre letalidade policial e mortes de policiais. O Fórum Brasileiro de Segurança Pública, organização não governamental, compilou dados de fontes oficiais que demonstram que policiais, em serviço ou não, mataram 5.144 pessoas em 2017, o que representa um acréscimo de 20% em relação ao ano anterior. Não obstante, um ouvidor da polícia do Estado de São Paulo procedeu, em 2017, análise de centenas de homicídios praticados por policiais, concluindo que houve excessivo uso de força em três a cada quatro casos, por vezes praticados contra pessoas desarmadas.

Keymer Ávila (2018), em artigo eletrônico, reportou-se a um comunicado da Associação Latino-Americana de Direito Penal e Criminológico, por meio do qual esta externalizou preocupação com o comportamento dos sistemas criminais nos países latino-americanos, em que não são observados quaisquer limites legais ou institucionais, e as milhares de mortes que as forças de segurança geraram nos últimos anos. No mesmo trabalho, o autor divulga resultado de uma pesquisa feita por Ignacio Cano e Anneke Osse, em que se analisou a taxa de “letalidade policial”, figurando o Brasil entre os países com maior índice neste cenário, ao lado de Venezuela, Jamaica e El Salvador.

Da análise dos julgados da CIDH, aliada aos recentes dados mencionados supra, percebe-se que o Brasil é, ainda, um Estado deficitário no que diz respeito ao dever de garantir o direito humano fundamental de acesso à justiça inclusivo, efetivo, pleno e humanizado. Isso constata-se pela ocorrência de fatos que prejudicam investigações eficientes e independentes, pelos arquivamentos imotivados de inquéritos policiais, pela morosidade em prestar a tutela jurisdicional devida, enfim, pela impunidade resultante desses fatos e pela inércia do Estado em coibir essa violência do sistema contra os cidadãos.

Segundo Boaventura de Sousa Santos (2011, p. 6),

Somos herdeiros das promessas da modernidade e, muito embora as promessas tenham sido auspiciosas e grandiloquentes (igualdade, liberdade, fraternidade), temos acumulado um espólio de dívidas. [...] Se as promessas da modernidade continham em si um vigoroso potencial emancipatório, o afunilamento desse projeto político-cultural, a par do avanço e da consolidação do capitalismo como modo de produção, transformou a emancipação e a regulação social em duas faces da mesma moeda.

Embora no Brasil, como resultado dos esforços despendidos na década de 80 do século 20 para ampliar o acesso à justiça, consubstanciados no artigo 5º, LXXIV e 134 da Constituição Federal de 1988, estejam presentes, ainda, as Assessorias Jurídicas Universitárias, o Programa Justiça Comunitária, a Advocacia Popular e os Juizados Especiais, ou seja, instituições capazes de contribuir com o Estado na tarefa de garantir acesso à justiça, é imperioso reconhecer que, assim como em toda a América Latina, o potencial do direito para ser emancipatório pressupõe, no pensar de Boaventura de Sousa Santos (2011, p. 24), a necessidade de uma “revolução democrática da justiça” que leve em conta a diversidade jurídica existente no mundo para formar o pensamento jurídico crítico. Para tanto, o autor aponta como sendo os principais vetores dessa transformação:

profundas reformas processuais; novos mecanismos e novos protagonismos no acesso ao direito e à justiça; o velho e o novo pluralismo jurídico; nova organização e gestão judiciais; revolução na formação profissional, desde as faculdades de direito até a formação

permanente; novas concepções de independência judicial; uma relação do poder judicial mais transparente com o poder político e a mídia, e mais densa com os movimentos e organizações sociais; Uma cultura jurídica democrática e não corporativa (2011, p. 25).

Além do que se observa nos julgados da CIDH, a concepção de Santos (2011) reputa-se verdadeira pelos resultados obtidos na pesquisa suprarreferida, realizada pelos membros do Núcleo de Pesquisa em Direitos Humanos, Estado e Políticas Públicas do Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais Aplicadas (PPGCSA) da UEPG, a qual buscou verificar os programas, projetos, serviços e ações de promoção dos direitos humanos nas políticas de assistência social, de acesso à justiça e de educação na cidade, e resultou, quanto ao acesso à justiça, o seguinte: vinculados ao Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, à Universidade Estadual de Ponta Grossa, à Faculdade Educacional de Ponta Grossa, ao Centro de Ensino Superior dos Campos Gerais, às Faculdades Secal e à Vara da Infância e Juventude, foram encontradas 20 ocorrências, das quais 1 é programa, 15 são projetos e 4 são Núcleos de Práticas Jurídicas ligados às instituições de ensino superior existentes na cidade. Concluiu-se que, por meio deles, privilegiam-se o acesso à justiça da população com relativa efetividade em questões familiares, infância e juventude, violência contra a mulher, violência doméstica, discriminações de gênero e raça, justiça restaurativa e crimes de menor potencial ofensivo. Nenhum deles, todavia, volta-se a tentar coibir os abusos que foram apurados nos relatórios da CIDH, objetos deste trabalho. Nenhum programa, projeto ou ação destina-se a fiscalizar e assegurar a independência da justiça militar, a acompanhar a produção e garantir a integridade de provas em ações penais, bem como não há esforços suficientes que evitem o problema da morosidade do Poder Judiciário, ainda que a razoável duração do processo seja garantia constitucional (artigo 5º LXXVIII CF).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como resultado deste estudo, conclui-se que ainda resta muito a ser feito para se chegar à revolução democrática da justiça que Boaventura de Sousa Santos apregoa e defende em seus aprofundados estudos sociais.

A partir da década de 80, com a estabilização política e econômica e por influência dos referidos estudos realizados na América Latina, muito embora novas diretrizes tenham sido adotadas e mudanças legislativas instituídas para proporcionar o acesso à justiça à população do Brasil, muito ainda há que ser feito para que ele se traduza em acesso inclusivo, efetivo, pleno e humanizado à ordem jurídica justa. Não se nega a existência de progresso desde a redemocratização, contudo, não o suficiente para classificar o país, hoje, como essencialmente democrático. Para tanto, a despeito das solenes declarações em que os direitos humanos são reconhecidos, faz-se necessária a criação de mecanismos eficazes que impeçam sua violação em relação a todos os cidadãos, o que somente será possível quando as profundas desigualdades sociais e políticas ainda existentes forem superadas. A revolução democrática da justiça, que se espera tenha o potencial emancipatório no Brasil, depende, sobretudo, da existência de uma cidadania inclusiva.

6 REFERÊNCIAS

- ARENDDT, H. *Origens do totalitarismo: antissemitismo, imperialismo, totalitarismo*. Tradução Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.
- ÁVILA, K. *Marielle y las muertes institucionales en América Latina*, 2018. Disponível em: <https://www.derechos.org/ve/opinion/marielle-y-las-muertes-institucionales-en-america-latina>. Acesso em: 30 jan. 2019.
- BRASIL. Constituição [da] República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 30 jan. 2019.
- BRASIL. Lei nº 1.060, de 5 de fevereiro de 1950. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 13 fev. 1950. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L1060compilada.htm. Acesso em: 30 jan. 2019.
- BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm#art1045. Acesso em: 30 jan. 2019.
- CIDH. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/fondos.asp>. Acesso em: 30 nov. 2018.
- CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS. 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_america.htm. Acesso em: 14 dez. 2018.
- DECLARAÇÃO AMERICANA DOS DIREITOS E DEVERES DO HOMEM. 1948. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.Declaracao_Americana.htm. Acesso em: 14 dez. 2018.
- DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. 1948. Disponível em: https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf. Acesso em: 14 dez. 2018.
- HUMAN RIGHTS WATCH. *Segurança pública e conduta policial*. Disponível em: <https://www.hrw.org/pt/world-report/2019/country-chapters/326447#5d8cdf>. Acesso em: 30 jan. 2019.
- IBGE. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Disponível em: <https://cidades.ibge.gov.br/brasil/pr/ponta-grossa/panorama>. Acesso em: 16 dez. 2018.
- MATOS, M. *Acesso ao direito e à justiça brasileiros na perspectiva de gênero/sexualidade, raça/etnia: entre o Estado e a comunidade*. Belo Horizonte: Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, 2010/2011.
- MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO. *Manual prático de direitos humanos internacionais*. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2010. Disponível em: https://www.ufrgs.br/cedop/wp-content/uploads/2014/04/Manual_Pratico_Direitos_Humanos_Internacionais-1.pdf. Acesso em: 18 dez. 2018.
- PACTO INTERNACIONAL SOBRE DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS. 1966. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 14 dez. 2018.
- PIOVESAN, F.; IKAWA, D. (coord.). *Direitos humanos: fundamento, proteção e implementação – perspectivas e desafios contemporâneos*. Curitiba: Juruá, 2007.
- PIOVESAN, F. *Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- QUIMELLI, G. A. S. Considerações sobre o estudo de caso na pesquisa qualitativa. In: BOURGUIGNON, J. A. (org.). *Pesquisa social: reflexões teóricas e metodológicas*. Ponta Grossa: Toda Palavra, 2009.
- REZEK, F. *Direito Internacional Público: curso elementar*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- SANTOS, B. S. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. São Paulo: Cortez, 1999.
- SANTOS, B. S. *Para uma revolução democrática da justiça*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011.
- UNITED NATIONS UN. Disponível em: <http://www.un.org/depts/DGACM/RegionalGroups.shtml>. Acesso em: 25 jan. 2019.

<http://dx.doi.org/10.21527/2317-5389.2020.15.120-133>

Direitos Humanos em Ricoeur

Elton Moreira Quadros

Doutorado em Memória: Linguagem e Sociedade (2016), Mestrado em Memória: Linguagem e Sociedade (2012) e Especialização em Educação, Cultura e Memória (2010) pela Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia – Uesb. Graduação em Filosofia pela Universidade Federal de Ouro Preto (Ufop, 2000). Professor do Departamento de Educação – DEDC, Campus VIII, no Colegiado do Curso de Direito da Universidade do Estado da Bahia (Uneb). Professor do quadro permanente do PPG em Ecologia Humana e Gestão Socioambiental da Universidade do Estado da Bahia (Uneb) e do PPG em Memória: Linguagem e Sociedade da Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia (Uesb). É líder do Grupo de Pesquisa em Fenomenologia, Memória e Justiça. Tem experiência na área de Filosofia, Memória e Cultura, com ênfase em Fenomenologia, Ricoeur e Meio Ambiente Cultural. Atua principalmente nos seguintes temas: Ética, Filosofia do Direito; Ecologia Humana; Husserl, Edith Stein e o Círculo de Gotinga. <http://lattes.cnpq.br/0927418505386365>. <https://orcid.org/0000-0003-2802-5990>. eltonquadros@yahoo.com.br

Marcella Marques dos Santos Cerillo

Advogada. Pós-graduada em Docência no ensino superior, pela Uniasselvi. Bacharel em Direito pela Universidade do Estado da Bahia - UNEB. É membro do grupo de pesquisa em Fenomenologia, Memória e Justiça. Tem interesse na área de Direitos Humanos, Filosofia do Direito, Ética, Igualdade e Educação. <http://lattes.cnpq.br/7907030372916268>. <https://orcid.org/0000-0001-6360-8193>. marcella_cerillo@hotmail.com

RESUMO

Analisar os processos de organização social humana, tendo como tutela a questão dos direitos fundamentais mundialmente estabelecidos e socialmente aceitos em grande parte do planeta e disseminados por meio de textos legais como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, por exemplo, é um empreendimento que ultrapassa a obviedade da necessidade de uma estruturação básica para a convivência em sociedade, adentrando em diversos debates sobre os valores ético-políticos envolvidos na condição humana e aos quais está sujeitada a sua dignidade. A filosofia do direito, em especial a perspectiva de Ricoeur, serve aqui como norte para a tentativa de pensar os Direitos Humanos pelo viés filosófico, no qual os direitos e deveres fundamentais são constituintes e constituídos pelos sujeitos históricos neles implicados, os quais, na sua capacidade de agir e padecer, antecedem sua definição enquanto sujeitos de direitos humanos. Para tanto, além de abordar a discussão sobre os direitos humanos e os princípios de universalismo e relativismo, estudamos as contribuições específicas de Ricoeur na reflexão sobre os fundamentos ontológico e narrativo dos direitos humanos e a constituição do sujeito dos direitos humanos nesse contexto. Após expor a questão dos direitos humanos ao debate ético e político em torno da teoria e doutrina que constitui o tema, compreendemos que as contribuições da filosofia de Ricoeur superam o debate teórico, constituindo-se um caminho possível para repensar a questão dos direitos humanos.

Palavras-chave: Dignidade. Valores ético-políticos. Filosofia do Direito.

RICOEUR'S PERSPECTIVE ON HUMAN RIGHTS

ABSTRACT

To analyze the processes of human social organization based on the question of fundamentally established and socially accepted fundamental rights in a large part of the planet and disseminated through legal texts as the Universal Declaration of Human Rights, for example, is an enterprise that goes beyond the human need for a basic structure for coexistence in society, entering into various debates on the ethical-political values involved in the human condition and to which depend his dignity. The philosophy of law, especially Ricoeur's perspective, serves here as the north for the attempt to think human rights by the philosophical bias, in which the fundamental rights and duties are constituent and constituted by the historical individuals involved in them, who, in their capacity to act and suffer, go before their definition as a person with human rights. Therefore, in addition to discussing human rights and the principles of universalism and relativism, we study the specific contributions of Ricoeur in the reflection on the ontological and narrative foundations of human rights and the constitution of the person with human rights in that context. After exposing the issue of human rights to the ethical and political debate surrounding the theory and doctrine that constitutes the theme, we understand that the contributions of Ricoeur's philosophy surpasses the theoretical debate, constituting itself as a possible way to rethink the human rights issue.

Keywords: Dignity. Ethical-political values. Philosophy of law.

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 Breve esboço da história dos direitos humanos. 3 Relativismos x universalismo. 4 Dos direitos humanos em Ricoeur. 5 Do fundamento ontológico dos direitos humanos. 6 Do fundamento narrativo dos direitos humanos. 7 Quem é o sujeito dos direitos humanos? 8 Conclusão. 9 Referências.

Recebido em: 23/10/2019

Aceito em: 5/11/2019

1 INTRODUÇÃO

A Declaração Universal dos Direitos Humanos (ONU, 1948), em seu artigo 7º, expõe que todos são iguais perante a lei, tendo igualdade de direito de proteção da lei. Já o seu artigo 10º aduz que todos têm direito em plena igualdade a uma audiência justa e pública julgada por um tribunal independente e imparcial. Posto dessa maneira, abordaremos os Direitos Humanos a partir da perspectiva de Ricoeur, tendo em vista que o objetivo destes é a estruturação básica da sociedade com a organização das instituições sociais em um sistema único, atribuindo direitos e deveres fundamentais em forma de cooperação social, o que está em interessante consonância com uma parte da discussão proposta pelo pensamento ricoeuriano sobre os Direitos Humanos e a proposta ética do filósofo francês.

A passagem da visada ética à norma moral, ou seja, do ponto de vista teleológico ao deontológico, torna-se inevitável, segundo Ricoeur (2014), pelo fato de que a ação humana consiste em um exercício de poder de um agente sobre outro, dando ocasião à “violência sob todas as suas formas”. Acrescenta-se, assim, o predicado “obrigatório” ao predicado “bom” no juízo moral sobre a ação. O justo, a partir daqui, apresenta-se sob dois aspectos: o “bom” e o “legal”. O injusto é aquele que falta à igualdade e desrespeita a lei.

No desequilíbrio das relações, quando o homem sofre dano pelo homem (violência), fruto do exercício de poder, o desejo de vingança torna-se um obstáculo à realização da justiça. Esta somente se realizará quando substituir esse desejo, o que ocorrerá por meio da “justa distância, mediação de um terceiro e imparcialidade” (RICOEUR, 2008, p. 16). Nessa abordagem, a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) pode ser compreendida como uma perspectiva (RICOEUR, 2008) que visa a igualar os direitos de cada cidadão a um juízo de imparcialidade, de mediação, e que traga as pessoas que estão em conflitos à justa decisão.

Nesse sentido, apresentamos um breve esboço sobre a discussão a respeito dos Direitos Humanos e a DUDH, introduzimos a questão do Relativismo x Universalismo, que ainda hoje faz parte do debate sobre os Direitos Humanos, e, em seguida, debruçamo-nos sobre os aspectos específicos da contribuição de Ricoeur para a reflexão dos Direitos Humanos em seus aspectos ontológicos e narrativos, o que termina por nos levar à interrogação sobre “quem é o sujeito dos Direitos Humanos”?

2 BREVE ESBOÇO DA HISTÓRIA DOS DIREITOS HUMANOS

Os direitos humanos são frutos de vários meios entrelaçados, como os costumes de civilizações antigas, a produção jus-filosófica e a disseminação do cristianismo, afirma Penteado Filho (2011). As diversas fontes de produção e criação dos direitos humanos apresentam algo comum, como a necessidade de limitação e controle do Estado e a consequente consagração do primado da legalidade e da igualdade.

É a partir daí que ganha destaque o movimento chamado Constitucionalismo, que, conforme define Ferreira Filho (1990, p. 7), “foi o movimento político-jurídico que visava estabelecer governos moderados, com poderes limitados por uma constituição escrita”. Nesse sentido, Pedro Lenza (2012) destaca que esse movimento representará uma técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos. Assim, Lenza define (2012, p. 4):

O conceito de constitucionalismo transporta, assim, um claro juízo de valor. Numa vertente mais restrita, o constitucionalismo é reduzido à evolução histórico-constitucional de um determinado Estado.

Desta forma, a constitucionalização dos direitos humanos não significava somente a enunciação de regras e princípios jurídicos de proteção, mas, sobretudo, a consagração do Estado de Direito e da democracia, efetivando, assim, a aplicabilidade de direitos do homem que espalhavam sua dignidade (PENTEADO FILHO, 2011).

É justamente a ideia de dignidade humana que sustenta a limitação do arbítrio e do poder do Estado. Penteado Filho (2011, p. 18) define dignidade humana como “um valor espiritual inerente ao próprio homem, que se manifesta na liberdade de decisão e conscientização a seu respeito”. Partindo deste conceito de dignidade humana, frise-se que os direitos humanos passaram a se mostrar mais efetivamente a partir da necessidade de sua proteção mediante os horrores e as torturas da Segunda Guerra Mundial.

Essa tortura impulsionou a opinião pública internacional no sentido de resgatar a dignidade humana (PENTEADO FILHO, 2011), por exemplo, as mais de 1 milhão e 500 mil pessoas que foram exterminadas em Auschwitz I, o mais destacado dos campos de concentração na Polônia. No total, cerca de 6 milhões de judeus – além de outras vítimas – foram mortos, tudo para atender aos anseios étnicos da supremacia nazista, episódio historicamente conhecido como Holocausto.

Destacamos, também, que a Declaração dos Direitos do Homem de 1948 é fruto de Resolução da Assembleia-Geral da Organização das Nações Unidas (ONU), que se mostra como uma recomendação, haja vista não ter força de tratado internacional. Ressalte-se que o Brasil vem adotando e ratificando os Tratados e Convenções internacionais, principalmente no que se refere a este tema.

É tão importante a noção de dignidade humana, que o sistema jurídico brasileiro, por meio da Constituinte, inscreveu-a como fundamento da República Federativa do Brasil (1988) em seu artigo 1º, inciso III. Vejamos:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

III – a dignidade da pessoa humana;

(...) (BRASIL, 1988).

O Supremo Tribunal Federal (STF) já pontificou também a importância da dignidade humana; citamos um de seus julgados:

A dignidade da pessoa humana é princípio central do sistema jurídico, sendo significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País e que traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo (STF, HC 85988 – PA (MC), rel. Min. Celso de Mello, decisão monocrática, j. 07.06.2005, DJU 10.06.2005).

A dignidade da pessoa humana é o princípio fundamental do nosso ordenamento jurídico e tem sua fundamental importância perpassando pelo crivo dos direitos humanos.

Algumas das características mais importantes dos direitos humanos, abordadas por Billier e Maryoli (2005), são que os direitos humanos são fundados sobre o respeito pela dignidade e o valor de cada pessoa, além de que são universais, o que quer dizer que são aplicados de forma igual e sem discriminação a todas as pessoas.

Dessa forma, “os direitos humanos são inalienáveis, e ninguém pode ser privado de seus direitos humanos, que é o direito à liberdade de consciência, fundamento de todas as liberdades públicas” (BILLIER; MARYOLI, 2005, p. 177). Além disso, os direitos humanos são indivisíveis, inter-relacionados e interdependentes. Sabendo, portanto, que é insuficiente respeitar alguns direitos humanos e outros não. Trataremos no próximo tópico sobre o relativismo e o universalismo, uma vez que a doutrina diverge acerca desses dois pontos, e que Ricoeur se posiciona de maneira a considerar a importância de uma certa compreensão de universalismo no que diz respeito aos direitos humanos.

3 RELATIVISMOS X UNIVERSALISMO

Existe uma divergência doutrinária acerca da relativização ou universalização dos direitos humanos; trata-se da diferença na possibilidade de instituição generalizada ou não de tais direitos, levando-se em conta os fatores socioculturais de cada Estado. Dessa forma, prevaleceu o entendimento da tese universalista, pois o relativismo não pode ser invocado para justificar violações de direitos humanos (PENTEADO FILHO, 2011).

Alexandre de Moraes (2011) expõe que a corrente relativista sustenta que os meios culturais e morais de uma sociedade devem ser respeitados, ainda que em prejuízo dos direitos humanos dessa mesma comunidade. Expõe, ainda, que o relativismo “pode ser forte quando vê a cultura como fonte principal de validade das normas morais ou jurídicas ou pode ser fraco quando vê a cultura como auxiliar na validade das normas morais ou jurídicas” (MORAES, 2011, p. 22).

Por outro lado, Penteado Filho (2011) apresenta que a corrente universalista defende a efetivação global dos direitos humanos. Sustenta Mazzuoli (2009) que,

Após um quarto de século da realização da primeira Conferência Mundial de Direitos Humanos, ocorrida em Teerã, a segunda Conferência (Viena, 1993) consagrou os direitos humanos como tema global, reafirmando sua universalidade, e consagrando sua indivisibilidade, interdependência e inter-relacionalidade (p. 736).

Nesse contexto, a Conferência de Viena (1993) reafirmou o conteúdo da Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU de 1948, consagrando, assim, o universalismo dos direitos humanos e introduzindo novos princípios, como a indivisibilidade (direitos humanos não se sucedem em gerações, mas se acumulam em dimensões), interdependência (os direitos sociais e os direitos liberais devem se reforçar mutuamente) e inter-relacionalidade (os direitos humanos e os sistemas internacionais de proteção devem interagir).

Ricoeur realiza uma vasta discussão sobre a universalidade dos Direitos Humanos. Em sua entrevista acerca da universalidade, expõe que “é preciso partir do fato que se trata de uma declaração e não de um conjunto de imperativos. Uma declaração onde se toma nota de qualquer coisa que se proclama” (RICOEUR, 2013a, p. 183).¹ Isso significa que, antes de considerar um cidadão em um Estado, há um humano que nasce.

Para Ricoeur, é muito importante ter esta ideia de “nascer homem”, pois trata-se de uma declaração sobre o que importa “ser homem”. É aqui que se põe a questão da universalidade para Ricoeur, sobre a qual ele coloca que “trata-se muito mais de um ponto de encontro, em um dado momento histórico, do que há de mais forte nas múltiplas culturas” (RICOEUR, 2013a, p. 183).

Nesse sentido, assim afirma Ricoeur (2013a) sobre a universalidade:

Estamos em presença de uma declaração na qual podemos nos reconhecer mutuamente como aquele que declara. Não se trata de uma universalidade assimilada a um imperativo categórico. Com efeito, a declaração tem a solidez de um reconhecimento mútuo de um número muito expressivo de culturas (p. 183).

A universalidade, proposta por Ricoeur, consiste em que, apesar da multiplicidade das culturas, estas se sobrepõem sobre certos pontos. A partir daqui, Ricoeur expõe a ideia de Rawls, ou seja, um consenso por sobreposições.

Pressupomos que nós nos sobrepomos em alguma parte. Daí começam as dificuldades, pois é preciso em seguida dar um conteúdo às declarações. Daqui resulta a confrontação com dois problemas difíceis: o lado enumerativo dos direitos humanos. Direito disso, direito daquilo, etc. (RICOEUR, 2013a, p. 184).

Dessa forma, Ricoeur coloca que o texto comporta, por um lado, qualquer coisa de fundamental – ser humano – e qualquer coisa que é a consequência inelutável da pluralidade das culturas. Trata-se de um fator de dispersão ao mesmo tempo que de validade. Ricoeur vê aqui a dificuldade, pois há dois tipos de direitos postos especialmente em destaque pelos Anglo-Saxões:

Por um lado, os direitos “de fazer isso, de fazer aquilo”: de opinião, de culto, de publicação, a liberdade de ensinar. Esses dirigem-se aos Estados constituídos em relação aos quais se reclama e proclama que eles não têm o direito de fazer um certo número de coisas, ou seja, de invadir outros domínios. Ao lado desses direitos, encontram-se os “direitos a(o)” ... trabalho, por exemplo. Em todos os lugares, esse direito é violado; não obstante, é proclamado (RICOEUR, 2013a, p. 184).

Diante desses dois tipos de direito Ricoeur pergunta: A quem um tal direito se dirige então? E ele responde: “É aí que reside a dificuldade da declaração dos direitos humanos, pois a lista dos ‘direitos a(o)’ na medida em que se ignora a quem ele é endereçado e no caso dos ‘direitos de’, são os Estados que são obrigados” (RICOEUR, 2013a, p. 184).

¹ Em entrevista traduzida por Salles.

Para Ricoeur, efetivamente, não somos praticamente mais confrontados aos problemas da escravidão no sentido jurídico do seu termo, mas ainda permanecem presentes a submissão e a exploração sob todas as suas formas (RICOEUR, 2013a). Assim, a opinião pública permanece fragmentada em razão da pluralidade humana. Ricoeur (2013a) afirma que:

De fato, a declaração dos direitos humanos se transforma, inicialmente, em matéria de combate. Torna-se, com efeito, uma indignação, um protesto, e, assim, um engajamento a levar adiante um combate (p. 184).

Assim, Ricoeur diz que é a partir daqui que o texto se torna um imperativo, ou seja, “a declaração ultrapassa então a capacidade de intervenção do Estado. Há, portanto, um tipo de distanciamento entre a declaração e a realidade concreta” (RICOEUR, 2013a, p. 185).

4 DOS DIREITOS HUMANOS EM RICOEUR

A filosofia dos direitos humanos para Ricoeur é um capítulo que passa pela literatura especializada, que se constrói no campo da filosofia do direito, concentrando-se, sobretudo, na discussão de sua teoria da justiça e do sujeito de direito. É importante destacar que Ricoeur se dedicou de forma circunstancial aos direitos humanos, seja no contexto de discussões, como o da sua “pequena ética” em *O si-mesmo como um Outro*, seja em ocasiões como entrevistas e conferências. Essa abordagem filosófica feita por Ricoeur, porém, mesmo que de forma circunstancial, não é sinônimo de uma compreensão menos valiosa, intensiva e significativa.

Nesse sentido, para Ricoeur, “antes mesmo de ser cidadão, de pertencer a uma comunidade histórica com suas tradições e suas crenças, nós somos fundamentalmente humanos. Antes da pluralidade humana, há seu próprio fundamento, há o ser humano” (RICOEUR,² 2013b, p. 211). Isso, que é exposto por Ricoeur, encontra significado no primeiro artigo da Declaração Universal dos Direitos Humanos:

Artigo 1º

Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade (ONU, 1948).

Ser nascido “livre e igual em direito” significa que pertence a cada um dentre nós, em razão de sua condição humana, se afirmar como capaz de pensar, de agir, de amar, pois, ainda que os homens não sejam iguais (fisicamente, culturalmente, etc.), a igualdade aqui declarada reconhece um direito igual para cada um reclamar, afirma Ricoeur (2013b).

Nesse diapasão, Ricoeur coloca a declaração como uma atestação subjacente que, para ele, pode ser resumida da seguinte forma: “Tua vida vale tanto quanto a minha” (RICOEUR, 2013b, p. 211). Antes de ser, todavia, um conjunto de normas, esta declaração é a atestação de uma condição fundamental.

² Em entrevista traduzida por Salles.

Para Ricoeur, a declaração somente passa de uma atestação para a ideia de direito, a partir do “desvio entre o que é atestado e o que é contestado” (RICOEUR, 2013b, p. 211). Para o direito, passamos da atestação do que é fundamental para a contestação de uma realidade histórica, pois somente o conjunto da comunidade humana, em sua pluralidade, pode dizer o direito como uma obrigação para todos (RICOEUR, 2013b).

Assim, Ricoeur (2013b) assevera que:

O direito repousa sobre a capacidade das diferentes culturas de concordar sobre qualquer coisa de comum. A Declaração Universal dos Direitos Humanos repousa assim sobre um frágil reconhecimento mútuo: apesar da realidade e de sua violência, um acordo é possível entre as diferentes culturas (p. 212).

Ricoeur coloca que há, no seio desta atestação, “um ato de protesto em relação à diversidade e à violência que não são nem a primeira nem a última palavra da condição humana” (RICOEUR, 2013b, p. 212). Nesse sentido, o caminho do direito é traçado, pelo qual se estabelecem obrigações em vista da afirmação de diferentes direitos.

Partindo deste ponto das obrigações dos diferentes direitos, Ricoeur também dialoga com as grandes correntes interpretativas dos direitos humanos, porém ele assume uma postura mediadora em meio aos conflitos de interpretações. Desta forma, Ricoeur constrói um diálogo organizado em torno da questão dos fundamentos filosóficos dos direitos humanos.

Os fundamentos dos direitos humanos, para Ricoeur, perpassam pela dignidade do sujeito capaz e suas implicações para a dignidade do sujeito dos direitos humanos, cujos valores e história estão vinculados ao sofrimento humano, ao sofrimento injusto. Ricoeur posiciona-se acerca de dois fundamentos: o ontológico e o narrativo.

Para Ricoeur, o fundamento ontológico para os direitos humanos depende da própria originalidade e irreduzibilidade da pessoa humana que nasce, ou seja, “a ‘face ontológica’ do ser humano enquanto sujeito capaz de agir e de padecer é o que pretende expressar a noção de ‘pessoa humana’” (RICOEUR, 2014, p. 213), compreendida por Ricoeur como mais fundamental do que a própria noção de sujeito, consciência ou indivíduo.

Nos tópicos seguintes, passaremos a uma abordagem mais aprofundada dos fundamentos ontológico e narrativo dos direitos humanos.

5 DO FUNDAMENTO ONTOLÓGICO DOS DIREITOS HUMANOS

Para Ricoeur, o diálogo a respeito dos direitos humanos não emerge como uma ocasião acidental de questões mais abrangentes, mas, sim, como momento exemplar de um esforço hermenêutico pelo qual o filósofo avança a partir de um sentido que é já compartilhado pelos filósofos dos direitos humanos, membros de uma discussão prévia, que, por ser, algumas vezes, conflitiva, exige uma atitude de escuta e reflexão mediadora (SALLES, 2014a).

Dessa forma, o problema dos fundamentos filosóficos dos direitos humanos é um problema hermenêutico na medida em que exige do filósofo “ser antes de tudo discípulo de um sentido já compartilhado antes de ser um crítico do já dito” (SALLES, 2014a, p. 211).

Assim, Salles, um estudioso dos Direitos Humanos, lembra que Ricoeur compartilha das reflexões de Hanna Arendt, defendendo a existência de um fundamento ontológico para os direitos humanos que depende da própria originalidade e irreducibilidade da pessoa humana que nasce, além de sustentar que, para Ricoeur, “tal evento ontológico não é devedor de nenhuma pressuposição metafísica com relação à ‘natureza humana’ da pessoa que nasce, já que ele próprio como evento não define quem é ou o que será da pessoa humana que nasce” (SALLES, 2014a, p. 211).

Ricoeur propõe um longo percurso fenomenológico-hermenêutico quando se alia à preocupação de sustentar uma filosofia que responda à atual questão do modo de ser do agente ao qual se imputa a ação. Dessa maneira,

Entre a incidência dos acontecimentos ou das ações e a pressuposição de um sujeito permanentemente responsável por tais acontecimentos ou ações, é preciso repensar a ontologia do “sujeito capaz”, cuja atuação ou poder pode produzir mudanças no mundo (SALLES, 2014a, p. 213).

Assim, a ontologia do ser humano, enquanto sujeito capaz de agir e de padecer, é o que pretende expressar a noção de “pessoa humana”, compreendida por Ricoeur como mais fundamental do que a própria noção de sujeito, consciência ou indivíduo, sendo sempre uma pessoa humana concreta que nasce, que fala, que age, que sofre, que narra e, em último momento, que é responsável (RICOEUR, 2008). Trata-se da

[...] etapa antropológica do poder-dizer, do poder-fazer, do poder-narrar, do poder-imputar, em suma, do posso fundamental e múltiplo do homem que atua e sofre ação, e tem em mira referir-se diretamente às realizações efetivas dos indivíduos que, conforme se pode admitir, são contemporâneos do direito positivo dos Estados (RICOEUR, 2008, p. 31).

Essa referência, ao fator primitivo de agir e de padecer junto com a insistência na pessoa humana como digna de estima e de respeito, mostra o quanto Ricoeur procura sustentar um fundamento objetivo e ontológico para o sujeito do direito (o sujeito dos direitos humanos).

O fundamento objetivo e ontológico aproxima Ricoeur das concepções realistas da pessoa humana, o que, em suma, significa que “antes mesmo de ser um sujeito de direito por ser um cidadão de um Estado, todo ser humano é essencialmente um sujeito capaz, digno de estima e de respeito, por ser uma pessoa humana” (SALLES, 2014a, p. 214).

Nesse aspecto, os direitos humanos, para Ricoeur, são direitos constitutivos do “ser humano enquanto tal” e não somente do “ser humano enquanto cidadão” ou até mesmo do “ser humano enquanto pertence a uma comunidade histórica”. Assim, cada pessoa capaz de estima e de respeito, independente de ser reconhecida ou não como tal pelo ordenamento jurídico, é pessoa humana detentora de direitos (RICOEUR, 2008).

É o que se pode compreender da leitura da entrevista de Ricoeur (2013b) sobre a Declaração Universal dos Direitos Humanos:

A Declaração de Direitos Humanos exige sempre um novo sopro. É uma declaração. Isso quer dizer que nós atestamos alguma coisa de constitutivo do “ser humano”. Antes mesmo de ser cidadão, de pertencer a uma comunidade histórica com suas tradições e suas crenças, nós somos fundamentalmente humanos. (...) pois, ainda que os homens não se-

jam iguais – fisicamente, culturalmente, etc. –, a igualdade aqui declarada reconhece um direito igual para cada um reclamar. (...) Antes de ser um conjunto de normas, esta declaração é a atestação de uma condição fundamental (p. 211).

Para Ricoeur, o fundamento hermenêutico-fenomenológico dos direitos humanos deve reconhecer que o fundamento ontológico conduz os direitos humanos. As tentativas de justificar os direitos humanos, a partir do enfoque estritamente narrativo, mostram-se incapazes diante do exposto aqui sobre a ontologia; dessa forma, segundo a perspectiva ricoeuriana, são necessárias a aplicação e a junção dos fundamentos narrativo e ontológico para que o sujeito dos direitos humanos possa ser entendido como sujeito capaz, sujeito de direito (RICOEUR, 2008).

Analisaremos, então, no próximo tópico, a posição de Ricoeur com relação ao fundamento narrativo dos direitos humanos, sob um viés global dos direitos humanos em nossa sociedade.

6 DO FUNDAMENTO NARRATIVO DOS DIREITOS HUMANOS

Antes de adentrarmos o fundamento narrativo propriamente dito, vale destacar aqui que Ricoeur sustenta que “as críticas dirigidas à noção moderna e liberal do sujeito desconhecem a distinção entre a identidade *idem* e a identidade *ipse* base de atribuição de direitos” (SALLES, 2014a, p. 216). Assim, faz-se necessário entendermos o conceito de identidade pessoal, na qual os direitos humanos propõem uma análise conceitual dos componentes da ideia do si, ou seja, partindo da distinção entre a identidade *idem* e a identidade *ipse*.

Logo, a partir da compreensão do si como ipseidade, Ricoeur desenvolve a sua tese sobre os direitos humanos: “a pessoa humana reside no reconhecimento do outro como tão capaz quanto eu mesmo de agir, de padecer, de ser responsável por suas ações, de manter suas promessas” (SALLES, 2014a, p. 217). Nesse sentido, o reconhecimento de si como um outro pressupõe a dialética entre a identidade-*ipse* e a identidade-*idem*, uma vez que são como base da identidade do sujeito do direito.

Para Ricoeur (2008), a existência de uma dupla identidade (*idem e ipse*) na identidade do sujeito do direito, somente pode ser proposta por meio da identidade narrativa, uma vez que se faz presente no sentido e na força dialética da mesmidade e da ipseidade.

Na identidade narrativa, conforme expõe Salles (2014a, p. 218), entra em cena tanto “o caráter quanto a capacidade da pessoa em manter-se, em manter suas palavras, suas promessas e de ser aquela à qual se atribuem atos”, apesar da própria narrativa produzir variações imaginativas que tendem a problematizar o pressuposto de qualquer identidade (*idem e ipse*) do personagem.

Nesse sentido, Ricoeur (2018) define a identidade narrativa ao exemplificar que:

O exame da noção de identidade narrativa dá ensejo a distinguir a identidade do si da identidade das coisas; esta última se reduz em última instância à estabilidade e até à imutabilidade de uma estrutura, ilustrada pela fórmula genética de um organismo vivo; a identidade narrativa, em contrapartida, admite a mudança; essa mutabilidade é a mutabilidade das personagens das histórias que contamos; essas personagens são urdidas simultaneamente à própria história (p. 23).

Essa noção de identidade narrativa, exposta por Ricoeur, é de grande importância para a pesquisa da identidade dos povos e das nações, pois “ela contém o mesmo caráter dramático e narrativo que frequentemente podemos confundir com a identidade de uma substância ou de uma estrutura” (RICOEUR, 2008, p. 23-24). Esse reconhecimento da identidade narrativa implica desfazer-se de um preconceito referente à identidade reivindicada pelos povos sob a influência da arrogância, do medo ou do ódio (RICOEUR, 2008).

Por isso, Ricoeur sustenta que o conceito de identidade narrativa pretende “preencher a lacuna estabelecida pela separação entre a identidade do mesmo (*idem*) e a identidade do si-mesmo (*idem* e *ipse*) e ao mesmo tempo, superar a equivocidade deixada pela própria noção de permanência no tempo” (RICOEUR, 2014, p. 21).

Para Quadros (2018), no pensamento de Ricoeur, a identidade narrativa é pensada a partir da identidade *idem* e *ipse* e se dá da seguinte forma:

Quando pensamos em identidade, corremos o risco de ter uma noção desse termo que seja dada de modo imediato, sem matizes, de maneira fixa e excludente do outro, da alteridade e mesmo da mudança. Essa perspectiva acaba por confundir aquilo que é o *idem*, ou, na linguagem ricoeuriana, a Mesmidade com o que está naquilo que é mais propriamente humano, ou seja, a Ipseidade (*ipse*), essa é a realidade efetiva da compreensão de um próprio que nos possibilita um caminho de identidade dentro da própria narrativa existencial, dentro da relação com o outro e com o mundo (p. 297).

A ideia de identidade narrativa, para Ricoeur, como expõe Quadros (2018), dá uma nova abordagem do conceito de Ipseidade, que, “sem a referência à identidade narrativa, é incapaz de desenvolver sua dialética específica, a da relação entre duas espécies de identidade, a identidade imutável do *idem*, do mesmo, e a identidade móvel do *ipse*, do si, considerada em sua condição histórica” (QUADROS, 2018, p. 302). Assim, é a partir da teoria da narrativa que a “dialética concreta da Mesmidade e da Ipseidade atinge um primeiro desenvolvimento, esperando por sua culminação com a teoria da promessa” (RICOEUR, 2008, p. 16).

Desta forma, a Ipseidade é “entendida como aquilo que singulariza a pessoa, quer na questão da linguagem, da ação, da narrativa e da relação com o mundo e, por outro lado, a Mesmidade, que nos coloca em referência àquilo em que os outros nos posicionam, quer em relação ao modo como sou referido ou de quais lugares ocupo, mas que, ao mesmo tempo, não são necessariamente aquilo que me constitui em um processo de reconhecimento” (QUADROS, 2018, p. 303). Será nesse âmbito que poderemos pensar sobre uma identidade pessoal, entendida como uma identidade narrativa, a qual está sempre lançada dentro dessa dialética Ipseidade e Mesmidade?

Para Ricoeur, uma pessoa capaz, sujeito de suas próprias ações, somente pode dar à sua própria vida uma qualificação ética, moral ou jurídica à proporção que a vida pode ser configurada de forma narrativa, ou seja, “na medida em que também na vida concreta é possível corresponder pela manutenção de si-mesmo à confiança que o outro põe na palavra dada” (RICOEUR, 2008, p. 24).

Com efeito, toda essa abordagem do si é uma interpretação de si mediatizada por outro, que encontra em relatos, históricos ou fictícios, a configuração de uma história vivida, capaz de ser contada de outro modo (SALLES, 2014b), partindo, assim, para a discussão trazida por

Ricoeur sobre os direitos humanos, uma vez que essa discussão perpassa a consciência histórica e se desenvolve no “imaginário pessoal e social, em textos, em declarações, em signos da cultura humana e na complexa lógica das ideologias e das utopias” (SALLES, 2014a, p. 220).

Salles (2014a) expõe que a interpretação de Ricoeur com relação à identidade narrativa dos direitos humanos:

Está vinculada aos gritos e silêncios das vítimas, das pessoas e dos personagens que sofrem. O drama dos direitos humanos é, assim, compreendido não só como drama individual, mas também coletivo, não só como vivido, mas também imaginado e configurado nas narrativas pessoais e coletivas (p. 220).

Por essa razão, podemos afirmar que Ricoeur pode colocar como protagonista da identidade narrativa dos direitos humanos as pessoas concretas, mas também as fictícias (pessoas de outros povos e nações), na medida em que se pode falar nas diversas narrativas.

As histórias de vida estão a tal ponto imbricadas umas nas outras, que a narrativa que cada um faz ou recebe de sua própria vida se torna o segmento das outras narrativas que são as narrativas dos outros. Podemos então considerar as nações, os povos, as classes e as comunidades de todos os tipos como instituições que se reconhecem cada uma por si e uma às outras, por sua identidade narrativa (RICOEUR, 2008, p. 28).

Partindo desse posicionamento de Ricoeur, Salles (2014a) define identidade narrativa dos direitos humanos desde a seguinte problematização:

A identidade narrativa dos direitos humanos exige ademais situá-los no horizonte das promessas políticas e culturais, evitando-se identificá-los como imperativos moralmente ou juridicamente categóricos. Isso significa interpretá-los na ótica do reconhecimento mútuo e do engajamento coletivo em torno de uma certa narrativa cuja universalidade não pode ser identificada à solidez do caráter (mesmidade) mas tão somente à fragilidade das promessas (ipseidade) (p. 220).

Assim, a grandeza de qualquer promessa, em especial a promessa dos direitos humanos,³ somente pode ser aferida “pela manutenção, pela sua permanência no tempo, pela sua confiabilidade e credibilidade em face dos beneficiários e das testemunhas das promessas de direitos” (SALLES, 2014a, p. 221).

No âmbito das narrativas dos Estados e das culturas, os direitos humanos, como promessa, podem ser interpretados como projeções criativas, seja como utopia ou como uma ambição ideológica, e muitas dessas não são e talvez não sejam cumpridas.

Nesse sentido, Salles afirma que os direitos humanos estão marcados para sempre pelo perigo do esquecimento da memória da história e, conseqüentemente, de sua constituição. Vejamos:

³ A promessa dos direitos humanos é projetada na sociedade global e vincula um certo número crescente de culturas e de Estados entre si e só pode ser realmente efetivada pelas mediações institucionais, que estarão inevitavelmente sujeitas às críticas em razão de sua própria condição narrativa, ora utópica ora ideológica (SALLES, 2014b).

Os direitos humanos estão sempre marcados tanto pelo perigo do esquecimento da memória relativa à história de sua constituição quanto pelo perigo de sua traição política e ideológica. É como se a fonte de riqueza de sua própria identidade narrativa fosse também à fonte de muitas de suas contradições em nossa sociedade, marcada por uma abordagem frequentemente utópica e ideológica dos direitos humanos (SALLES, 2014a, 221).

Diante dessa abordagem da identidade narrativa dos direitos humanos, passamos agora para a análise do sujeito dos direitos humanos, como capaz de pleno direito e que se expressa no plano moral, jurídico e político.

7 QUEM É O SUJEITO DOS DIREITOS HUMANOS?

Em *O Justo 1: a justiça como regra moral e como instituição*, Ricoeur (2008) une duas questões teóricas como uma única tarefa, que é a de fundamentar, por meio da antropologia, o direito e a justiça. A primeira questão jurídica é a identidade do sujeito de direito, que propõe identificar a questão jurídica à questão filosófica da dignidade, formulada agora pela identidade de sujeito digno: “quem é o sujeito digno de estima e de respeito?”

Gostaria de mostrar uma questão jurídica formal “quem é o sujeito de direito?” não se distingue, em última análise, da questão moral formal “quem é o sujeito digno de estima e respeito?”. E a questão moral formal remete, por sua vez, a uma questão de natureza antropológica: quais são as características fundamentais que tornam o si (*self*, *Selbst*, *ipse*) capaz de estima e respeito? (RICOEUR, 2008, p. 21).

Dessa maneira, Ricoeur coloca que é a partir da pergunta *quem?* que todas as discussões sobre identidade (seja pessoas, seja comunidade histórica) nos levam à noção de sujeito capaz⁴ (RICOEUR, 2008), uma vez que o sujeito de direito é o sujeito digno de estima e respeito.

Salles (2014b, p. 115) afirma que, “em última instância, a dignidade do sujeito do direito (e dos direitos humanos) é idêntica à dignidade do sujeito capaz”. Para a caracterização da dignidade do sujeito do direito, Ricoeur percorre uma série de perguntas em torno do *quem?* como de “quem age?”, “quem faz?”, “quem narra?”. É possível identificar, descrever e definir, de forma reflexiva, aquelas capacidades constituidoras de cada um e de todos os seres humanos.

É neste constante interrogar “quem?”, que a capacidade de designar-se pessoalmente como autor ou de atribuir a ação a alguém “é crucial para a evidência do poder reflexivo e da experiência efetiva da estima de si e de um outro como sujeito, que é tanto capaz de agir quanto capaz de sofrer, padecer” (SALLES, 2014b, p. 115).

Em outro momento, Ricoeur coloca o poder narrativo sobre o qual se estrutura a identidade narrativa não só das pessoas singulares, mas também dos sujeitos coletivos, dos povos e das nações. É no desenrolar de uma história narrada que se desenvolve, segundo Ricoeur (2008, p. 28), a identidade narrativa entendida como uma identidade dinâmica e dialética, na qual coexiste a mesmidade (identidade-idem) e a ipseidade (identidade-ipse).

⁴ Sujeito capaz, homem capaz ou pessoa capaz, remete-se sempre, em Ricoeur, à condição humana pela qual todo indivíduo é capaz de agir e de sofrer (SALLES, 2014b).

É por meio do exame da identidade narrativa que se torna patente a impossibilidade de reduzir a dignidade e a identidade do sujeito capaz àquela outra própria das coisas no mundo. Torna-se, ainda, im procedente a identificação redutora da dignidade do sujeito capaz à identidade somática e/ou genética definidora da mesmidade (identidade-idem) dos seres humanos.

O conceito de Ricoeur de capacidade designa tanto o poder do sujeito quanto a experiência efetiva do poder-ser tal como essa ideia desenvolve-se na história da filosofia.

A noção de capacidade será fulcral em minha comunicação. A meu ver, ela constitui o referente último do respeito moral e do reconhecimento do homem como sujeito de direito. Se é possível atribuir-lhe essa função, isso decorre de seu nex o íntimo como a noção de identidade pessoal ou coletiva (RICOEUR, 2008, p. 22).

Ricoeur resgata, ao seu modo, a existência de uma finalidade para as capacidades da pessoa capaz, ao mesmo tempo em que sugere a importância irreduzível da experiência efetiva do poder-ser como atualização das capacidades humanas. A finalidade das capacidades, bem como a experiência efetiva do poder-ser, “são descobertas reflexiva e dialogicamente pelo sujeito na atualização dinâmica das suas capacidades de poder-agir, poder-fazer, poder-dizer, poder-designar, poder-narrar e poder-imputar” (RICOEUR, 2008, p. 31).

O caráter narrativo e dialógico da constituição da pessoa humana pela dinâmica de suas capacidades exige, para Ricoeur, discernir duas acepções distintas da noção de outro ou de outrem (RICOEUR, 2008, p. 8). A categoria do outro “desdobra-se, assim, na do outro-próximo e na do outro-distante, em relação ao qual o si-mesmo, enquanto sujeito capaz pode ser tanto o que age quanto o que padece” (SALLES, 2014b, p. 16).

No primeiro momento, o outro é o outrem, o outro-próximo é o “tu” das relações interpessoais, que se oferece ao si-mesmo na forma de um rosto e de uma voz, que marcam profundamente a alteridade familiar e as relações de amizade e solicitude (SALLES, 2014b). No segundo momento, o outro é o outro-distante, é o outro enquanto “ele/ela” sobre o qual “eu” e “tu” falamos com uma distância reconhecida.

Essa distância é o prenúncio das figuras e das relações impessoais originárias da própria vida em sociedade, estruturada graças às mediações institucionais. Em resumo, “a alteridade próxima é o defronte ao si em suas relações interpessoais, enquanto a alteridade distante é o que permitirá às instituições serem justas” (SALLES, 2014b, p. 16), e somente nessa condição podem se dirigir a considerar cada um dos membros da sociedade para atribuir e distribuir o que lhe é devido.

8 CONCLUSÃO

Pensar os Direitos Humanos pelo viés filosófico é de suma importância para entendermos que a dignidade humana, a liberdade e a igualdade com e para os outros, complementam-se na noção de justiça conforme pensa Ricoeur. O processo histórico, social e conceitual dos direitos humanos, além de demonstrar alguns valores ético-políticos, como as “Declarações de Direitos” e outros de valor mais estritamente jurídico, foram produzidos no momento em os princípios éticos das Declarações são especificados e determinados nos diversos protocolos, tratados e convenções internacionais.

A partir desse processo de positivação, os direitos humanos deixam de ser orientações éticas ou programas de ação, e se convertem em obrigações jurídicas que vinculam as relações internas e externas dos Estados. Nesse contexto, pareceu-nos importante abordar a discussão acerca da universalidade ou particularidade dos direitos humanos, o conflito entre direitos, a relação entre moral e direito e as gerações de direitos, conforme a perspectiva do filósofo francês.

Falar em direitos humanos, portanto, significa falar de uma “teoria” fruto de uma tradição histórica e de um debate interpretativo. Ao mesmo tempo em que tratamos como teoria, porém, podemos tratar os direitos humanos como uma doutrina prática, momento em que os seus artigos se tornam eficazes quando da sua aplicabilidade ao caso em concreto. Assim, os direitos humanos estão, também, inseridos em um debate ético, em torno dos valores, e em um debate político sobre a sua efetivação, em que as contribuições da filosofia do direito, especialmente a ricoeuriana, consistem em um importante estímulo à sua compreensão e possível prática.

9 REFERÊNCIAS

- BILLIER, Jean-Cassien; MARYIOLI, Aglaé. *História da filosofia do direito*. Tradução Maurício de Andrade. Barueri, SP: Manole, 2005.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 1988. Disponível em: www.planalto.gov.br/constituicao. Acesso em: 21 nov. 2018.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.
- LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 12. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.
- MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 3. ed. São Paulo: RT, 2009.
- MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- ONU. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. 1948. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/declaracao/>. Acesso em: 28 nov. 2018.
- PENTEADO FILHO, Nestor Sampaio. *Direitos humanos: doutrina e legislação*. 4. ed. rev. Atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.
- QUADROS, Elton Moreira. Sobre a identidade narrativa e a imputabilidade a partir de Ricoeur. *Revista Quaestio Juris*, Rio de Janeiro, v. 11, n. 1, p. 294-311, 2018. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestiojuris/article/view/29033/23311>. Acesso em: 6 nov. 2018.
- RICOEUR, P. *O justo 1: a justiça como regra moral e como instituição*. Tradução Ivone C. Benedetti. São Paulo, SP: WMF Martins Fontes, 2008.
- RICOEUR, P. *O si-mesmo como outro*. Tradução Ivone C. Benedetti. 1. ed. São Paulo, SP: WMF Martins Fontes, 2014.
- RICOEUR, P. Entrevista: Paul Ricoeur – o respeito da dignidade por todos. Tradução Sergio de Souza Salles. *Lex Humana*, v. 5, n. 1, p. 183-186, jun. 2013a. Disponível em: <http://seer.ucp.br/seer/index.php/LexHumana/article/view/371>. Acesso em: 26 ago. 2018.
- RICOEUR, P. Paul Ricoeur: A declaração universal dos direitos humanos – um novo sopro. *Synesis*, v. 5, n. 2, p. 211-213, 2013b. Disponível em: <http://seer.ucp.br/seer/index.php/synesis/article/view/433>. Acesso em: 26 ago. 2018.
- SALLES, Sergio de Souza. A dignidade do sujeito dos direitos humanos. *Conhecimento & Diversidade*, v. 6, n. 11, p. 112-122, jun. 2014b. Disponível em: https://revistas.unilasalle.edu.br/index.php/conhecimento_diversidade/article/view/1630. Acesso em: 26 ago. 2018.
- SALLES, Sergio de Souza. Paul Ricoeur e o paradoxo dos direitos humanos. *Peri*, v. 6, n. 2, p. 209-228, 2014a. Disponível em: <http://www.nexus.ufsc.br/index.php/peri/article/view/930>. Acesso em: 26 ago. 2018.

<http://dx.doi.org/10.21527/2317-5389.2020.15.134-152>

Prevenção à Tortura: Uma Mera Questão de Oportunidade aos Mecanismos Latino-Americanos?

Thais Lemos Duarte

Bacharelado em Ciências Sociais pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Mestrado pelo Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Antropologia da Universidade Federal do Rio de Janeiro (PPGSA-UFRJ), Doutorado em Ciências Sociais pelo Programa de Pós Graduação em Ciências Sociais da Uerj. Pesquisadora de Pós-Doutorado no Programa de Pós-Graduação em Sociologia da Universidade Federal de Minas Gerais (PPGS – UFMG). Bolsista do CNPq. <http://lattes.cnpq.br/4045097122040527>. <https://orcid.org/0000-0002-9149-7387>. thais-duarte@hotmail.com

Maria Gorete Marques de Jesus

Pesquisadora do Núcleo de Estudos da Violência da USP (NEV/USP). Doutorado em Sociologia pelo Programa de Pós-Graduação do Departamento de Sociologia da Universidade de São Paulo (FFLCH-USP). Mestrado em Sociologia pela Universidade de São Paulo (USP). Especialização em Direitos Humanos pela Faculdade de Direito da USP. Graduação em Ciências Sociais pela Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da USP (FFLCH/USP). <http://lattes.cnpq.br/3277182968137071>. <https://orcid.org/0000-0003-2667-8736>. gorete.marques@gmail.com

RESUMO

Tomando como base a perspectiva de que a tortura seria um tipo de crime de oportunidade, o Protocolo Facultativo à Convenção Contra a Tortura das Nações Unidas (ONU) criou um sistema de inspeções a unidades de privação de liberdade, formando os chamados Mecanismos Nacionais Preventivos. O objetivo deste artigo é analisar a estrutura e o *modus operandi* de quatro órgãos com este perfil na América Latina. Foram estudadas, pois, suas leis de formação e os relatórios produzidos a partir dos monitoramentos efetuados. Analisou-se que os Mecanismos Nacionais Preventivos estudados costumam atentar-se aos fatores de risco que acarretam a tortura, ao invés de investirem maior fôlego a encaminhamentos de casos de violência individuais. Ao mesmo tempo, portanto, em que reproduzem a perspectiva majoritária da ONU sobre a tortura ser uma espécie de crime de responsabilidade, os órgãos não necessariamente priorizam em suas atividades a responsabilização de atores que tenham perpetrado o ato, analisando a tortura como uma prática difusa.

Palavras-chave: Mecanismos nacionais preventivos. Protocolo facultativo à convenção contra a tortura. Nações Unidas. Tortura.

TORTURE PREVENTION: A MERE MATTER OF OPPORTUNITY TO LATIN AMERICAN MECHANISMS?

ABSTRACT

Based on the view that torture would be a type of opportunity crime, the Optional Protocol to the UN Convention against Torture created a system of inspections of deprivation units, forming the so-called National Preventive Mechanisms. The aim of this paper is to analyze the structure and *modus operandi* of four organs with this profile in Latin America. Therefore, its formation laws and the reports produced from the monitoring were studied. It was analyzed that the National Preventive Mechanisms studied tend to pay attention to the risk factors that lead to torture, instead of investing more breath to refer individual cases of violence. Therefore, while reproducing the UN majority perspective on torture as a kind of criminal offense, the agencies do not necessarily prioritize in their activities the accountability of actors who have perpetrated the act by analyzing torture as a pervasive practice.

Keywords: Preventive national mechanisms. Optional protocol to the convention against torture. United Nations. Torture.

SUMÁRIO

1 Apresentação. 2 Tortura como oportunidade? 3 Natureza geral dos Mecanismos Latino-Americanos. 4 Análises dos órgãos de prevenção nacionais. 4.1 Legislação e estrutura básica. 4.2 Composição e prerrogativas. 4.3 Metodologias e relatórios. 4.4 Descrição breve do conceito de tortura utilizado. 5 Reflexões sobre uma política de prevenção à tortura com base na teoria sobre crimes de oportunidades.

Recebido em: 5/10/2019

Aceito em: 5/11/2019

1 APRESENTAÇÃO

No ano de 2002, a Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU) aprovou o Protocolo Facultativo à Convenção Contra a Tortura – Opcat –, na sigla em inglês. Seu objetivo foi criar órgãos que realizariam visitas regulares a espaços de privação de liberdade, sem aviso prévio.¹ Essa tarefa seria, em parte, desenvolvida pelo Subcomitê de Prevenção à Tortura (SPT), cuja base, para além do Opcat, seria a tipificação prevista na Convenção da ONU contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes.²

Em específico, dentre outras prerrogativas, o SPT apresenta: a) o acesso a toda informação sobre o número de pessoas privadas de liberdade, o tratamento fornecido e as condições de detenção; b) o livre-trânsito a todos os locais de detenção, a todas as suas instalações e serviços; c) a oportunidade de realizar entrevistas reservadas; e d) a liberdade para escolher os locais a visitar e as pessoas a entrevistar. Essas ações devem ser desenvolvidas autonomamente, empreendidas por dez especialistas independentes, em conformidade aos princípios da confidencialidade, da imparcialidade, da não seletividade, da universalidade e da objetividade.

Todos os países signatários do Opcat devem viabilizar a realização do monitoramento, respeitando as prerrogativas do SPT. Ao final das inspeções, os membros do órgão remetem ao Estado visitado um relatório com um conjunto de recomendações que buscariam, no limite, propor medidas que erradicassem práticas de tortura em espaços de privação de liberdade.

Com atribuições e características gerais semelhantes, o Opcat também previu a criação de Mecanismos Nacionais de Prevenção à Tortura, embora não tenha estipulado um formato particular a tais órgãos. Cada país signatário ao Protocolo deve adequar um modelo conforme realidade própria, de modo que um Mecanismo Nacional Preventivo pode ser, por exemplo, uma instituição nacional de Direitos Humanos, uma Ouvidoria, uma comissão do Congresso, uma Organização Não Governamental ou qualquer ente especializado a monitorar locais de detenção (APT, 2005). De igual maneira, os Estados Parte podem optar por apresentar vários Mecanismos Nacionais Preventivos, haja vista a sua estrutura federativa ou, como outra possibilidade, uma divisão temática.

Cabe reforçar que, entretanto, embora os órgãos possam apresentar modelos variados, seu mote central deve ser o mesmo do SPT e, por sua vez, o previsto no Opcat. Dito de outro modo, a realização de visitas sistemáticas a espaços de privação de liberdade deve ser âmbito das atividades de tais entes, haja vista o fato de as Nações Unidas pautarem-se pela ideia de que a tortura seria prevenida na medida em que as condições para a sua perpetração fossem

¹ O termo recebe definição ampla, compreendendo espaços onde pessoas estão cerceadas de seu direito de ir e vir, seja em decorrência de uma medida judicial, seja em razão de vulnerabilidades subjetivas que impeçam o seu livre-trânsito. No escopo dessa definição estariam as prisões, os centros socioeducativos, os hospitais psiquiátricos, entre outros.

² Cabe destacar que a Convenção designa como “tortura” qualquer ato pelo qual dores ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são infligidos intencionalmente a uma pessoa a fim de: a) obter informações ou confissões; b) castigá-la por ato que ela ou uma terceira pessoa tenha cometido ou seja suspeita de ter cometido; c) intimidar ou coagir esta pessoa ou outras pessoas; d) ou por qualquer motivo baseado em discriminação de qualquer natureza; e) quando tais dores ou sofrimentos são infligidos por um funcionário público ou outra pessoa no exercício de funções públicas, ou por sua instigação, ou com o seu consentimento ou aquiescência. Não se considerará como tortura as dores ou sofrimentos que sejam consequência unicamente de sanções legítimas, ou que sejam inerentes a tais sanções ou delas decorram.

reduzidas por meio de fiscalizações periódicas (APT, 2005). Certo ator público evitaria cometer violações ao saber que um organismo monitora regularmente o espaço de privação de liberdade onde atua.

Em todo o mundo, até agosto de 2019, cerca de 90 países ratificaram o Opcat. Deste universo, 71 instituíram Mecanismos Nacionais Preventivos.³ Ao analisar especificamente a realidade latino-americana, entre 2002 e 2019 tinham sido estabelecidos, ao menos legalmente, 11 órgãos dessa natureza. Cada um apresenta formato distinto e, os em execução, adotam práticas diferenciadas, segundo a realidade onde atua (APT, 2005). A proposta deste artigo é analisar o trabalho de tais entes, inicialmente procedendo uma análise mais geral para, em seguida, operar um estudo mais detalhado sobre os Mecanismos Preventivos brasileiro, mexicano, argentino e paraguaio. Por um lado, irá se desenvolver uma reflexão de natureza mais teórica sobre a construção da política de prevenção proposta pelo Opcat. Em seguida, será analisado qualitativamente o *modus operandi* de tais órgãos, a partir de suas normas de formação e mediante documentos produzidos nas rotinas de trabalho.⁴

2 TORTURA COMO OPORTUNIDADE?

Na perspectiva criminológica tradicional, a explicação sobre a ocorrência de crimes recai em boa medida em fatores que incidem sobre indivíduos, como motivações subjetivas, questões comunitárias e arranjos institucionais de diversas naturezas (ANITUA, 2008). Há quem diga, porém, que esse tipo de abordagem é pouco profícuo ao processo de elaboração de políticas públicas, uma vez que apontaria para elementos que não necessariamente estariam sob controle direto do Estado (BEATO; PEIXOTO; ANDRADE, 2004).

Distante, portanto, de disposições de natureza sociológicas e psicológicas, foram desvendadas outras propostas analíticas, cujo cerne seriam as condições que possibilitam a ocorrência de determinadas naturezas de delitos. Estas fundaram-se, sobretudo, na perspectiva de que o crime seria um ato inscrito na rotina regular da vida social e econômica (GARLAND, 1999), lançando-se um olhar sobre aspectos ecológicos e ambientais na sua determinação. Classificada por Garland (1999) como “criminologia da vida cotidiana”, essa nova vertente ganhou forma, especialmente, na concepção sobre “crimes de oportunidades”. Indica-se que os criminosos realizam cálculos sobre suas ações, e a maior parte dos crimes é oportunista, sendo a criação de dificuldades para sua ocorrência a melhor forma de se evitar o ato.

Outra estratégia analítica comumente adotada é explicar a evolução das taxas de crime não mediante as características dos criminosos, mas das circunstâncias de ocorrência dos delitos (COHEN; FELSON, 1979). Um ato predatório seria consequência da convergência entre tempo e espaço de três elementos: ofensor motivado, que, por alguma razão, esteja predisposto a cometer um crime; alvo disponível, objeto ou pessoa que possa ser atacado; ausência

³ Informação disponível em: <https://www.apc.ch/es/base-de-datos-sobre-el-opcat/>. Acesso em: 25 ago. 2019.

⁴ A relação de documentos utilizada para a análise encontra-se na parte anexa deste artigo.

de guardiões capazes de prevenir violações.⁵ Algumas características de certo fato, como local de moradia das vítimas, relacionamento entre os envolvidos e horário da ocorrência, portanto, seriam determinantes à incidência de crimes.

O conjunto dessas abordagens motivou a formulação de políticas públicas focadas na vitimização. Não à toa, nas últimas décadas foram desenvolvidas diversas pesquisas destinadas à compreensão de fatores vinculados a estilos de vida, os quais influenciariam a probabilidade de certas pessoas tornarem-se vítimas de crimes. Tais estudos partem do suposto de que as diferenças de hábitos afetam o montante de tempo alocado às atividades da rotina, como trabalho e lazer, e, conseqüentemente, a exposição a situações de risco (BEATO; PEIXOTO; ANDRADE, 2004).

Não obstante, ao se desenhar entes de monitoramento de espaços de privação de liberdade, como o SPT e Mecanismos Nacionais Preventivos, resta subentendido que a tortura seria compreendida pelas Nações Unidas como um tipo de “crime de oportunidade”. De fato, conforme Maia (2006), o relatório redigido por um antigo Relator Especial da ONU Contra a Tortura, Nigel Rodley, fruto de sua visita ao Brasil em 2000, conclui que a tortura seria um crime desta natureza. Dito de outro modo, o documento indicou que as oportunidades desempenham um papel relevante para que a prática ocorra. A criação de um sistema regular de visitas, então, seria a forma pela qual se impediria a confluência de situações que possibilitem tal violação a ser cometida por algum agente do Estado.

Algumas vozes, no entanto, questionam essa perspectiva sobre “crimes de oportunidades”, voltada ao controle da criminalidade por meio da diminuição das possibilidades crimino-gênicas e do fortalecimento dos controles situacionais (SILVA, 2010). Garland (2008) aponta que tal vertente vem sendo amplamente aproveitada pela linhagem política neoliberal, a qual desresponsabiliza ações estruturantes do Estado e de suas agências em relação à ocorrência de certos crimes, podendo a tortura ser incluída neste rol. Em outras palavras, esta interpretação mais crítica indica que o conceito de “crime de oportunidades” reduz uma violação a critérios racionais individuais para as tomadas de decisão. A violência é restringida, então, a uma mera ação, limitando seu entendimento a uma questão jurídica e pessoal, desconsiderando aspectos estruturais e estruturantes.

Neste sentido, apenas seria possível uma análise complexa sobre a tortura ao se atentar a aspectos sociais atrelados à prática, tal como a Pastoral Carcerária Nacional propôs em seus relatórios sobre “tortura em tempos de encarceramento em massa” (PASTORAL CARCERÁRIA, 2016, 2018). De acordo com a organização, o conceito sobre tortura encontra-se em disputa, sendo mutável e historicamente construído. Não à toa, geralmente corresponde a questões sociais profundas, como a forte seletividade operada pelo sistema de justiça criminal, cujo efeito é reprimir grupos sociais pobres, normalmente formados por pretos e pardos. Ainda, relaciona-se a normas penais altamente segmentadoras e escrutinantes, como a lei de drogas utilizada no Brasil – Lei nº 11.343 de 2006 –, cujas penas são longas, a serem cumpridas em privação de liberdade.

⁵ Segundo Beato, Peixoto e Andrade (2004), entretanto, embora esteja preocupada com características ambientais, essa perspectiva ainda guarda certa relação com a abordagem criminológica tradicional, pois enfatiza a motivação dos defensores como um dos elementos centrais de análise.

Esta concepção indica que a tortura constitui-se, pois, em instrumento de gestão e manutenção da ordem, em um sistema mormente pautado por violações de todas as naturezas, cujo efeito seria reprimir classes social e economicamente vulneráveis. A prática é deslocada da esfera individual de ação, conforme proposto pela teoria sobre “crimes de oportunidades”, e é trazida ao âmbito de construção da política penal. Ainda, conforme esse prisma, as políticas de enfrentamento à tortura em espaços de privação de liberdade já estabelecidas, baseadas em sistemas de monitoramento, poderiam ser consideradas limitadas (PASTORAL CARCERÁRIA, 2018). Formalmente, esses Mecanismos Nacionais Preventivos seriam potentes para cercear uma ou outra situação típica do ambiente averiguado, mas se mostrariam incapazes de reprimir circunstâncias estruturais de violação.

As experiências do Opcat exigem uma reflexão complexa sobre a noção de tortura, sobre a natureza da ação do SPT e sobre a ação desenvolvida pelos Mecanismos Nacionais Preventivos. As próximas seções do artigo pretendem travar esse debate, tomando como base legislações de estruturação desses órgãos de prevenção à tortura e relatórios elaborados a partir das visitas de monitoramento.

3 NATUREZA GERAL DOS MECANISMOS LATINO-AMERICANOS

A Tabela 1 resume as principais características de constituição dos Mecanismos Nacionais Preventivos de países latino americanos existentes, ao menos, formalmente. Todas as informações descritas foram coletadas em *sites* da *internet* de organizações voltadas à temática de prevenção à tortura, como a Associação para Prevenção da Tortura,⁶ e páginas dos próprios órgãos em estudo, quando existentes. Além disso, foram travadas conversas informais com atores com atuação internacional no campo dos Direitos Humanos, a fim de se compreender especificidades de trabalho dos órgãos, os quais não estão espelhados nas leis e nos relatórios publicados.

Cabe ressaltar, de antemão, que todos os países latino americanos ratificaram o Protocolo da ONU contra a Tortura, porém nem todos aderiram ao Opcat. Colômbia, Cuba, El Salvador, Venezuela e República Dominicana estariam neste segundo grupo. Em adição, estão dispostos a seguir os países que promulgaram leis ou outros tipos de normativas destinadas à instalação dos Mecanismos Nacionais Preventivos. Não necessariamente, porém, os órgãos estão em funcionamento, executando inspeções a espaços de privação de liberdade, como seria o caso da Bolívia, por exemplo. Como a análise proposta neste artigo é puramente documental, ainda que o órgão não esteja em atuação, a informação sobre sua instalação foi considerada válida e, portanto, introduzida na Tabela seguinte. Em contrapartida, não foram considerados países que, apesar de terem ratificado o Opcat, não promulgaram normativas que regulamentam seus Mecanismos Nacionais Preventivos,⁷ como seriam os casos do Chile, do Panamá e do Peru.

⁶ Disponível em: <https://www.apr.ch/pt/>. Acesso em: 25 ago. 2019.

⁷ O Peru ratificou o Opcat em 2006, o Chile em 2008 e o Panamá em 2011.

Por sua vez, alguns países, como o Brasil e a Argentina, constituíram Mecanismos Nacionais Preventivos não apenas de âmbito nacional, mas também em seus estados e províncias. Haja vista esse dado, a Tabela a seguir apenas descreve informações dos órgãos de caráter nacionais, não regionais.

Tabela 1 – Características de Mecanismos Nacionais Preventivos da América Latina

País	Ano de ratificação do Opcat	Natureza do Mecanismo Nacional	Vínculo institucional	Marco normativo	Em atuação?
Argentina	2004	Sistema Preventivo Nacional	Poder Legislativo	Ley 26.827/2013	Sim
Bolívia	2006	Nova Instituição Especializada	Ministerio de Justicia	Ley 474/2013	Não
Brasil	2007	Nova Instituição Especializada	Secretaria de Direitos Humanos	Lei 12.847/2013	Sim
Costa Rica	2005	Instituição de Ombuds	Defensoría de los Habitantes	Ley 9.204/2014	Sim
Equador	2010	Instituição de Ombuds	Defensoría del Pueblo	Resolución del Defensor del Pueblo N°111-DDP-2011/2011	Sim
Guatemala	2008	Nova Instituição Especializada	Sem vinculação com qualquer instituição	Decreto 40/2010	Sim
Honduras	2006	Nova Instituição Especializada	Sem vinculação com outra instituição	Decreto 136/2008	Sim
México	2005	Instituição de Ombuds	Comisión Nacional de los Derechos Humanos	Ley General Ley General para Prevenir, Investigar y Sancionar la Tortura 2017	Sim
Nicarágua	2009	Instituição de Ombuds	Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos	Acuerdo Presidencial 4/2012	Sim
Paraguai	2005	Nova Instituição Especializada	Sem vinculação com outra instituição	Ley 4.288/2011	Sim
Uruguai	2005	Comissão Nacional dos Direitos Humanos	Institución Nacional de Derechos Humanos y Defensoría del Pueblo	Ley 18.446/ 2008	Sim

Fonte: APT (2014); SPT.⁸

⁸ Disponível em: <https://nacoesunidas.org/>. Acesso em: 25 ago. 2019.

Os anos de ratificação do Opcat são distintos. O pioneiro foi a Argentina em 2004, dois anos após a confecção do documento pelas Nações Unidas. Já a maioria, incluindo o Uruguai, o Paraguai, o México e a Costa Rica, sancionou o documento em 2005, seguido da Bolívia, do Peru e de Honduras em 2006. Ainda que não esteja exposto na Tabela, o último país a aprovar o Opcat foi o Panamá, em 2011.

Geralmente, as leis que regulamentam os Mecanismos Nacionais Preventivos foram lançadas anos após a ratificação do Opcat. O caso mais emblemático seria o da Argentina. Embora tenha sido precursor da homologação do Protocolo na América Latina, o país apenas lançou um marco normativo sobre seu órgão nacional em 2013, nove anos após. Processos similares ocorreram em vários outros países, como o Brasil, o qual ratificou o Opcat em 2007, mas apenas lançou a lei de regulamentação de seu órgão em 2013. Por outro lado, o Equador seria o país com o lapso temporal mais curto entre a aprovação do Opcat e a publicação do marco normativo para estruturação de seu Mecanismo Nacional Preventivo.

Como possibilitado pelo próprio Opcat, cada país compôs um tipo diferenciado de Mecanismo Nacional Preventivo. Locais como Paraguai, Honduras e Guatemala criaram órgãos independentes de qualquer outra entidade nacional. Já as demais experiências apontam para uma vinculação institucional, estando os entes ligados, ainda que apenas administrativamente, a instituições do Estado, como Ministério da Justiça, Órgãos de Direitos Humanos e Defensorias del Pueblo. Neste exemplo, entre outros, estariam incluídos o Uruguai, o Brasil, a Argentina, a Nicarágua e a Bolívia.

As naturezas dos Mecanismos Nacionais Preventivos também são diferenciadas. Países como o México e o Uruguai propuseram que tais entes atuassem a partir da Comissão Nacional de Direitos Humanos, aproveitando uma institucionalidade já existente. Já o Brasil, a Argentina, a Guatemala, Honduras, a Bolívia e o Paraguai, criaram uma entidade de prevenção à tortura, voltada especificamente ao desenvolvimento de atividades previstas no Opcat. Por sua vez, a Costa Rica, o Equador e a Nicarágua teriam órgãos como instituições de *Ombudsman*, isto é, funcionariam como espécies de advogados públicos, voltados ao interesse público, com funções próximas de ouvidoria.

A fim de qualificar as discussões, evitando generalizações que poderiam descaracterizar os modos de ações dos Mecanismos Nacionais Preventivos, nas seções adiante as análises estarão focadas nos órgãos do Brasil, da Argentina, do México e do Paraguai. Tais países foram eleitos na pesquisa por se destacarem no cenário latino-americano no que se refere à prevenção à tortura, conforme o relato de alguns informantes contatados, bem como por disporem de documentos importantes do ponto de vista analítico. Deste modo, optou-se por abarcar entes de diferentes naturezas, com vinculações institucionais distintas e, ainda, com metodologias de atuação próprias.

4 ANÁLISES DOS ÓRGÃOS DE PREVENÇÃO NACIONAIS

Por abrangerem realidades distintas, as legislações e relatórios redigidos pelos Mecanismos Nacionais Preventivos podem apresentar formatos e conteúdos muito díspares entre si, dificultando qualquer comparabilidade.⁹ Com vistas a reverter esse possível problema, foram eleitos alguns pontos analíticos comuns. Definiram-se aspectos que indicariam não só o *modus operandi* dos distintos entes, mas também a forma como cada um constrói a política de prevenção à tortura local com base nos preceitos das Nações Unidas.

Para fins analíticos, portanto, foram levantadas as informações contidas na Tabela 2.

Tabela 2 – Pontos de análise

1 – Prerrogativas institucionais
2 – Estrutura básica do órgão – número de membros, perfil, tipo de vínculo
3 – Dinâmica de produção dos relatórios, tipos de documentos produzidos e publicidade
4 – Descrição breve do conceito de tortura utilizado
5 – Tipos de espaços comumente visitados
6 – Metodologia de visita
7 – Principais aspectos ressaltados sobre a privação de liberdade

Por certo, não necessariamente todos esses aspectos puderam ser coletados e analisados de modo homogêneo para todos os países. Os documentos dispostos pelos distintos órgãos descrevem, de forma mais detalhada, certos elementos em detrimento de outros. Tal como disposto nas subseções a seguir, no entanto, as informações coletadas permitem compreender, de maneira relativamente consistente, a estrutura e a atuação dos Mecanismos Nacionais Preventivos estudados.

4.1 Legislação e estrutura básica

Conforme introduzido na Tabela 1, cada país analisado propôs modelos heterogêneos de estruturação de suas políticas de prevenção à tortura com base no Opcat. O Brasil constituiu o Sistema Nacional de Prevenção e Combate à Tortura pela Lei 12.847/2013, criando dois entes, o Mecanismo Nacional e o Comitê Nacional de Prevenção e Combate à Tortura.¹⁰ Outros órgãos também concebem este Sistema Nacional, como os Mecanismos Estaduais Preventivos¹¹ e certos atores do poder público federal, de modo que sua função precípua seria fortalecer a política nacional sobre a pauta, mediante a união de seus integrantes.

⁹ No momento da redação deste artigo, não havia sido publicado qualquer relatório anual ou outro tipo de informe pelo Comité Nacional da Argentina, embora o órgão tivesse completado mais de um ano de existência. Por isso, não foi possível compreender de modo aprofundado sua metodologia de trabalho para além do previsto em norma. Ainda assim, no entanto, optou-se por abarcar o país, haja vista as peculiaridades trazidas em sua norma de estruturação da política de prevenção à tortura, como será discutido adiante.

¹⁰ Este órgão é composto por 23 integrantes escolhidos pela Presidência da República, 11 do Poder Executivo Federal e 12 da sociedade civil, que também tem atribuições de auxiliar o SNPCT na construção da política de prevenção à tortura nacional e de prestar assessoramento às atividades do Mecanismo Preventivo brasileiro.

¹¹ Conforme a APT, até setembro de 2019 sete Estados tinham publicado normativas com vistas a estruturar essa institucionalidade: Rio de Janeiro (Lei 5.778 de 2010), Pernambuco (Lei 14.863 de 2012), Rondônia (Lei 3.262 de 2013), Paraíba (Lei 9.413 de 2011), Alagoas (Lei 7.141 de 2009), Minas Gerais (Lei 21.164 de 2014) e Espírito Santo (Lei 10.006 de 2013).

A Argentina também criou um Sistema Nacional de Prevención de la Tortura (Ley n° 26.827/2013), composto pelo Comité Nacional – com funções similares aos Mecanismos Nacionais Preventivos do Opcat –, pelos Mecanismos provinciais,¹² por outras organizações governamentais e não governamentais envolvidas na pauta sobre tortura, bem como pelo Consejo Federal de Mecanismos Locales.¹³ Por certo, a política nacional ainda se encontra em construção, a despeito de estar em estruturação há aproximadamente duas décadas. O objetivo final deste processo seria garantir os direitos consagrados na lei argentina,¹⁴ na Convenção contra a Tortura da ONU,¹⁵ no Opcat¹⁶ e em outros tratados internacionais sobre o assunto.

Já as políticas de prevenção à tortura mexicana e paraguaia não foram criadas a partir da constituição de um Sistema Nacional, mesmo que haja um esforço normativo em vincular diversos atores nacionais governamentais e não governamentais para atuar na pauta. Não à toa, em 2007, dois anos após a ratificação do Opcat, o México definiu um Mecanismo Nacional Preventivo vinculado à Comissão Nacional de Derechos Humanos (CNDH), órgão já existente. Promulgou, pois, a Ley General para Prevenir, Investigar y Sancionar la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes,¹⁷ cujo efeito foi introduzir o mandato do Mecanismo Nacional ao CNDH, segundo o Opcat. Por sua vez, o Paraguai apresenta uma lei específica de criação de seu Mecanismo Preventivo (Ley 4822/2011),¹⁸ em que descreve, de maneira detalhada, o papel do órgão, em conformidade aos padrões das Nações Unidas.

Diferente do Brasil e da Argentina, cabe destacar ainda que nem o México tampouco o Paraguai compõem órgãos locais de prevenção à tortura. Em ambos os países, encontram-se em atuação apenas seus Mecanismos Preventivos com atuação nacional.

A estrutura de cada um dos órgãos nacionais varia de um local a outro. Alguns têm formatação que ao menos oficialmente garante maior autonomia e independência. Esse não seria o caso do órgão brasileiro, porém. O Mecanismo Preventivo deste país é vinculado à

¹² Conforme a APT, até setembro de 2019 oito das 24 províncias argentinas adotaram leis para criar Mecanismos Preventivos locais. Seriam os casos do Chaco (Ley 6.483 de 2010), Ciudad de Buenos Aires (Ley 5.787 de 2017), Mendoza (Ley 8.297 de 2011), Misiones (Ley IV 65 de 2014), Rio Negro (Ley 4.621 de 2011, modificada pela Ley 4.964 de 2014), Salta (Ley 7.733 de 2012), Tucumán (Ley 8.523 de 2012) e Jujuy (Ley 47.978 de 2019). Por outro lado, outras províncias estariam em debate sobre suas leis, como Buenos Aires, Catamarca, Chubut, Córdoba, Entre Ríos, Formosa, La Rioja, Neuquén, Santa Cruz, Santa Fé, San Luis, Santiago do Estero e Terra do Fogo. Disponível em: <https://www.argentina.gob.ar/comite-nacional-para-la-prevencion-de-la-tortura>. Acesso em: 9 set. 2019.

¹³ Órgão composto pelo Mecanismo em âmbito provincial, cujo objetivo é avaliar as instituições locais de prevenção à tortura, produtos do Opcat. Apresentam também a tarefa de elaborar propostas e estudos para subsidiar o Comité. Informações disponíveis em: https://apt.ch/en/opcat_pages/opcat-situation-84/. Acesso em: 9 set. 2019.

¹⁴ Artigos 18 e 75 da Constituição Argentina de 1994. Artigo 144 do Código Penal – Lei 11.179/1984. Resumidamente, essas normas tipificam como tortura o ato cometido por funcionários públicos que impuserem a pessoas privadas de liberdade qualquer forma sofrimento físico e psíquico.

¹⁵ Ley 23.338, a qual aprovou a Convenção da ONU contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes.

¹⁶ Ley 25932, que no ano de 2004 ratificou o Opcat.

¹⁷ Ley General para Prevenir, Investigar y Sancionar la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; y se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones del Código Penal Federal, de la Ley de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, de la Ley del Sistema Nacional de Seguridad Pública y de la Ley de Extradición Internacional. 26/6/2017. Disponível em: https://www.apt.ch/content/files/npm/americas/Mexico_Anti-torture-NPM%20law_June2017.pdf. Acesso em: 11 set. 2019.

¹⁸ Ley 4288/2011. Disponível em: <http://www.bacn.gov.py/leyes-paraguayas/3667/mecanismo-nacional-de-prevencion-contra-la-tortura-y-otros-tratos-o-penas-cruelles-e-inhumanos-o-degradantes>. Acesso em: 10 set. 2019.

estrutura do Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos, pertencente ao Poder Executivo Federal. Para exercer suas funções, o ente depende de expedientes deste Ministério, tais como estrutura física, recursos humanos e insumos materiais. Além deste aspecto, a legislação de criação do órgão nacional de prevenção à tortura não contemplou outros dispositivos importantes à garantia de sua autonomia, pois deixou parte de sua estruturação para ser regulamentada por Decreto, como o de nº 8.154/2013,¹⁹ e por outros atos da administração pública, como os proferidos em Diário Oficial, todos frágeis politicamente. Os cargos concedidos aos membros do Mecanismo Nacional Preventivo, por exemplo, não estão previstos em lei, estando dispostos em norma alterável por ato da Presidência da República, sem a obrigatoriedade de passar pelo crivo do Congresso Nacional (ANGOTTI; FILHO; JESUS, 2018).

Em consequência, a depender de circunstâncias políticas, as rotinas do ente brasileiro podem estar sujeitas à discricionariedade dos gestores públicos. Nesta ótica, um governo mais adstrito a parâmetros internacionais de Direitos Humanos tenderia a respeitar a sua autonomia, mas, em situação contrária, traços fundamentais ao seu funcionamento, como os indicados pelo Opcat, poderiam ser colocados em xeque.

Não obstante, em junho de 2019 o governo Bolsonaro lançou o Decreto nº 9.831, cujo efeito foi mudar a estrutura de cargos em comissão do Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos, alterando o Decreto nº 8.154/2013. Tal norma desconsiderou as atividades desenvolvidas pelos membros do Mecanismo Nacional Preventivo como assalariada, identificando-as como prestação de serviço público não remunerada, que não pode ser exercida por pessoas vinculadas a redes, a entidades da sociedade civil e a instituições de ensino e pesquisa. Todos os integrantes em atuação no período de lançamento do decreto foram imediatamente exonerados. O Sistema de Justiça nacional reviu meses depois essa decisão, mas o governo federal pediu recurso, estando o caso em disputa até o final da redação deste artigo. Assim, é possível afirmar que a política de prevenção à tortura brasileira é frágil, pautada por fortes tensionamentos.

Possivelmente, o Mecanismo Preventivo mexicano não está sujeito a cenário equivalente de disputas, pois se encontra vinculado à Comissão Nacional de Direitos Humanos, com natureza jurídica *Ombudsman*, dispondo de autonomia de gestão e independência financeira. Similarmente, o Comitê argentino parece também gozar, ao menos formalmente, de uma autonomia. Sua norma de estruturação indica que, embora esteja criado no âmbito do Legislativo, o ente deve atuar conforme a lei, mas sem receber instruções de qualquer autoridade.

O Mecanismo Preventivo do Paraguai também, aparentemente, dispõe de independência institucional, pois está estruturado como autarquia, isto é, pessoa jurídica de Direito Público. Toda a sua conformação é prevista em legislação própria, o que lhe garante autonomia em relação a outros entes. Não à toa, todos os seus funcionários, seus consultores e seus membros vinculam-se diretamente ao órgão, bem como tal ator apresenta uma Secretaria Executiva instalada.

¹⁹ Regulamenta o funcionamento do Sistema Nacional de Prevenção e Combate à Tortura, a composição e o funcionamento do Comitê Nacional de Prevenção e Combate à Tortura e dispõe sobre o Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura.

4.2 Composição e prerrogativas

Os quatro órgãos em análise apresentam prerrogativas similares, pois seguem o modelo de atuação previsto no Opcat. Monitoram, portanto, espaços de privação de liberdade em todo o território de seus países, com livre-acesso às áreas destes estabelecimentos. Seus membros podem conversar reservadamente tanto com as pessoas privadas de liberdade quanto com quaisquer outros indivíduos que possam fornecer elementos sobre indícios de tortura e de outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes ocorridos em local de detenção. Geralmente as visitas são realizadas sem aviso prévio, mas em alguns casos são agendadas com as autoridades dos estabelecimentos a serem fiscalizados.

Por outro lado, a composição dos quatro entes em estudo é destoante, possivelmente em decorrência das peculiaridades relativas aos cenários onde atuam. Neste sentido, os Mecanismos Nacionais Preventivos apresentam número de membros variável, assim como mandatos, formatos de seleção de seus integrantes e tipos de vinculação dos membros – remunerada ou não remunerada – heterogêneos. De fato, nenhum dos documentos analisados indica as motivações para certas características de estruturação dos órgãos, como quantidade e perfis de integrantes, por exemplo. Provavelmente existiram discussões em torno do assunto, mas tais pautas não são aprofundadas nos materiais observados.

O órgão brasileiro é composto por 11 membros, os chamados “peritos”, todos com mandato de três anos, selecionados pelo Comitê Nacional de Prevenção e Combate à Tortura, outro integrante do já mencionado Sistema Nacional. Podem se candidatar ao órgão profissionais com Ensino Superior, das mais distintas áreas do saber, sendo respeitados critérios de gênero e de regionalidade.

Por sua vez, o Comitê Nacional argentino é constituído por 13 pessoas, dispendo de uma estrutura de perfil quase fixa, o que se distingue da experiência brasileira. É formado por: a) seis parlamentares, b) o procurador penitenciário da nação, c) dois representantes de mecanismos locais eleitos pelo Consejo Federal, d) três representantes de organizações não governamentais com experiência em atividades voltadas à defesa de direitos das pessoas privadas de liberdade e de prevenção à tortura; e e) um representante da Secretaría de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Por outro lado, a composição do Comitê segue princípios similares ao Brasil no que se refere à seleção de seus membros, adotados os critérios de regionalidade, de equidade de gênero e da não discriminação, assegurando-se a multidisciplinariedade.

A despeito de a lei mexicana não estabelecer o número de integrantes de seu Mecanismo Preventivo, tampouco o perfil dos profissionais, algumas informações veiculadas na *internet*²⁰ indicam que o órgão é integrado por advogados, médicos, psicólogos, criminologistas, psiquiatras e graduados em educação.²¹ Conforme a norma nacional, um regulamento estabelecerá os critérios para seleção dos integrantes do ente, sendo respeitados o equilíbrio

²⁰ Disponível em: <https://www.cndh.org.mx/programa/37/mecanismo-nacional-de-prevencion-de-la-tortura>. Acesso em: 15 set. 2019.

²¹ De acordo com a publicação da APT (2014), não há um número preciso de colaboradores do Mecanismo, mas os membros são funcionários da Comissão Nacional de Direitos Humanos (p. 28).

de gênero, bem como a representação étnico racial e regional.²² Ainda, esta mesma lei estabelece que os membros do Mecanismo Preventivo Nacional devem ser indicados pelo Comitê Técnico,²³ órgão criado pela Ley General de 2017, composto por quatro representantes da sociedade civil e por especialistas com experiência reconhecida no campo da prevenção à tortura. Tal Comitê parece ter perfil e parâmetros de atuação similares ao Comitê Nacional brasileiro, cuja função, entre outras, seria também a escolha dos integrantes do Mecanismo Nacional Preventivo.

Por fim, o Mecanismo Preventivo paraguaio é composto por seis Comissários titulares e três Comissários suplentes, sendo, atualmente, formado por quatro mulheres e dois homens, totalizando seis membros. Estes somam cinco advogados e um psicólogo. Os requisitos para integrar o ente são: a) nacionalidade paraguaia; b) residência permanente no país; c) apresentar ao menos 30 anos; d) estar autorizado a desempenhar funções públicas; e) ter experiência nas áreas relativas ao Opcat; f) ter méritos reconhecidos na defesa dos Direitos Humanos e honra notória; e g) não possuir antecedentes criminais. Tal como os demais órgãos, a seleção dos membros deve considerar o equilíbrio de gênero e a diversidade cultural.

4.3 Metodologias e relatórios

Todos os relatórios produzidos pelo Mecanismo Preventivo brasileiro estão publicados no *site* do Ministério ao qual encontra-se vinculado. Entre 2015 e 2018 foram divulgados 41 documentos, dentre relatórios de inspeções a estabelecimentos situados em distintos Estados do Brasil, relatórios temáticos e relatórios anuais de prestação de contas. Em algumas situações, estes documentos resumem o cenário de privação de liberdade de todos os locais visitados em uma única unidade da federação, enquanto outros se referem a um estabelecimento específico, embora haja documentos relativos ao mesmo Estado. Cada relatório emite recomendações a órgãos públicos com vistas a reverter as violações encontradas durante as inspeções.

A maioria dos documentos do Mecanismo Preventivo brasileiro refere-se a unidades prisionais, seguidas de centros socioeducativos e unidades de saúde mental. Em menor medida, foram inspecionados centros de acolhimento para crianças e para adolescentes, bem como instituições de longa permanência.²⁴ As visitas são realizadas por, no mínimo, três peritos, e algumas inspeções foram efetuadas em parceria com instituições da sociedade civil, como a própria APT, e, inclusive, com membros do SPT.

Alguns relatórios não especificam a metodologia empregada em campo, mas, quando o fazem, indicam que inicialmente, ao chegarem à unidade, os peritos brasileiros apresentam-se à direção local e apontam como irão trabalhar. Em seguida, percorrem as distintas áreas do estabelecimento visitado, conversando, reservadamente ou não, com as pessoas privadas de liberdade. Após, contatam funcionários, como agentes prisionais, agentes socioeducativos e

²² Não foi possível, no entanto, acessar esse referido regulamento para compreender como ocorre essa seleção e o número de visitantes selecionados para composição do Mecanismo mexicano.

²³ Artigo 75 da Lei Geral de 2017.

²⁴ Em 2016, pouco mais de 50% das recomendações do Mecanismo Preventivo brasileiro referiram-se a aspectos de unidades prisionais, e 26% disseram respeito a centros socioeducativos (DAUFEMBACK *et al.*, 2018).

equipe técnica. Por fim, encerram a visita e apontam sobre a publicação futura do relatório, o que deverá ocorrer em até 30 dias. Uma inspeção pode apresentar duração de dois dias inteiros, mas algumas foram efetuadas em meio período, como uma tarde. Não são fornecidas, porém, explicações sobre a adoção de diferentes metodologias nesse sentido.

Geralmente são tiradas fotos dos espaços visitados, muitas das quais expostas nos relatórios de inspeção. Alguns documentos, no entanto, não exibem esse tipo de registro, sem fornecer detalhes sobre essa escolha. Muitos retratos se atentam a relatar aspectos estruturais e as condições de privação de liberdade das unidades visitadas. Focam, em boa medida, a sujeira dos espaços, a superlotação e a degradação física dos ambientes, todos aspectos muito trabalhados pelo Mecanismo Preventivo brasileiro em seus documentos. Coerentemente, a maioria das recomendações do órgão em 2016 (22.63%) é relativa à abertura dos estabelecimentos de privação de liberdade ao controle externo, como órgãos da sociedade civil e do poder público, bem como a medidas voltadas à saúde (20.8%) e à infraestrutura (20%) (DAUFEMBACK *et al.*, 2018).

Ao que parece, portanto, o órgão volta-se mais a fatores de risco que propiciam certa violação ao invés de denunciar casos específicos sobre a prática. Como apontado em alguns textos publicados pelo órgão brasileiro, os casos individuais de tortura costumam ser encaminhados diretamente a órgãos responsáveis por sua averiguação, como os Ministérios Públicos estaduais, não sendo diretamente tratado nos documentos. Caso contrário, a possível vítima da violação seria exposta, abrindo-se flanco para serem cometidas represálias contra ela. Não é apontada, no entanto, nos relatórios, a quantidade de encaminhamentos efetuada a cada visita, assim como a forma como essa tarefa é efetivamente procedimentalizada e acompanhada. Pressupõe-se que esse tipo de prática é fluido, adotado conforme o contexto de realização da visita e as condições de privação de liberdade encontradas.

À medida que a lei brasileira torna obrigatória a produção e a publicização de relatórios e de recomendações, a norma argentina faculta o desenvolvimento deste tipo de atividade. Ou seja, o Comité Nacional poderá redigir os chamados “relatórios de situação” e/ou relatórios temáticos. Ainda, poderá realizar recomendações, assim como qualquer outra atuação necessária ao cumprimento de medidas de prevenção à tortura. Por outro lado, é estipulado como dever do Comité Nacional a divulgação de um relatório anual que conterá um diagnóstico sobre a situação das pessoas privadas de liberdade e uma avaliação do cumprimento das obrigações estatais acerca da matéria. Embora, porém, apresente mais de um ano de atuação, não há qualquer relatório divulgado no *site* do órgão, tampouco o informe anual.

A norma argentina também prevê que as autoridades citadas nos documentos do Comité Nacional devem prestar satisfações em até 20 dias, podendo esse prazo ser restringido ou afrouxado conforme decisão do órgão de prevenção à tortura. Em caso de não cumprimento das medidas impostas ou de execução insuficiente, o Comité Nacional deverá acionar distintos atores públicos nacionais, todos relacionados à pauta de Direitos Humanos, a fim de que sejam tomadas as devidas providências.

Um diferencial da lei argentina em relação aos documentos analisados dos demais países, diz respeito ao fato de ser estipulado um rol de temas considerados centrais à prevenção à tortura e, por sua vez, a adoção de medidas para abordá-los. Dito de outro modo, caberia ao Comité Nacional elaborar, em seus primeiros seis meses de funcionamento, padrões e crité-

rios de atuação relativos: à inspeção e à visita a estabelecimentos de detenção; às condições de detenção; à capacidade do alojamento e ao controle da superpopulação; ao emprego da força; às revistas e às medidas de sujeição; ao regime disciplinar; à designação de funcionários; à documentação e à investigação de casos de tortura; ao regime de transferência; ao fortalecimento dos controles judiciais; a todos outros elementos relacionados à Convenção da ONU contra a Tortura. Assim como no caso brasileiro, portanto, ao que tudo indica, a Argentina investe na prevenção de fatores de riscos que causam a tortura em espaços de privação de liberdade.

Por sua vez, o Mecanismo Preventivo mexicano produz três tipos de documentos: 1. os relatórios de visita, produzidos após as inspeções às unidades de privação de liberdade, contendo a descrição do que foi observado, os fatores de risco propensos a desencadear a tortura e as recomendações às autoridades; 2. os relatórios de acompanhamento, realizados após visitas de retorno às unidades para averiguação de cumprimento das recomendações; 3. os relatórios especiais, os quais abordam uma problemática específica.²⁵ Esses documentos são públicos e podem ser acessados pela *internet*.²⁶

A metodologia adotada pelo órgão mexicano consiste em elaborar um planejamento anual das visitas, pautado por uma seleção dos lugares a serem vistoriados. Essa agenda de inspeções baseia-se em um levantamento prévio de informações, tais como antecedentes das unidades de privação de liberdade e dados sobre os estabelecimentos. Especificamente, são levados em consideração, entre outros aspectos, o número de pessoas privadas de liberdade em certo local, a capacidade do espaço, notícias, denúncias, autoridades responsáveis e normativas.

De modo semelhante ao realizado no Brasil, no momento da visita os membros do Mecanismo Preventivo mexicano apresentam-se à autoridade responsável pela unidade. Em seguida, dividem-se em equipes e, assim, conhecem as instalações, bem como entrevistam pessoas privadas de liberdade, familiares e funcionários.

A fim de que todas as inspeções sigam uma metodologia comum, utiliza-se o chamado Guia de Supervisão de Lugares de Detenção e Internamento. Criado pelo Mecanismo Preventivo mexicano, o foco do documento direciona-se a cinco direitos percebidos como fundamentais, os quais também se atentam majoritariamente a situações de risco que propiciam a tortura:

1. Direito a receber tratamento humano e digno, sendo tratadas questões vinculadas às condições das instalações, higiene, alimentação, etc.
2. Direito à legalidade e à segurança jurídica, sendo averiguados os regulamentos e os manuais de procedimentos, o direito de conhecer o crime imputado à pessoa privada de liberdade em sua detenção, a separação e classificação em áreas de detenção, a aplicação de sanções disciplinares, etc.

²⁵ Informações disponíveis em: <https://www.cndh.org.mx/pagina/metodologia-para-la-realizacion-de-las-visitas>. Acesso em: 10 set. 2019.

²⁶ Disponível em: <https://www.cndh.org.mx/programa/37/mecanismo-nacional-de-prevencion-de-la-tortura>. Acesso em: 15 set. 2019.

3. Direito à proteção da saúde, sendo observados o perfil da equipe médica, os medicamentos, a aplicação de exames médicos, etc.
4. Direito à integridade pessoal, sendo compreendidos o pessoal de segurança e custódia, o treinamento empregado a tais profissionais, os programas de combate à violência e à emergência, a supervisão das autoridades responsáveis nos locais de detenção, etc.
5. Direitos humanos de grupos vulneráveis, sendo analisadas a atenção a pessoas com deficiência psicossocial, os programas antidependência, a acessibilidade dos espaços para indivíduos com deficiência, etc.

Após as visitas, o Mecanismo Preventivo mexicano elabora um relatório, sistematizando o averiguado, os casos específicos detectados e as recomendações. Entre 2007 e 2017, o ente inspecionou 5.233 unidades de privação de liberdade, mediante 2.590 visitas de inspeção e 2.643 visitas de monitoramento das recomendações.

Similarmente, o Mecanismo Preventivo paraguaio prevê, em sua atuação, relatórios de visita e relatórios de acompanhamento das recomendações. Há também os chamados relatórios de intervenção, em que são descritas ações pontuais, motivadas por denúncias ou por urgência de averiguação de violações de direitos. Ainda há os relatórios especiais, nos quais são aprofundados temas específicos. Por fim, são desenvolvidos os Relatórios Anuais e os documentos de gestão.²⁷

Os informes e as respectivas recomendações devem ser elaborados em até oito dias após a realização de uma visita, sendo remetidos a autoridades responsáveis pela privação de liberdade. De forma semelhante ao prescrito pela norma argentina, os órgãos afetados pelo trabalho do Mecanismo Preventivo paraguaio são obrigados a cumprir as recomendações proferidas. De fato, segundo os relatórios analisados, os entes mais acionados referem-se aos espaços de detenção comumente inspecionados, como centros socioeducativos, estabelecimentos policiais e militares, centros de acolhimentos para adultos e crianças, locais de internação e penitenciárias. Para além das direções das unidades, porém, as recomendações também costumam ser direcionadas a altas autoridades, como o Ministério da Saúde e o Ministério da Justiça, ao serem averiguadas situações que extrapolam a circunscrição de um estabelecimento de privação de liberdade.

As visitas são programadas, podendo ou não ser realizadas sem aviso prévio, e geralmente compreendem vários dias. As inspeções podem durar, inclusive, meses, a depender da complexidade do espaço de privação de liberdade averiguado. Em adição, pode ser realizada por apenas um membro do Mecanismo Preventivo paraguaio ou por todos, agregando também voluntários e técnicos do órgão.

De acordo com os relatórios do órgão do Paraguai, realiza-se uma visita preliminar, seguida de uma visita de trabalho de campo e de verificação de casos. A primeira consiste em conhecer genericamente o estabelecimento e contatar as autoridades responsáveis. A segunda visa a coletar informações de forma exaustiva, procedendo-se entrevistas com funcionários e com pessoas privadas de liberdade. Desenvolve-se também a leitura da documentação relativa ao espaço averiguado e à observação direta de suas instalações.

²⁷ Os relatórios do MNP paraguaio são públicos e disponibilizados no site: <http://www.mnp.gov.py/>. Acesso em: 15 set. 2019.

No que se refere às visitas de monitoramento, parte de seus relatórios dedica-se a realizar uma espécie de checagem sobre o acolhido – ou não – das recomendações anteriormente proferidas. Isto é, esta inspeção tem o objetivo não apenas de averiguar situações torturantes, mas também de verificar o cumprimento do disposto a partir da última visita. De fato, conforme a leitura dos relatórios, poucas são as recomendações do Mecanismo Preventivo paraguaio acatadas pela direção das unidades. Por isso, em muitos casos, o órgão tende a reproduzir orientações já emitidas em inspeções anteriores.

Entre outros aspectos, os principais elementos das unidades de privação de liberdade ressaltados pelo órgão paraguaio são: capacidade da unidade em contraste ao número de pessoas privadas de liberdade; relação entre quantidade de pessoas e número de funcionários; questões vinculadas ao direito à saúde, sendo descritos aspectos de infraestrutura, recursos humanos e materiais; condições de habitabilidade; direito à água; direito à alimentação; direito ao trabalho e à educação; se há casos de tortura e maus tratos, incluindo a análise dos processos disciplinares sobre estas situações; acesso à justiça; transferências arbitrárias; contato entre as pessoas privadas de liberdade e seus familiares; e atenção à população LGBT.

Em adição, os relatórios também apresentam seções dedicadas a casos individuais. São fotografados elementos marcantes das unidades visitadas e ferimentos no corpo de pessoas privadas de liberdade causados por práticas de tortura. Sem dúvida, ao contrastar com os demais Mecanismos Nacionais estudados, o órgão paraguaio parece apresentar uma metodologia mais refinada de trabalho, além de ser o mais completo no que se refere ao acompanhamento de casos individuais.

4.4 Descrição breve do conceito de tortura utilizado

Independentemente do tipo de espaço visitado, quase todos os relatórios de inspeção dos Mecanismos Nacionais Preventivos analisados apresentam uma seção específica sobre o conceito de tortura no qual o órgão se embasa. São literalmente citados trechos da Convenção da ONU, da Organização dos Estados Americanos (OEA) e das respectivas leis nacionais sobre o assunto.²⁸ De fato, a proibição da tortura está presente em todas as Constituições dos quatro países. O Brasil e o México apresentam legislação específica para criminalizar e penalizar crimes de tortura: Lei 9.455/1997 e Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Tortura/1991, atualizada pela Ley General/2017, respectivamente. Por sua vez, a Argentina e o Paraguai apresentam a tipificação da tortura presente em seus Códigos Penais.

Esses marcos normativos costumam ser trabalhados de maneira muito genérica e fluida. Quando muito, há um esforço em subsumir certa violação encontrada a uma norma. Neste mesmo sentido, por os órgãos construírem relatórios que em boa medida se reportam às Convenções da ONU e da OEA, a definição utilizada sobre tortura firma-se na ideia de que o perpetrador do ato seria ou um funcionário público ou alguém cuja violência foi permitida, instigada ou tolerada por um agente do Estado.

²⁸ A Convenção da ONU já foi citada na parte introdutória deste artigo. A conceituação sobre tortura da OEA seria a proveniente da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura.

Diferentemente dos outros países analisados, o México apresenta uma lei que distingue a tortura de delitos ocasionados por tratamento ou penas cruéis, desumanos e degradantes. Este segundo tipo de crime apresenta pena menor em relação ao primeiro. O país também considera outros tipos de infrações vinculadas, como a omissão, por exemplo.

Debruçando-se em maior medida sobre essa distinção, o Mecanismo Preventivo paraguaio propôs em seus relatórios anuais, discussões sobre como levantar e diferenciar situações de maus tratos e de tortura, indicando conceitualização em relação a essas práticas. O entendimento preponderante é de que a concepção de tortura não deve ser usada de maneira superficial, sendo necessário analisar caso a caso. No limite, todavia, a tortura poderia ser identificada nas situações em que as pessoas privadas de liberdade apresentam suas dignidades drasticamente rompidas ou sistematicamente infringidas. Neste sentido, os chamados tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes são analisados como práticas violadoras que, caso repetidas constantemente, tornam-se tortura.

Não obstante a esse olhar, o Mecanismo Preventivo paraguaio costuma analisar, em seus relatórios anuais, o uso da prisão preventiva como ferramenta de submissão e de controle de determinada parcela da população. Sob a ótica do órgão, o uso desse tipo de prisão é abusivo e, portanto, considerado situação torturante. Não à toa, o ente paraguaio tem desenvolvido um projeto específico sobre a temática, chamado *Programa de Prevención de la Pena Anticipada*. Esse tipo de discussão proposto pelo órgão paraguaio, portanto, pode contribuir significativamente para se pensar o papel de organismos baseados no Opcat, uma vez que instaura a perspectiva de que o aprisionamento em si é forte impulsionador ao cometimento de tortura.

5 REFLEXÕES SOBRE UMA POLÍTICA DE PREVENÇÃO À TORTURA COM BASE NA TEORIA SOBRE CRIMES DE OPORTUNIDADES

A vertente criminológica sobre crime de oportunidades insere-se na concepção de que certos tipos de delitos estariam inscritos na vida cotidiana regular, de modo que os indivíduos analisam as facilidades e as dificuldades consubstanciadas à sua realização. Tomando como foco essa perspectiva, as Nações Unidas criaram um sistema internacional de prevenção à tortura em espaços de privação de liberdade, lançando o Opcat. Com efeito, o documento visou a criar um órgão internacional, o SPT, e entes nacionais, os Mecanismos Preventivos, voltados ao monitoramento de locais de detenção, objetivando reduzir as condições que propiciam à tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes.

Desde a sua aprovação, diversos países do mundo ratificaram o Opcat, alguns dos quais situados na América Latina. A proposta deste artigo foi analisar a procedimentalização do Protocolo neste local, enfocando em específico a estruturação e o *modus operandi* de quatro países latino americano: Brasil, Argentina, México e Paraguai. Foram levantadas as legislações e os relatórios produzidos por tais órgãos, com vistas a compreender suas rotinas de trabalho, seus focos de atuação, suas composições, entre outros aspectos vitais ao seu funcionamento.

De antemão, cabe destacar que, embora sejam frutos de um mesmo documento, os Mecanismos Nacionais Preventivos analisados estruturaram-se de modo bastante heterogêneo, alguns dos quais de forma díspar entre si. Não à toa, alguns países, como o Brasil e a Argentina, parecem ter aproveitado a ratificação do Opcat para estruturar toda uma política

nacional de prevenção à tortura, conjugando diversos atores em um mesmo Sistema. Em outros casos, dotou-se forte autonomia aos Mecanismos Nacionais Preventivos, à medida que, destoando do apregoado pelo Opcat, o órgão brasileiro foi semeado em terreno frágil. Em consequência, a depender das circunstâncias conjunturais, o ente apresenta maior ou menor autonomia para atuar.

De igual maneira, os diferentes órgãos parecem apresentar dinâmicas de trabalho, modos de produção de relatórios e de recomendações, bem como composições distintas. O número de membros que integram os Mecanismos Nacionais Preventivos, a publicidade dos documentos elaborados e as rotinas de visita, portanto, contrastam-se ao se analisar os quatro países. Os conceitos de tortura utilizados também costumam divergir. A despeito de utilizarem normativas internacionais comuns sobre o tema, os órgãos empregam conceitos nacionais sobre o crime, o que, por si só, indicaria variações de entendimentos sobre a prática.

Há, no entanto, pontos comuns entre os diferentes órgãos. O mais emblemático talvez seja a forma como abordam as violações de direitos humanos ocorridas em espaços de privação de liberdade. Todos parecem se voltar, em boa medida, aos fatores de risco que propiciam a tortura, ao invés de se atentarem a casos específicos de violência física e/ou psíquica cometida contra os indivíduos custodiados. São averiguadas, registradas e monitoradas, portanto, as condições gerais de detenção, sendo enfocadas, por exemplo, questões relativas à superlotação, aos problemas infraestruturais, aos aspectos sobre a saúde, entre outros.

À primeira vista, seria possível apontar que os Mecanismos Nacionais Preventivos realizam uma releitura do proposto originalmente pelo Opcat, colocando em xeque a ideia da tortura como um tipo de crime de oportunidade. Ao se atentar mais profundamente à questão, entretanto, torna-se possível afirmar que tais órgãos adotam uma postura mais preventiva, em detrimento de uma atitude reativa. Isso porque visam, sobretudo, a coibir situações que culminariam na ocorrência da tortura. Ou seja, longe de ser realizada uma revisão sobre o olhar tradicional das Nações Unidas sobre a pauta, os Mecanismos Nacionais Preventivos o reforçam e buscam evitar situações que perpetrariam a prática conforme os *standards* internacionais de Direitos Humanos.

Dito de modo exemplificativo, evitar a superlotação prisional possivelmente dificultaria situações de violência cometidas entre agentes prisionais e pessoas presas, pois o ambiente carcerário estaria mais ordenado, possibilitando maior controle. Neste mesmo mote, formular e fortalecer rotinas rígidas nos espaços de privação de liberdade desencorajaria possíveis perpetradores da tortura a consumir práticas violentas, posto que qualquer desvirtuamento das regras originalmente estabelecidas os deixariam em evidência.

Esse tipo de procedimentalização da prevenção à tortura distancia-se da perspectiva crítica sobre os crimes de oportunidade, a qual aponta para a necessidade de serem analisados aspectos sociais mais profundos, produtores e reprodutores de desigualdades, como os relacionados à classe, à raça e ao gênero. Este seria o cerne das reflexões da Pastoral Carcerária sobre a tortura e as políticas de prevenção comumente executadas. Na ótica desta organização, a criação de um sistema de visitação a unidades de privação de liberdade seria insuficiente para coibir relações estruturalmente assimétricas que, por sua vez, aumentam as fileiras de

peessoas privadas de liberdade e, assim, motivam práticas de tortura. A ação de Mecanismos Nacionais Preventivos apenas evitaria potencialmente uma parte da questão, mas não possibilitaria reverter o problema de modo efetivo, basilar.

Por outro lado, há de se ressaltar que, embora mantenham o olhar tradicional das Nações Unidas sobre tortura, os órgãos analisados retratam problemas sistêmicos, operacionalizados como forma de punição de indivíduos retirados do convívio social, estigmatizados, geralmente pertencentes a classes econômicas baixas. Mediante sua atuação, torna-se claro que todos os que se encontram em privação de liberdade sofrem de modo disseminado. Então, de certa maneira, mesmo que de modo não intencional, os Mecanismos Nacionais Preventivos mostram que a tortura é difusa e generalizada, não dizendo respeito tão somente a um ato situacional. Isto é, a tortura não é tratada necessariamente como produto de uma ação direta contra determinado indivíduo, mas como uma violência propalada, fruto da omissão de órgãos estatais em garantir uma privação de liberdade digna.

Muito está em construção a respeito das políticas de prevenção à tortura, encontrando-se a pauta em disputa. De fato, pouco estudou-se sobre o tema, devendo ser colocados à baila outros aspectos sobre a questão, como os impactos da política proposta pelo Opcat em países que ratificaram este protocolo. Ainda não foram feitas pesquisas com este mote. Espera-se, porém, que os resultados e discussões proferidos neste artigo ajudem a fornecer insumos iniciais à discussão.

6 REFERÊNCIAS

- ANGOTTI, Bruna; FILHO, José; JESUS, Maria G. M. de. Enfrentando la tortura en Brasil: balance de los desafíos de la política de prevención y combate a la tortura. In: SCHUTTENBERG, Mauricio; IRRABAL, Gabriela. *Gestión de la inseguridad, violencias y sistema penal*. Temperley: Tren en Movimiento, 2018. p. 359-379.
- APT. Associação de Prevenção à Tortura. *Monitoramento de locais de detenção: um guia prático*. Genebra: APT, 2005.
- APT. Associação de Prevenção à Tortura. *Realidades de los Mecanismos Nacionales de Prevención de la Tortura en América Latina*. Genebra: APT, 2014.
- ANITUA, Gabriel Ignacio. *Histórias do pensamento criminológico*. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia; Revan, 2008.
- BEATO, C. F.; PEIXOTO, B. T.; ANDRADE, M. V. Crime, oportunidade e vitimização. *Revista Brasileira de Ciências Sociais, on-line*, v. 19, n. 55, p. 73-89, 2004.
- COHEN, L.; FELSON, M. Social change and crime rate trends: a routine approach. *American Sociological Review*, v. 44, p. 588-608, 1979.
- DAUFEMBACK, Valdirene; LIMA, Susan Flavia Cordeiro de; MELO, Felipe Athayde Lins de; SANTOS, Thandara; DUARTE, Thais Lemos; GIVISIEZ, Fernanda Machado. *Nota técnica, de 18 de janeiro de 2018: análise sobre os impactos da alteração da resolução 09, de 18 de novembro de 2011, do CNPCP que define as diretrizes para arquitetura penal no Brasil*. Brasília: Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, 2018.
- FELSON, M. *Crime and Everyday Life*. Thousand Oaks, California: Pine Forge Press, 1994.
- GARLAND, D. As contradições da sociedade punitiva: o caso britânico. *Revista de Sociologia e Política*, n. 13, p. 59-80, 1999.
- GARLAND, D. *A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea*. Rio de Janeiro: Revan; Instituto Carioca de Criminologia, 2008.
- MAIA, L. M. *Do controle judicial da tortura institucional no Brasil hoje*. 2006. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2006.
- PASTORAL CARCERÁRIA. *Tortura em tempos de encarceramento em massa*. São Paulo: Pastoral Carcerária – CNBB, 2016.
- PASTORAL CARCERÁRIA. *Tortura em Tempos de encarceramento em massa II*. São Paulo: Pastoral Carcerária – CNBB, 2018.
- SILVA, D. A. J. Segurança Pública como cultura do controle. *Revista Brasileira de Segurança Pública*, Edição 7, p. 72-85, 2010.

<http://dx.doi.org/10.21527/2317-5389.2020.15.153-176>

O Pensamento de Ronald Dworkin Sobre as Ações Afirmativas

Rosalý Bacha Lopes

Mestrado pelo Programa de Pós-Graduação em Direito, Políticas Públicas e Desenvolvimento Regional do Centro Universitário do Estado do Pará – Cesupa. Advogada. <http://lattes.cnpq.br/8239759720517386>.
<https://orcid.org/0000-0003-2229-5893>. rosalybacha@hotmail.com

José Claudio Monteiro de Brito Filho

Doutor em Direito das Relações Sociais pela PUC/SP. Professor Titular da Universidade da Amazônia. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Pará. Professor-associado aposentado da Universidade Federal do Pará. Procurador Regional do Trabalho aposentado.
<http://lattes.cnpq.br/7823839335142794>. <https://orcid.org/0000-0003-2229-5893>. jclaudiobritofilho@gmail.com

RESUMO

O objetivo é analisar o pensamento de Ronald Dworkin sobre as ações afirmativas. Para tanto, propôs-se desenvolver questões relacionadas à decisão da Suprema Corte Americana, principalmente no que se refere à leitura feita a partir dos casos Bakke, Weber, Sweatt, DeFunis e Hopwood. A metodologia empregada baseou-se no levantamento de dados secundários colhidos a partir da técnica de documentação indireta, sobre os quais se aplicou o método hermenêutico. Concluiu-se que Dworkin é favorável à discriminação inversa, baseada em problemas históricos, além de favorecer grupos sub-representados que receberam no passado um tratamento injusto.

Palavras-chave: Ações afirmativas. Decisão da Suprema Corte EUA. Dworkin.

THE THOUGHT OF RONALD DWORKIN ON AFFIRMATIVE ACTION

ABSTRACT

The goal here is to analyze the thinking of Ronald Dworkin on affirmative action. To this end, it was proposed to develop issues related to the decision of the U.S. Supreme Court, especially with regard to reading from the Bakke case, Weber, Sweatt, DeFunis and Hopwood. The methodology used was based on a survey of secondary data collected from indirect documentation technique, which applied the hermeneutical method. It was concluded that Dworkin is in favour of reverse discrimination that is based on historical issues, a form of discrimination that favors underrepresented groups who received unfair treatment in the past.

Keywords: Affirmative actions. US Supreme Court decision. Dworkin.

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 A Justiça ou Injustiça das Cotas. 3 A Decisão no Caso Bakke. 4 A Interpretação da Lei de Direitos Civis. 5 Os Casos Sweatt e DeFunis. 6 O Caso Hopwood e o Estudo River. 7 O Resultado do Estudo River. 8 Conclusão. 9 Referências.

Recebido em: 25/1/2018

Aceito em: 13/11/2019

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo objetiva analisar o pensamento de Ronald Dworkin sobre as ações afirmativas. Essa política visa a reduzir as desigualdades sociais, garantindo igualdade de oportunidade no acesso via sistema de cotas nas universidades norte-americanas.

Dworkin (2000) debruça-se sobre as ações afirmativas na sociedade americana, local pioneiro na adoção desta política, cuja instituição deu-se com vistas ao combate à marginalização social e econômica dos negros naquela sociedade. Pensa Dworkin (2000, p. 440) que “somos obrigados a olhar os argumentos a favor da ação afirmativa com solidariedade e espírito aberto”.

Para Brito Filho (2014, p. 74), a “justiça das ações afirmativas é uma realidade, desde que tenha por objetivo distribuir melhor os recursos valiosos existentes, promovendo o bem comum”.

É inegável, todavia, que o maior efeito devastador dos direitos humanos deu-se no campo da educação, sobretudo devido à discriminação em razão da raça, pois estes grupos vulneráveis são preteridos no acesso à educação de qualidade pela falta de recursos materiais que possibilitam a sua inserção em pé de igualdade com os beneficiários da injustiça perpetrada (BRITO FILHO, 2014, p. 61).

Assim, compreender o direito à educação como direito humano e fundamental é condição *sine qua non* da situação cidadã, o que resulta em uma vida comunitária que se aproxima dos ideais democráticos de convívio social, com liberdade e uma vida atuante nas decisões políticas (MANTOAN, 2006).

Ademais, tem-se que o Ensino Superior é organizado para atender a um público privilegiado, com um projeto educacional elitista, que prima pelo mérito, de modo a homogeneizar esses alunos selecionados e, com isso, a universidade, ao invés de incluir o ser diferente, vem prejudicando um direito fundamental de muitos estudantes (MANTOAN, 2006).

É discutível, portanto, o acesso ao Ensino Superior, posto que as desigualdades de oportunidades são patentes na sociedade. Isso deve-se à baixa eficiência dos Ensinos Fundamental e Médio públicos, razão pela qual estudantes com poder aquisitivo têm melhor condição de se preparar em uma escola privada e, por conseguinte, serem bem-sucedidos no vestibular (LAUREANO, 2008).

Deve-se registrar, também, conforme observa Brito Filho (2014), que existe no ensino público deficiência na base e, caso não seja adotada pelo Estado medida de correção, “manterão sempre o desnível verificado no grau de instrução das diversas classes sociais e dos grupos que compõem a sociedade” (LAUREANO, 2008, p. 76).

Assim, as desigualdades reais e atuais de oportunidade e de competição no acesso ao Ensino Superior entre os alunos da rede pública e os da rede privada, torna-se sem razão de ser quando são aplicadas políticas afirmativas em relação à parte mais vulnerável. Essa política colabora com a realização da igualdade substantiva (BRITO FILHO, 2014).

Nessas perspectivas, as Universidades em países como o Brasil, em desenvolvimento, apresentam-se como um espaço singular de invento e difusão do saber científico, de sorte que o mercado de trabalho agradece aos profissionais qualificados que recebem. Apresentam-se,

ainda, como instituições sociais que se compõem do tripé ensino, pesquisa e extensão e, ademais, como aparelhos ideológicos do sistema capitalista, igualmente molas motoras da mudança social e do desenvolvimento (BELTRÃO; BRITO FILHO; MAUÉS, 2016).

É nesse contexto que os direitos sociais e econômicos colocam em xeque a legitimidade do modelo institucional presente, de modo a reclamar a efetivação de direitos sociais conquistados. As instituições precisam, portanto, adaptar-se para responder às questões oportunas na missão de compatibilizar a democratização de ingresso pleiteado pelos direitos sociais (BELTRÃO; BRITO FILHO; MAUÉS, 2016).

As instituições, como molas impulsionadoras de transformação social, precisam aparelhar-se para atender às respostas dos grupos que procuram uma vaga na universidade. Por esta razão, as ações afirmativas são modelos de distribuição dos recursos que reclamam investimentos à instituição para formação de corpo discente diversificado (BELTRÃO; BRITO FILHO; MAUÉS, 2016).

Brito Filho (2014) assevera que as ações afirmativas são uma das formas de medidas, adotadas pelo Estado, com o objetivo de corrigir as desigualdades e, com elas, a exclusão. Para esta empreitada, é necessário observar a sua compatibilidade, vista sobre diversos ângulos.

Para Brito Filho (2014), a ação afirmativa será adotada quando ela for compatível com a correção da desigualdade. De modo contrário, a política afirmativa não será instituída enquanto a redução da desigualdade não for alcançada e, ademais, deve haver a escolha da medida a adotar, dentre as várias possibilidades, como fixação de cotas, benefícios de natureza fiscal ou estímulos, isso porque pertencer a um grupo vulnerável é apenas uma forma de escolha dentre outras possíveis.

Espera-se, portanto, com a ação afirmativa, que integrantes de minorias sejam beneficiados com perspectivas reais de ascensão na hierarquia social e de melhor posicionamento na sociedade. Para Gomes (2001, p. 48), as ações afirmativas podem ser pensadas como um estímulo à educação e “ao aprimoramento de jovens integrantes de grupos minoritários”.

O que resta a saber é o pensamento de Ronald Dworkin sobre as ações afirmativas.

Objetiva-se analisar as decisões da Suprema Corte Americana nos Casos Bakke, Weber, Sweatt, DeFunis e Hopwood. Para tanto, serão pesquisadas algumas obras de Dworkin, filósofo contemporâneo de grande prestígio na sociedade americana, nas quais se dedicou à análise da ação afirmativa.

Em breve síntese, o caso Bakke trata da forma de admissão adotada pela Universidade de Medicina da Califórnia, que previa duas vias de seleção, e em uma via reservou 16 das cem vagas ofertadas para membros de grupos “minoritários”. Para alcançar uma vaga, porém, esse grupo necessitava de uma média inferior quando comparada com outro grupo que disponha das demais vagas (GOMES, 2001).

Bakke, estudante branco, então, candidatou-se às demais vagas sem sucesso, e teve seu pedido rejeitado, em que pese sua nota ser suficiente para alcançar uma vaga, isso se não fosse estabelecido pela Instituição um programa de cotas em favor de grupos minoritários (GOMES, 2001).

A metodologia empregada no presente artigo permite toda a análise do que se propõe, e baseia-se no levantamento de dados secundários de acordo com a técnica de documentação indireta, especialmente as obras de Ronald Dworkin, sobre as quais se aplicou o método hermenêutico, considerando que se visa a analisar o pensamento de Ronald Dworkin sobre as ações afirmativas.

2 A JUSTIÇA OU INJUSTIÇA DAS COTAS

Na obra “Uma Questão de Princípio”, mormente no capítulo 14, Dworkin, expõe o célebre processo *Regentes da Universidade da Califórnia v. Bakke*. O caso trata de um candidato a estudante na faculdade de medicina da Universidade da Califórnia que judicializou sua preterição em benefício de candidatos negros, membros de “minorias em desvantagem educacional e econômica”, que obtiveram menor qualificação, contudo foram admitidos em razão do programa de ação afirmativa (chamado de “programa de força-tarefa”) instituído pela Universidade (DWORKIN, 2000, p. 437).

A Suprema Corte Norte-Americana, em 1978, julgou o caso, tornando-se uma referência na elucidação do que era ou não permitido nos programas de ações afirmativas instituídos pelas universidades de Ensino Superior. A decisão foi no sentido de que o sistema de ingresso adotado pela Instituição, assentado em cotas rígidas, era ilegal, mas, entretanto, definiu como legítimo o critério racial como meio de seleção de alunos, contanto que esse critério fosse combinado com outro.

Ficou sedimentado, então, que a raça pode ser utilizada como critério de seleção, por servir para reparar a desvantagem acometida aos grupos minoritários em virtude da discriminação sofrida. Ademais, a raça é considerada meio para garantir a diversidade no âmbito da Instituição de Ensino Superior, isso porque essa convivência em meio à diversidade contribui para enriquecer essa experiência e, também, cumpre parte do objetivo da universidade.

Para Dworkin (2000, p. 438), os programas de ações afirmativas apresentam como objetivo “aumentar a matrícula de estudantes negros e de outras minorias admitindo que o critério racial conte afirmativamente como parte das razões para admiti-lo”.

Os opositores a essa política pública entendem que o programa de ações afirmativas de base racial é um exemplo de discriminação racial contra brancos, classificada como uma representação desacertada, de iniciativas que compreendem um caráter compensatório ou distributivo (MOREIRA, 2013). Ainda, sustentam que com as ações afirmativas acirraría o problema da intolerância racial, por produzir uma forma de discriminação contra a população branca, que raramente discrimina negros (MOREIRA, 2013).

Os opositores do programa de ação afirmativa aduzem que tais programas iriam alcançar uma sociedade racialmente consciente, a qual seria dividida em grupos raciais e étnicos, de maneira que cada grupo atingirá uma parcela proporcional de recursos, carreiras e oportunidades (MOREIRA, 2013). Dworkin afirma que a sociedade norte-americana é uma sociedade racialmente consciente, de modo que essa consciência foi corroborada com uma história de escravidão, repressão e preconceito, refletindo ainda hoje.

Moreira (2013) aduz que o conceito de racismo está presente no discurso da neutralidade racial, de maneira que apresenta consequência para a interpretação do princípio da igualdade nas decisões judiciais afetas a ações afirmativas. Os defensores sustentam que o racismo é apenas um comportamento individual que se baseia numa falsa representação sobre os membros de outros grupos raciais. Com isso, a verdadeira compreensão é oculta, pelo fato de que diferentes manifestações de racismo caminham em direção à opressão racial sistemática de afrodescendentes (MOREIRA, 2013).

Os programas de ações afirmativas visam a reduzir a importância racial, não obstante utilizar critérios racialmente explícitos, posto que outras mais suaves fracassarão, de modo que seu objetivo imediato é reduzir e não aumentar a importância da raça (MOREIRA, 2013).

Ademais, esses programas estão alicerçados sobre dois juízos: o juízo relacionado à teoria social e o juízo que se baseia no cálculo de estratégia. O primeiro juízo, afirma Dworkin (2000), é que a sociedade continuará imbuída de divisões raciais, de maneira que “as carreiras mais lucrativas, gratificantes e importantes continuarão a ser prerrogativa de membros da raça branca”, gerando, com isso, a exclusão de outros de participar de uma elite profissional e social. Em relação ao cálculo de estratégia, considera o autor que o crescimento do número dos negros nas inúmeras profissões tem como consequência, a longo prazo, diminuir a sensação de frustração, injustiça e constrangimento racial presente na população negra (MOREIRA, 2013, p. 439). Do mesmo modo, o autor adverte que a recusa ao programa de ação afirmativa é desprovida de cuidado, tal como é errôneo entender que “combater fogo com fogo ou de que o fim não pode justificar os meios” (MOREIRA, 2013, p. 440).

Adverte, ainda, que refutar o programa com a justificativa que é baseada em testes racialmente explícitos é, portanto, repugnante, de maneira que “Se tais testes são repugnantes, só pode ser por motivos que tornam ainda mais repugnantes as realidades sociais subjacentes que os programas atacam” (DWORKIN, 2000, p. 440).

Dworkin (2000) entende que as incertezas que pairam sobre os resultados dos programas, a longo prazo, não são capazes de justificar uma decisão, tornando o programa ilegal pelo Supremo Tribunal. Por outro lado, pode-se entender que, mesmo sendo eficazes, no sentido de reduzir a importância da raça, os programas, entretanto, são inconstitucionais.

Essa foi a posição assumida na defesa de Bakke. Seu advogado, Colvin, entendeu que o programa violava o direito constitucional de seu cliente. O juiz White indagou Colvin sobre a importância do programa, de modo que reconheceu sua importância, contudo sustentou o direito de Bakke, o qual independe de qualquer julgamento favorável para a sociedade como um todo (DWORKIN, 2000).

A pergunta que se faz, entretanto, é: Bakke tem esse direito como tão importante, de maneira que os objetivos urgentes da ação afirmativa devam ser ignorados? Em resposta, Dworkin (2000, p. 445) aduz que a Constituição não prevê expressamente nenhuma vedação à ação afirmativa, de modo que se Bakke está certo deve ser porque possui, além do direito jurídico técnico, também um importante direito moral.

O argumento levantado em defesa é o de que Bakke possui direito de ser avaliado em harmonia com seu mérito e, ainda, o direito de ser avaliado enquanto indivíduo, o que afasta qualquer avaliação como membro de um grupo social, por ter o direito igual a qualquer

cidadão negro de não ser preterido em oportunidades em razão de sua raça. Dworkin (2000) entende que os argumentos não passam de expressões capciosas, por resumir sua defesa em único argumento: o de que “ninguém deve sofrer com o preconceito ou o desprezo dos outros”. Nesse sentido, o autor responde a cada resposta formulada por Bakke.

Para Dworkin (2000) não há razão para usar, tão somente, o mérito intelectual como critério de admissão na universidade, por inexistir qualquer vedação que impeça a utilização de outro critério, e segue afirmando que não existe uma definição do que seja mérito.

À segunda das expressões capciosas, Dworkin responde que a defesa de Bakke, quando afirma que seu direito está sendo violado em razão de ser avaliado enquanto membro de um grupo, ao invés de ser avaliado enquanto indivíduo, não há razão de ser, uma vez que os processos de admissão contam com generalizações sobre grupos. Dworkin (2000) segue afirmando que existem Universidades que utilizam como teste de seleção a idade, seja para negar ou admitir candidatos, de modo que Bakke teve seu pedido negado em duas outras faculdades de medicina. À vista disso, essas duas Universidades de medicina, que adotam a idade como critério de seleção, violaram o direito de Bakke de ser submetido à avaliação como indivíduo, ao revés, de ser avaliado como membro de um grupo?

Para concluir, Dworkin (2000) entende que esses critérios não negam o direito de Bakke de ser submetido à avaliação como indivíduo, de maneira que essa conclusão também pode ser estendida para o critério racial, por não negar tais direitos. Por fim, a terceira das expressões capciosas foi formulada pelo advogado de Bakke, que afirmou que seu cliente tem o direito de não ter sua vaga rejeitada apenas por causa de sua raça, por ser um direito constitucional. Essa última defesa soa mais plausível quando comparada às duas primeiras, quais sejam: avaliação por mérito ou como indivíduo (DWORKIN, 2000).

Ademais, esse direito constitucional é de importância fundamental, e foi violado por décadas, por exclusões racistas e cotas antissemitas. São de base histórica as exclusões baseadas na raça, motivadas por causa do desprezo que determinadas comunidades sentiam em relação a grupos raciais ou religiões excluídas (DWORKIN, 2000, p. 449).

Para Dworkin (2000, p. 449), é um absurdo a reivindicação de Bakke quando considera que teve negada sua admissão na Universidade de medicina por causa de sua raça, porque no seu caso a “raça não se distingue pelo caráter especial do insulto público”, diferente do que ocorre com os negros.

Concluindo, Dworkin (2000, p. 450) afirma que Bakke foi sacrificado em razão de seu baixo nível de inteligência, ou seja, isso não significa que sua rejeição seja por preconceito, “mas por causa de um cálculo racional do uso socialmente mais benéfico de recursos limitados para a educação médica”.

Em resposta aos que defendem a não utilização do programa de ação afirmativa, em decorrência das classificações raciais que foram e também podem ser utilizadas com fim maligno, Dworkin (2000, p. 450) esclarece que isso não procede, por ser o “conhecido recurso à preguiçosa virtude da simplicidade. Supõe que se é difícil traçar uma linha ou que, se traçada, ela seria difícil de administrar, é prudente não tentar traçá-la”.

Dworkin (2000) não descarta a possibilidade desses casos, mas isso somente é possível quando, nos fatos em questão, não se tiver grandes perdas como consequência. Dworkin (2000) sustenta, então, que esse argumento não se aplica ao programa de ação afirmativa; isso em razão da grande perda que implica deixar de instituí-la.

3 A DECISÃO NO CASO BAKKE

A decisão proferida pelo Supremo Tribunal no caso Bakke foi recebida com alívio por boa parte do público e da imprensa, dado que essa decisão resolveu o debate da forma que as partes pareciam desejar. Essa decisão, para Dworkin (2000), entretanto, carece de justificacão.

Bakke moveu uma ação junto ao Poder Judiciário, chegando o caso à instância da Suprema Corte Norte Americana. A decisão do Supremo Tribunal da Califórnia foi procedente a Bakke, de maneira que determinou que a Universidade de medicina o admitisse, e, além disso, vetou a utilização da raça como método de admissão nas Universidades da Califórnia. No mesmo sentido foi a decisão do Supremo Tribunal dos Estados Unidos quanto à admissão de Bakke, que entendeu, de modo diferente, a utilização da raça, e, por isso, revogou a proibição do Tribunal da Califórnia quanto a utilizar a raça sob qualquer circunstância (DWORKIN, 2000).

A linha de defesa de Bakke sustentou que o programa era ilegal consoante previsão da Lei de Direitos Civis de 1964, ao dispor que ninguém “em razão da raça será excluído de participação, será privado dos benefícios ou sujeito a discriminação em qualquer programa”. De outro modo, argumentou que o programa era inconstitucional, por negar a igual proteçao assegurada na Décima Quarta Emenda (DWORKIN, 2000, p. 453).

A Corte, composta de nove juizes, apresentou três posições diversas. Do universo de nove magistrados, quatro juizes entenderam que o sistema de cotas para ingresso na Universidade violava o direito civil do cidadão, e, em posição diversa, entenderam outros quatro no sentido de justificar a política de ingresso adotada pela Universidade, tendo em vista a necessidade de reparar os efeitos deletérios da discriminação racial presente na atualidade (DWORKIN, 2000). Por fim, o argumento construído pelo nono juiz – Powell – foi a posição que prevaleceu. Powell sustentou em sua decisão que o programa de cotas fixas é inconstitucional, por representar uma recusa à política que se baseia em cotas raciais, de modo que entendeu que as cotas não fixas, aquelas que utilizam a raça apenas como um entre outros critérios para admitir candidato, a exemplo da Universidade de Harvard, são constitucionais (DWORKIN, 2000).

Em suma, a decisão a favor de Bakke prevaleceu, o que lhe garantiu seu direito de ingressar na Universidade de medicina da Califórnia (DWORKIN, 2000). Tendo como base a argumentação sustentada em defesa de Bakke, Dworkin (2000) observa a consciência racista da comunidade norte-americana, produto de uma história marcada pela escravidão, repressão e preconceito, peculiaridade essa que a ação afirmativa objetiva combater. Para Dworkin (2000), faz-se necessário a utilização de critério racial para enfrentar a questão da consciência social de raça, afastando a utilização de meios neutros racialmente.

Bakke contestou a utilização da raça como critério utilizado pela Universidade para ingresso de negros no Ensino Superior, somente quanto ao direito à igualdade, razão pela qual não pode ser declarado inconstitucional pela Suprema Corte.

O programa de ação afirmativa seria uma medida adotada para enfrentar um problema existente na sociedade como um todo; isso porque a consciência racial tem se mantido forte ao longo do tempo, então essas são as razões que fazem dessa política um programa justo e necessário.

O autor segue afirmando sua aceitação ao programa de ação afirmativa, de modo a defender sua constitucionalidade e sua adoção como meio de promover a distribuição social, tal como seria um mecanismo de promoção de justiça distributiva igualitária, que reconhece os desníveis sociais que assolam os negros na sociedade americana.

Para Brito Filho (2014, p. 32), as ações afirmativas são medidas que visam à inclusão de minorias vulneráveis, proporcionando acesso ao Ensino Superior, o que oportuniza “correção de desequilíbrios na formação educacional: combatem não só a exclusão, mas também a desigualdade”.

Segundo Brito Filho (2014), o programa de ação afirmativa é uma estratégia que “pode e deve”, no sentido da discriminação por fatores de exclusão. Dentro dessa ideia, a ação afirmativa é uma diretriz com a finalidade de paralisar os obstáculos que impedem o acesso aos bens e oportunidades. Desse modo, tal ação permite que a distribuição dos recursos, presente em dada sociedade, possa ser feita de forma igualitária.

Dworkin (2000), ao se debruçar sobre o caso Bakke, entende que as ações afirmativas não podem ser entendidas como meio de compensação, mas percebe que o correto seria utilizá-la como medida de integração. O autor segue afirmando que o objetivo principal é contribuir positivamente para a integração étnico-racial, cujo propósito seria dar fim à discriminação, viabilizando a atuação de todos nos diversos setores da sociedade. Com a ação afirmativa, o ambiente acadêmico seria enriquecido com ensino pluralista, de maneira que os estudantes seriam preparados para conviver em uma sociedade formada na diversidade.

4 A INTERPRETAÇÃO DA LEI DE DIREITOS CIVIS

O caso Weber foi uma decisão importante para os programas de ação afirmativa, por avaliar a sua legalidade no âmbito laboral, dando aos negros vantagens de treinamento para a indústria, beneficiando-lhes diretamente, promovendo um impacto mais rápido sobre a desigualdade racial e econômica (DWORKIN, 2000).

Na fábrica da Kaiser, localizada em Gramercy, no Estado de Louisiana, os negros tinham uma baixa representação, sem funções ou ofícios de destaque no alto escalão da empresa; por essa razão, a *Kaiser Aluminum Company* firmou um acordo coletivo com o sindicato em defesa dos interesses da categoria de empregados (DWORKIN, 2000).

No programa de treinamento para funções qualificadas seriam contemplados empregados segundo o tempo de contrato de trabalho e, ainda, 50% das vagas seriam destinadas aos empregados negros, até que o seu percentual do total dos qualificados no quadro de empregados atingisse a proporção de negros na região em que era desenvolvida a atividade produtiva (DWORKIN, 2000).

O critério de antiguidade adotado nesse programa causou inconformismo. Weber, branco, ingressou uma ação ante a Kaiser, fundamentando seu pleito na seção 703(a) do Título VII da Lei de Direitos Civis de 1964. Restava saber, então, se essa lei tornava ilegal o programa da Kaiser (DWORKIN, 2000).

Na Suprema Corte, cinco juízes entenderam que Weber não tinha razão, pois a cláusula de igualdade perante a lei é dirigida ao Estado, impondo tratamento igual as pessoas; ao revés, essa exigência não se aplica nas relações entre particulares. Assim, é vedado ao Judiciário instituir direitos fundamentais em relações privadas, cabendo ao particular, tão somente, nas relações diante do Estado (DWORKIN, 2000).

Ultrapassando o debate acerca da legalidade do programa ante a Lei de Direitos Civis, dois juízes enfrentaram a questão acerca da viabilidade do programa diferenciado de acesso de negros no treinamento para funções qualificadas de alto escalão na Kaiser e, ainda, a sua constitucionalidade. Dworkin (2000) refere-se ao voto do juiz William J. Brennan, na parte alusiva à Lei dos Direitos Civis, que fundamenta a efetivação do programa de ação afirmativa, cumprindo um papel importante na promoção da igualdade racial na educação, no emprego e, ademais, em outras áreas. Segue afirmando que a ação afirmativa busca, por fim, a discriminação racial, em que negros são sub-representados em postos de qualidade com remuneração inferior (DWORKIN, 2000).

Em relação à decisão de Rehnquist, argumenta que a lei está baseada numa concepção de igualdade, refutando qualquer distinção que use a raça como alicerce. Dworkin (2000, p. 478) critica as duas decisões pela forma de interpretação da lei, quando tenta adivinhar a intenção do Congresso no momento da criação do dispositivo legal, e segue afirmando que a interpretação feita pelo Poder Judiciário não tem subsídio suficiente para descobrir qual o objetivo do Legislativo na hora da elaboração da norma.

Dworkin (2000) considera um bom argumento o levantado por Brennan, e entende que a ação afirmativa não era uma exigência da Lei, nem uma proibição, uma vez que sua ideia é fundamentada a partir de vários argumentos.

Em relação à decisão do juiz William Rehnquist, cabe ao Judiciário decidir pela melhor interpretação, posto que a decisão pautada na moralidade política é a escolha que buscará criar uma sociedade pautada na justiça racial. Essa posição é defendida pelo autor por entender que essa seria a intenção do legislador quando da elaboração da Lei dos Direitos Civis (DWORKIN, 2000).

Os precedentes da Suprema Corte dos EUA, em questões laborais, têm posição favorável à discriminação inversa. Esse entendimento foi confirmado quando do julgamento do famoso caso emblemático Weber, no qual ficou assentada a constitucionalidade de um programa de ação afirmativa instituído por uma empresa privada em ambiente laboral.

A Suprema Corte entendeu que o procedimento adotado pela empresa não fere a cláusula de igual proteção das leis, entendimento extraído da análise dos debates para aprovação da Lei de Direitos Civis de 1964, e concluiu que esse programa foi criado para eliminar modalidades tradicionais de segregação racial.

A decisão também afirmou que a proibição do programa de ação afirmativa não se coadunava com o propósito da lei, razão pela qual rejeitou a inconstitucionalidade sustentada. Sustentou, ainda, que a lei foi criada para servir de estímulo aos empregadores e sindicatos, de modo a reverter as práticas adotadas, eliminando práticas segregacionistas (DWORKIN, 2000).

5 OS CASOS SWEATT E DEFUNIS

Dworkin, em sua obra “Levando os Direitos a Sério” (2002), especialmente, no capítulo 9, discorre sobre dois casos que alicerçam sua análise quanto à temática das ações afirmativas. O primeiro caso ocorreu em 1945, quando um negro nomeado Sweatt pretendeu ingres-

sar na Faculdade de Direito da Universidade do Texas, tendo seu pedido negado em razão de uma Lei Estadual que determinava que apenas brancos tinham direito de frequentar a Universidade. A Suprema Corte manifestou-se no sentido de que a lei violava os direitos garantidos na Décima Quarta Emenda da Constituição dos Estados Unidos da América, que assegurava igual proteção a uma pessoa, de modo que nenhum Estado pode negar aos seus cidadãos igual proteção perante suas leis (DWORKIN, 2002).

O segundo caso ocorreu em 1971, quando um judeu nomeado DeFunis tentou uma vaga na Faculdade de Direito da Universidade de Washington, e teve seu pedido negado, mesmo que suas notas fossem em tal grau elevadas às de candidatos aprovados por pertencer a grupos minoritários. Por essa razão, DeFunis solicitou à Suprema Corte que declarasse que a forma adotada pela Universidade, menos exigente com candidatos que faziam parte de grupos minoritários, violava a Décima Quarta Emenda e, por isso, era inconstitucional (DWORKIN, 2002).

A Faculdade de Direito da Universidade de Washington adotava um procedimento de seleção complexa, de modo a contemplar diferentes formas de entrada. O ingresso era, então, dividido em dois grupos: o primeiro era selecionado a partir do mérito, enquanto o segundo grupo, composto de candidatos pertencentes a grupos minoritários, era submetido a uma comissão especial formada por um professor de direito negro e um professor branco (DWORKIN, 2002).

No ano em que DeFunis teve seu pedido negado na referida Universidade, uma grande parte dos requerentes de grupos minoritários aceitos tinha médias inferiores àqueles pertencentes ao grupo selecionado a partir do mérito. A Faculdade de Direito reconheceu, então, que os candidatos pertencentes aos grupos minoritários teriam seu pedido deferido, com a mesma média que DeFunis (DWORKIN, 2002). Esse caso dividiu os grupos que, costumeiramente, adotavam posturas liberais. Assim assinala Dworkin (2002, p. 344):

Em tempos passados, os liberais apoiavam três proposições distintas, a saber:

- i) que a classificação racial é um mal em si mesma;
- ii) que todos têm direito a uma oportunidade educacional proporcional às suas habilidades;
- iii) que a ação afirmativa estatal é o remédio adequado para as graves desigualdades existentes na sociedade norte-americana.

Essas três proposições liberais, entretanto, foram substituídas pelo entendimento que ganhou impulso na última década: que os programas mais eficazes de ação estatal são aqueles que dão uma vantagem competitiva aos grupos raciais minoritários. Ocorre que essa opinião sofreu argumentos contrários, como de alguns educadores, que entendiam que cotas favorecidas são ineficazes e, ainda, contraproducentes; isso porque o tratamento prioritário contribui para reforçar um sentimento já presente em muitos negros: o de inferioridade (DWORKIN, 2002).

Outros aduzem que qualquer discriminação positiva contribui para prejudicar os grupos minoritários, fomentando o preconceito, quando diferenciações raciais são toleradas, isso independentemente do seu objetivo. Ademais, os críticos mais sensatos admitem que ainda é muito prematuro para decidir se o tratamento diferenciado resulta em mais mal do que bem.

Em reforço a essas críticas empíricas, vê-se, desse modo, o argumento moral, segundo o qual, mesmo se a discriminação compensatória realmente beneficia as minorias, também reduz o preconceito em longo prazo, e, ainda assim, é considerada equivocada (DWORKIN, 2002).

As distinções com base em raça são inerentemente injustas, pois violam os direitos individuais como de DeFunis, por não pertencer a grupos favorecidos, de modo a sofrer o mesmo processo de exclusão (DWORKIN, 2002). Do mesmo modo, o autor entende que DeFunis não possui o direito a insistir que a inteligência seja adotada como único critério para a admissão no Ensino Superior, além do que algumas faculdades de direito acabam instituindo políticas mais qualificadas, combinando testes de inteligência com critérios de outro tipo (DWORKIN, 2002).

Defende DeFunis, entretanto, que a raça não seja usada como critério, independentemente de quanto uma classificação racial possa contribuir para o bem-estar da sociedade e, além disso, contribuir positivamente para diminuir a desigualdade social e econômica. A fundamentação de DeFunis é embasada no direito abstrato à igualdade, consoante à Décima Quarta Emenda, que estabelece que nenhum Estado negará a qualquer pessoa a igual proteção perante a lei (DWORKIN, 2002).

Dworkin (2002) entende que não há nada de incoerente entre o direito de um indivíduo à igual proteção e uma política social desejável sob outra perspectiva, de modo que, às vezes, ambas podem entrar em conflito, até mesmo quando o objetivo é tornar a sociedade mais igual em termos gerais.

Para Dworkin (2002), deve-se necessariamente focar a atenção na conceituação do conceito central, que é o direito à igualdade. Partindo dessa compreensão, os cidadãos teriam dois tipos de direito à igualdade: o primeiro é o direito à *igual tratamento*, “é o direito a igual distribuição de alguma oportunidade, recurso ou encargo”, a exemplo do direito a voto igual em uma democracia; e o segundo é o direito ao *tratamento como igual*, que corresponde ao direito “não de receber a mesma distribuição de algum encargo ou benefício, mas de ser tratado com o mesmo respeito e consideração de qualquer outra pessoa” (DWORKIN, 2002, p. 350).

Dworkin (2002, p. 350) reconhece, então, a importância ao “direito ao tratamento como igual” que, segundo afirma, “é fundamental”, à medida que o “direito ao igual tratamento é derivado” para aplicação de uma igualdade afetiva.

Para Dworkin (2002), qualquer critério de seleção adotado pela Universidade colocará alguns candidatos em posição de desvantagem em relação a outros. Ocorre que essa desvantagem não é fator preponderante para impedir a Instituição de adotar tais políticas de admissão, a exemplo do sistema de cotas, de modo que essas políticas representam ganho para a sociedade como um todo.

Nessa situação, qualquer desvantagem resultante da utilização das ações afirmativas pode ser motivada nos casos em que os ganhos auferidos pela política extrapolem a perda daqueles que “sofreram desvantagem”, assim como pela ausência de outra política que fomente com o mesmo ganho (DWORKIN, 2002, p. 351).

Para Dworkin (2002, p. 351), “o direito de um indivíduo de ser tratado como igual significa que sua perda potencial deve ser tratada como uma questão que merece consideração. Mas essa perda pode, não obstante isso, ser compensada pelo ganho da sociedade em geral”.

A perda individual de algum candidato, portanto, será compensada por um ganho maior, dado que a sociedade como um todo será beneficiada (DWORKIN, 2002).

Ademais, Dworkin (2002, p. 358) sustenta que “Qualquer sociedade que recorra a essa ideia para justificar uma política discriminatória, vê-se diante de uma série de dificuldades teóricas e práticas”. Tal afirmação decorre em razão de existir dois sentidos distintos para afirmar que uma comunidade está ou não melhor como um todo; essa melhora dá-se em um sentido utilitarista ou pode estar melhor em um sentido ideal.

Conforme Dworkin (2002, p. 358), uma sociedade estar melhor em um sentido utilitarista significa afirmar que:

O nível médio ou coletivo do bem-estar comunitário aumentou, apesar de o bem-estar de alguns indivíduos ter diminuído, de outro modo, uma sociedade estar melhor em um sentido ideal quer dizer que é mais justo ou, de algum outro modo, mais próximo de uma sociedade ideal, quer o bem-estar médio seja ou não aumentado.

Segundo Dworkin (2002), os argumentos sustentados pelos utilitaristas apresentam dificuldade especial que não se observa nos argumentos de ideal, pois essa dificuldade resulta em definir o que quer dizer bem-estar médio ou coletivo. Consiste em saber se existe alguma forma de avaliar o bem-estar de um indivíduo, mesmo em princípio, e como os aumentos do bem-estar de diferentes indivíduos podem ser adicionados e, em ato contínuo cotejados às perdas, de maneira a fundamentar a argumentação de que, no final, os ganhos superam as perdas.

Assim, uma política torna uma sociedade melhor consoante posição utilitarista; “se satisfaz o conjunto de preferências melhor do que o fariam as políticas alternativas, ainda que ela não satisfaça as preferências de alguns” (DWORKIN, 2002, p. 359).

Uma leitura sem atenção devida pode levar à conclusão de que o argumento utilitarista na utilização de uma política se justifica quando é capaz de satisfazer um número maior de preferências em termos gerais, seja um argumento igualitário (DWORKIN, 2002).

O caráter igualitário de um argumento utilitarista, entretanto, pode apresentar-se, frequentemente, como enganoso, posto que introduzir certa política pode estar sendo considerado preferências pessoais “pela sua própria fruição de certos bens ou certas oportunidades”, em conjunto com as preferências externas, “pela atribuição de bens e oportunidades a outros, ou ambas as coisas” (DWORKIN, 2002, p. 361).

É necessário distinguir as preferências pessoais das preferências externas, pois, caso um argumento utilitarista inclua ambas as preferências, o caráter igualitário presente nesse argumento ficará comprometido (DWORKIN, 2002).

Assim, o critério utilitarista, ao empregar a preferência de um número considerável de pessoas, desconsidera que as escolhas feitas por determinadas pessoas pode se distanciar de seus interesses pessoais, de modo a querer tão somente prejudicar o interesse de outras pessoas, as quais despreza ou tem preconceito, violando direito ao tratamento igualitário. Por essa razão, o critério utilitarista estaria sendo usado para mascarar preconceitos, ao endossar a manutenção do bem-estar da maioria (DWORKIN, 2002).

Dworkin (2002) entende que o argumento utilitarista é injusto quando apresenta desvantagem para um indivíduo pertencente a uma raça na qual existe preconceito, sendo, portanto, afastado esse entendimento quando a desvantagem persiste, mesmo estando ausente o preconceito.

Para Dworkin (2002), os argumentos do tipo utilitarista ou do tipo ideal são utilizados na adoção de políticas de ações afirmativas.

Dworkin (2002) formula o conceito de igualdade sem desconsiderar a importância da liberdade, de modo que interpreta os princípios da igualdade e da liberdade em conjunto, sem elevar a importância de um em detrimento do outro, considerando-os conjuntamente necessários e dependentes.

Nesse viés, chama atenção Brito Filho (2014), por entender que institui meios para que as pessoas possam usufruir dos bens da vida, o que somente tem razão de ser quando existe liberdade para agir em rumo ao seu destino. Ademais, ressalta que “nada há de valioso em uma vida que a pessoa leva de forma imposta, sem poder explorar suas potencialidades” (DWORKIN, 2002, p. 17).

Além disso, Brito Filho (2014) defende o modelo que foi denominado, por Álvaro de Vita, de liberalismo de princípios, ou de liberalismo kantiano, e Gargarella (2008) nomeia de liberalismo igualitário. Para este autor, as sociedades que acolhem o postulado do liberalismo igualitário e, ainda, pensadas em conjunto com a distribuição de recursos de Dworkin, em acréscimo extraído de Sen, são caminhos para criar condições favoráveis para uma mais justa distribuição de bens e oportunidades, de modo que os indivíduos possam concretizar suas histórias de vida (GARGARELLA, 2008).

Sobressai a concepção contemporânea de justiça distributiva, e apresenta-se, ao mesmo tempo, alicerçada com base na teoria da justiça desenvolvida por John Rawls (2016), denominada justiça como equidade. O referido autor entende que “a justiça é a primeira virtude das instituições sociais” (RAWLS, 2016, p. 3). Partindo dessa premissa, o autor assevera que é irrelevante leis e instituições eficientes e bem organizadas quando lhe falta a justiça, por isso defende que, nesse caso, as instituições devem ser eliminadas. Do mesmo modo, reconhece que nem todo o bem-estar da sociedade é, por consequência, capaz de justificar a violação da liberdade de uma pessoa.

A justiça como equidade, para Rawls (2016), significa que todos estão em uma situação inicial de igualdade, de modo que os princípios, “eles próprios”, são resultado de um acordo original em posição inicial de igualdade, ou seja, todos estão numa situação semelhante, portanto a escolha é resultado de um consenso ou ajuste equitativo.

A posição original, apresentada por Rawls, representa uma posição hipotética, que significa o ponto a partir do qual seriam escolhidos os princípios de justiça. Ademais, Rawls (2016) utiliza essa ferramenta, que ele chama de posição inicial, para solidificar quais os princípios que os indivíduos iriam preferir para orientar a estrutura básica da sociedade.

Na tentativa, portanto, de eleger princípios que mais bem se coadunassem às principais instituições sociais, Rawls (2016) criou um ambiente imaginário, hipotético, que servisse de base para eleger princípios adequados. A partir deste cenário foram criados dois grandes ideais políticos: a liberdade e a igualdade.

Observa-se que Rawls (2016) adotou uma concepção de justiça que não aceita que um ser humano subjugue outro e, ainda, não tolera a desigualdade que limite a liberdade em prejuízo aos demais, em especial os menos favorecidos.

Ainda, sobre a posição original, a escolha do melhor princípio da justiça dá-se quando as partes são acobertadas pelo véu da ignorância, isto é, “elas não sabem como as várias alternativas irão afetar o seu caso particular, e são obrigadas a avaliar os princípios unicamente com base nas considerações gerais” (RAWLS, 2016, p. 24).

A respeito do véu da ignorância, Gisele Cittadino (2009) entende que esse instrumento garante “a imparcialidade da concepção política de justiça”. Isso é possível porque os indivíduos desconhecem sua situação de vida, isto é, não têm conhecimento se são ricos ou pobres, brancos ou negros, doentes ou sadios, a par de outros, o que garante que os princípios escolhidos serão dotados de imparcialidades, tendo em vista que a escolha irá partir desses indivíduos desprendidos de suas experiências individuais (BRITO FILHO, 2014).

Para Rawls (2016), a liberdade precede a igualdade, por representar a forma mais apropriada para atingir a plena realização dos referidos princípios de justiça, o que se verifica na seguinte passagem: “as reivindicações da liberdade devem ser satisfeitas primeiro. Até conseguirmos isso, nenhum outro princípio entra em jogo” (p. 267).

Já para Brito Filho (2014), em que pese a liberdade ser um ideal político fundamental para configuração de uma sociedade democrática, não significa afirmar que esta deve ser vista como uma ordem que antecede a igualdade.

Quando Rawls, em sua justiça como equidade, leva em consideração uma “posição de cidadania igual e os vários níveis de renda e riqueza” (RAWLS, 2016, p. 105), possibilita o acesso de outras posições, como: “diferença de gênero, ou com as decorrentes de castas, de raça ou de etnia”, de modo que se torna inaplicável os princípios de justiça (p. 105).

A posição defendida por Rawls (2016) não se harmoniza com a justa distribuição dos recursos ou dos bens primários, expressão utilizada pelo autor, por não considerar fundamental a ideia segundo a qual a diversidade humana por si só é fator de exclusão.

Gargarella (2008) considera que Rawls, ao apresentar sua teoria, desconsidera os dons das pessoas, e estes, por sua vez, podem desencadear uma certa desvantagem de difícil controle. Para melhor compreender, vejamos:

Uma pessoa com salário um pouco maior que a outra, mas com graves afecções físicas, estaria – de acordo com a teoria de Rawls – melhor que esta última, mesmo que seu salário maior não seja suficiente para pagar os remédios que necessita, devido a suas desvantagens naturais (BRITO FILHO, 2014, p. 47).

No mesmo sentido, Dworkin (2002) afirma que o princípio da diferença, da forma que foi concebido por Rawls (2016), não é suscetível satisfatoriamente “à posição das pessoas com deficiências naturais, físicas ou mentais, que não constituem, em si, um grupo em pior situação, pois este é definido economicamente e, portanto, elas não poderiam contar com um representante ou membro médio de tal grupo” (DWORKIN, 2002, p. 107).

Dworkin percebe que Rawls introduz o princípio da reparação com a seguinte definição, “determina que a fim de tratar as pessoas igualmente e proporcionar uma genuína igualdade de oportunidade, a sociedade deve mais atenção àqueles com menos dotes inatos e aos oriundos de posições sociais menos favoráveis” (RAWLS, 2016, p. 107-108).

No capítulo 2 da obra *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*, de Ronald Dworkin (2011), o tema de destaque é o princípio da igualdade. Para o autor americano, o conceito de igualdade está diretamente ligado ao conceito de democracia, de maneira que os cidadãos devem ser tratados com o mesmo respeito e consideração. Ausência de tratamento igualitário pelo Estado, no entanto, apresenta como consequência a não realização da democracia.

Para Dworkin (2002), o ponto culminante que está por trás da igualdade é a forma de tratamento dispensado a todos os indivíduos com a mesma consideração e respeito. Para o autor, formular um conceito de igualdade não é tarefa fácil, de maneira que não basta a utilização da forma “absoluta e indiscriminada”.

Segundo Dworkin (2011), a concretização da igual consideração dá-se com a igualdade de recursos. Essa igualdade tem como pressuposto políticas comprometidas com o ideal de igualdade, com distribuição de recursos igualitários a cada indivíduo, de modo que os conceitos de justiça e de responsabilidade individual estão correlacionados (DWORKIN, 2011).

A igualdade de recursos tem como objetivo promover as condições igualitárias de acesso a determinados bens econômicos, sociais e culturais ao longo do tempo, enquanto a igualdade de oportunidades dá início a uma situação de igualdade no momento inicial, chamada pelo autor de “linha de largada”; em seguida, o *laissez faire* e o livre-jogo do mercado seguem normalmente (DWORKIN, 2011, p. 111).

A teoria da igualdade está apoiada no “princípio da igual importância”, que estabelece que toda vida humana merece ser bem-sucedida; em outros termos, que a vida humana “valha a pena”; e, na responsabilidade especial, a própria pessoa é responsável pelo seu êxito pessoal, em razão de suas escolhas feitas ao longo da vida, por exemplo as profissionais, de consumo, de estilo de vida dentre outras.

Dworkin (2002) considera que a igualdade absoluta, por ser um valor político fraco, é de fácil combate. O autor, por ser um filósofo político, tem na igualdade sua maior preocupação. Partindo do conceito de igualdade, torna-se possível determinar os direitos e deveres, razão pela qual a filosofia política está ligada à filosofia do direito.

Para alcançar a melhor métrica de justiça, Dworkin (2011) decide contrapor dois tipos de igualdade: a igualdade de recursos e a igualdade de bem-estar. Inicia com o bem-estar, que nasceu para dar valor aos recursos, de modo que o recurso somente tem valor quando gera bem-estar. Para o autor, a utilização de bem-estar como medida de igualdade é injusto, a exemplo de pessoas com necessidades especiais, que demandam mais recursos para alcançarem o mesmo bem-estar dos demais.

A teoria da igualdade, apresentada por Dworkin (2011), é a igualdade de recursos que estabelece que uma sociedade é justa quando conquista a igualdade de recursos, sendo recursos tudo que os indivíduos possuem individualmente e que sejam capazes de ser trocados ou transferidos. Os recursos são os pessoais ou impessoais: os primeiros estão diretamente ligados ao indivíduo, por isso não são objetos de transferência ou comercialização, como talento, características físicas, mentais e intelectuais, a par de outros, e os recursos impessoais

são os bens em geral. Então, a igualdade de recursos tem o propósito de igualar os recursos im pessoais, e compensar, via seguro hipotético, o diferente nos recursos pessoais, exceto o poder político, que perfaz, também, os recursos públicos.

Dworkin (2011) apresenta a forma como a distribuição igualitária de recursos será ajustada no mercado. Para isso, utilizará uma metáfora dos imigrantes numa ilha deserta com fartos recursos, local onde todos chegaram sem qualquer posse, isto é, todos estão numa mesma condição de igualdade. Os imigrantes chegam à conclusão que precisam dividir igualmente os recursos existentes. Para tal, criam o teste da inveja, no sentido econômico, para averiguar se a distribuição foi realmente igual. Caso concluam que ninguém invejará ou desejará os bens de outra pessoa, a divisão igualitária cumpriu o seu papel (DWORKIN, 2011).

Dworkin propõe um mecanismo de mercado – o leilão – em substituição ao teste de inveja. Todos os imigrantes receberam uma quantidade de conchas (moeda) para adquirirem os bens; os preços serão atribuídos a cada lote, que serão adquiridos por um comprador e todos serão vendidos (DWORKIN, 2011). Para que o leilão seja eficiente, é necessário o princípio da autenticidade e da independência. O primeiro garante a autenticidade da preferência dos imigrantes, sem imposição externa; o princípio da independência prevê que as escolhas são ausentes de preconceitos, e o resultado é uma sociedade sem preconceito e racismo.

Os lances são feitos até o momento em que ninguém inveja a cesta de outrem; caso isso aconteça, a pessoa tem a chance de fazer o lance pelo bem desejado. Aqui, para Dworkin (2011), os custos de oportunidades estão igualados.

Ultrapassado o teste de inveja, que representa a igualdade de tratamento com igual consideração, as diferenças das pessoas são refletidas nos seus bens adquiridos, ou seja, o valor que cada uma atribui à vida, sendo de sua responsabilidade as escolhas feitas.

A teoria da justiça, apresentada por Dworkin (2011), não tem a pretensão de esgotar todas as questões, mas considera a diferença entre os indivíduos, de sorte por opção e sorte bruta. A sorte por opção tem, no princípio do individualismo, responsabilidade especial, quando cada indivíduo responde por suas escolhas de vida, independente se boa ou ruim, e, assim, ninguém deve pagar por escolhas dos outros. Por outro lado, a igualdade de recursos é um “escudo”, por nos proteger e basear-se em outro princípio que reconhece que toda vida vale a pena. Por essa razão, devemos ter liberdade no mercado, de modo a escolher o que é mais importante para nosso projeto de vida, isto é, como indivíduos recebermos tratamento como iguais.

6 O CASO HOPWOOD E O ESTUDO RIVER

Dworkin (2011) inicia o capítulo 11 da obra *A Virtude Soberana: a teoria e a prática da igualdade*, com uma pergunta: Ação afirmativa: funciona? Segue afirmando que as melhores universidades e faculdades dos EUA adotaram uma forma de admissão sensível à raça, com o objetivo de expandir o número de alunos pertencentes às minorias.

Desde o seu nascedouro, a política de ação afirmativa foi alvo de ataques por autores e políticos conservadores. Sua existência foi colocada em xeque em 1995, quando a Universidade da Califórnia anunciou que a raça não seria mais contemplada nas admissões da universidade (DWORKIN, 2011).

A ampliação e a ratificação da proibição deu-se em 1996, com a aprovação do Projeto 209, reconhecendo que nenhuma universidades do Estado pode “discriminar nem oferecer tratamento preferencial a qualquer indivíduo ou grupo com base em raça, sexo, cor, etnia ou nacionalidade no serviço público, educação pública ou contratações públicas” (DWORKIN, 2011, p. 543).

No caso *Hopwood v. Estado do Texas*, o Quinto Tribunal Itinerante de Apelação declarou inconstitucional a utilização do critério racial na seleção de aluno para formar um corpo discente racialmente diverso da Faculdade de Direito da Universidade do Texas (DWORKIN, 2011).

Os opositores à ação afirmativa destacam que este tipo de ação, ao invés de aliviar a tensão racial, apenas a exacerbou, pois os alunos admitidos apresentaram baixa qualificação, o que contribuiu para o baixo padrão educacional (DWORKIN, 2011).

O estudo *The Shape of the River*, de William G. Bowen *et al.* (2016) foi considerado o primeiro exame relevante e estatístico do resultado concreto da ação afirmativa no Ensino Superior dos EUA. Esse estudo debruça-se sobre a base de dados da Faculdade e ACIMA (College and Beyond, C&B) para analisar a ação afirmativa na educação superior, criado com o propósito de ampliar o ingresso de grupos minoritários, analisando, sobretudo os dados de alunos e formados negros. Todos os dados levantados não foram respondidos, inclusive não teve uma resposta definitiva a questão de os alunos negros, em grupos, apresentarem rendimento baixo quando comparados aos brancos da mesma Universidade; entretanto essas condições não limitam a importância das conclusões do estudo.

Os defensores da ação afirmativa sustentam que uma política é justa quando assegura um bem substancial, beneficiando toda uma comunidade; ao contrário, quando não alcançarem esse fim, então será inútil. Dworkin (2011) aduz que essa política de ingresso à universidade pode ser injusta para aqueles que não alcançaram uma vaga, assim como para o grupo de negros como um todo, mesmo alcançando o resultado pretendido.

Ainda, os que defendem essa forma de política sensível à raça, reconhecem sua importância, no curto prazo, desde que cumpra seu desiderato de erradicar ou diminuir o impacto da raça no longo prazo.

Os críticos, brancos e negros, atacam a ação afirmativa declarando que ela é contra-producente de modo geral, por ter sacrificado, ao invés de ajudar, os negros pertencentes ao programa, em razão da permanência da noção de inferioridade negra entre os brancos e os negros. Isso promove o separatismo negro, motivando uma sociedade separada com relação à raça, ao invés de integrar os negros e promover uma comunidade que é indiferente à cor (DWORKIN, 2011).

Dworkin (2011, p. 549) afirma que a base que sustenta os argumentos a favor e contra são dados superficiais. Os poucos estudos sobre o assunto carecem de profundidade, tornando-se provas frágeis para sustentar grandes declarações. Diferente dos poucos estudos sobre o tema, o *The Shape of the River* concluiu uma estatística de grande abrangência, com a profundidade necessária de todos os estudos precedentes (DWORKIN, 2011).

Em que pese o estudo River ser de grande importância, deve-se ter cuidado para não aceitar de forma acrítica. Isso porque falhas podem ser descobertas e, ainda, podem surgir estudos mais profundos que refutem as conclusões de River (DWORKIN, 2011).

Com o estudo de River foi elevado, sobremaneira, o padrão da argumentação, de modo que “qualquer debate respeitável acerca das consequências da ação afirmativa nas universidades precisa agora reconhecer suas descobertas ou refutá-las e qualquer refutação deve estar à altura dos padrões de amplitude e profissionalismo estatístico que Bowen, Bok e seus colegas alcançaram” (DWORKIN, 2011, p. 551).

O estudo concluiu que as exigentes faculdades e universidades obtiveram êxito na aplicação das políticas de ação afirmativa para favorecer metas educacionais importantes a todos (DWORKIN, 2011). Também, mostra que o diploma de uma faculdade seleta não é fator determinante para assegurar uma carreira exitosa, entretanto pode abrir portas, contribuir para a superação de qualquer estereótipo negativo usado pelos empregadores e, ainda, gerar oportunidades (DWORKIN, 2011).

Ademais, o estudo River expressou que a ação afirmativa “também foi inspirada pelo reconhecimento de que o país tinha necessidade premente de negros e hispânicos cultos, que pudessem assumir papéis de lideranças em suas comunidades e em todas as nuances da vida nacional” (DWORKIN, 2011, p. 559).

Além disso, o estudo River mostra que dobrou o número de negros atuando em instituições de serviço comunitários e, ainda, a grande probabilidade de que negros do sexo masculino adquiram posições de liderança (DWORKIN, 2011).

Essas constatações contribuem para negar o temor de que negros cultos da classe média optariam por viver nova vida afastada da comunidade negra em geral. O temor, portanto, não foi afastado, mas a estatística do estudo é favorável. “O fato de que esse grupo está oferecendo cada vez mais serviços de liderança cívica do que seus equivalentes brancos indica que o compromisso social e as preocupações com a comunidade não foram abandonados ao primeiro sinal de êxito pessoal” (DWORKIN, 2011, p. 559).

Retomemos os opositores que fazem referência às práticas de hostilidade racial no *campus* e, ainda, atividades como “mesas negras”, para induzir que a diversidade racial não foi capaz de reduzir a hostilidade racial, tampouco o isolamento e, inclusive, pode ter contribuído para acentuá-los. De modo previsível, os negros, em maior número do que brancos, reconhecem a importância de conhecer pessoas de outras raças. Essa previsão foi alterada. O aumento deu-se em maior percentagem para os brancos (DWORKIN, 2011).

No que se refere ao valor da experiência universitária no autoconhecimento de “se entender” com outros grupos, pertencente a outras raças, o estudo de River apontou duas respostas prováveis: a primeira aduz que pode ter aumentado a consciência da importância da interação entre os alunos, e a segunda traz que pode a universidade ter aderido à ideia que permite gerar um ambiente facilitador dessa interação (DWORKIN, 2011).

Os opositores negros da ação afirmativa revelam que se sentem ofendidos ou prejudicados por essa política por precisarem de favores especiais (DWORKIN, 2011).

O estudo mostra que os negros estão sub-representados nos cargos de maior prestígio da estratificação social, de maneira que a estratificação racial é uma vergonha que se mantém ao longo do tempo (DWORKIN, 2011).

Faz-se necessário cautela ao concluir pela injustiça da ação afirmativa, isso em razão do baixo dano que essa política inflige a qualquer candidato rejeitado, sejam os brancos e outros candidatos, ou aqueles negros que se sentem ofendidos (DWORKIN, 2011).

O estudo River prescreve que, na hipótese do uso de padrões de neutralidade racial em algumas escolas estudadas, a probabilidade de ingresso dos candidatos brancos excluídos atingiria um percentual de 25% para 26,5%. Ademais, a declaração de inconstitucionalidade do processo de ingresso da Faculdade de Direito do Texas, pelo Quinto Tribunal Itinerante, e a condenação do *quantum* devido aos querelantes pela instância inferior, foi de apenas um dólar, por entender a baixa probabilidade de admissão de qualquer rejeitado, apesar de aplicar os padrões de neutralidade racial (DWORKIN, 2011, p. 568).

O que se espera de todas as nossas instituições educacionais, no entanto, é uma postura ativa que promova a ciência, as artes e a filosofia, por ser o progresso responsabilidade pública coletiva, de modo a eleger alunos e professores com esse propósito bem-definido (DWORKIN, 2011, p. 570).

Além do progresso dos conhecimentos como meta a ser alcançada pelas instituições educacionais, espera-se, ainda, que todas as instituições ajudem os alunos e a comunidades de outras maneiras, como dedicar-se ao estudo do tratamento da Aids ou do Mal de Alzheimer. A liberdade acadêmica permite, entre outras coisas, definir metas para si e estratégias acadêmicas, igualmente estratégias de admissão, que entenda ser melhor a essas metas (DWORKIN, 2011).

As notas altas são, tradicionalmente, adotadas pelas escolas em geral, entretanto não se trata de qualificações estritamente acadêmicas como exclusivas, por rejeitarem candidatos com notas altas – inclusive negros –, dando preferência aos alunos com notas mais baixas. Essas qualificações são consideradas na seleção, determinando se o candidato tem perfil para uma ou mais metas costumeiras da Instituição (DWORKIN, 2011).

Ante a essas considerações, em ato contínuo, Dworkin (2011) passa a analisar algumas respostas ao questionamento acerca da injustiça da ação afirmativa, que tem sido levantado por tanta gente.

Inicia pela resposta que sustenta que as políticas de admissão sensíveis à raça, ao julgar os candidatos, não os leva em consideração como indivíduos, mas, tão somente, como membros de grandes grupos; esse, inclusive, foi o argumento sustentado pelo Juiz Powell, quando declarou inconstitucional as primeiras formas, ainda imperfeitas, de ação afirmativa no Caso Bakke (DWORKIN, 2011).

Na atualidade, a versão da ação afirmativa não considera as cotas; agora é julgado cada caso, com critérios de avaliações abrangentes, o que permite que ninguém seja aceito ou excluído somente em razão da raça (DWORKIN, 2011).

Muitos outros sustentam que a raça, por motivos especiais, não deve ser uma das propriedades entre as qualificações para admissão. Para Dworkin (2011), faz-se necessário distinguir as diversas classificações de raça como especiais e analisar suas consequências.

O autor inicia com o argumento segundo o qual o critério de admissão sensível à raça exacerbou a tensão racial, ao invés de ajudar na sua eliminação; argumento descartado à luz do estudo de River (DWORKIN, 2011). Outros entendem que as classificações raciais, a todo o momento erradas na origem, tenham os resultados desejados. Aduzem, ainda, em tese, que não podemos admitir uso ofensivo da raça para alcançar fins “benignos” (DWORKIN, 2011, p. 574).

O autor refuta esse argumento por entender que formas malignas de discriminação violam direitos individuais, entretanto reconhece que a ação afirmativa bem-elaborada não concorre para isso. Ademais, afirma que é um direito fundamental que cada cidadão tem, inclusive o cidadão negro, de ser tratado pelo governo com igual consideração e respeito (DWORKIN, 2011).

Do mesmo modo, o autor assevera que os defensores da ação afirmativa não exteriorizam preconceito em oposição aos cidadãos brancos, e que não é razoável negar às universidades o poder de atuar ativamente para aumentar a diversidade, a justiça social e a estabilidade, com discurso na suposta possibilidade de que algumas instituições possam afrontar seu poder (DWORKIN, 2011).

Argumenta-se que a história social e constitucional dos Estados Unidos sempre foi motivo de aprisionamento, como povo, por ser uma sociedade indiferente à cor. Nessa perspectiva, a 14ª emenda de “igual proteção das leis” representou um compromisso assumido pela nação, tanto na seara moral quanto na jurídica, de rejeição à raça. Assim sendo, a ação afirmativa está equivocada, violando ou não os direitos individuais de qualquer pessoa, por não levar em consideração um compromisso nacional importante (DWORKIN, 2011).

Para Dworkin, esse argumento, apesar da sua divulgação, não é convincente. Partes dos críticos da ação afirmativa asseguram que a decisão arguida no compromisso de indiferença à cor seria uma decisão estratégica, e que evitar qualquer classificação racial, em futuro distante, seria plausível pelo resultado alcançado pelo enfrentamento e eliminação do racismo, mesmo que, para isso, pareça, no curto prazo, eficaz em oposição ao racismo, sem oferecer um argumento para essa hipótese estratégica, demonstrada pelo estudo River, que é falsa (DWORKIN, 2011).

A 14ª emenda não faz referência à raça e, ainda, o resultado de sua interpretação não entende que devam ser excluídas, automaticamente, classificações que levem em conta a raça como meio para alcançar mais justiça. Então, o suposto compromisso da nação americana é uma ilusão (DWORKIN, 2011).

Baseada nas melhores provas alcançadas até o momento, a ação não é contraproducente; ao contrário, aparenta ser bem-sucedida. Nem ao menos é injusta, por não infringir os direitos individuais nem imiscuir-se em nenhum princípio moral (DWORKIN, 2011).

Para Dworkin (2011, p. 578), a discriminação racial do passado refletiu negativamente na nação, pois os cargos de poder e prestígio fizeram parte de uma só raça.

Quando os opositores sustentaram que a ação afirmativa faria mais mal do que bem, essa atitude deu-se pela incerteza que pairava quanto às suas consequências. Esse discurso, entretanto, não tem mais razão de ser; isso em virtude do resultado das estatísticas e análises abrangentes, que demonstrou, de maneira positiva, o seu valor, e, por fim, não temos razão para proibir a ação afirmativa (DWORKIN, 2011).

7 O RESULTADO DO ESTUDO RIVER

Dworkin inicia o capítulo 12 da obra *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade* com a pergunta: Ação afirmativa: é justa?

No caso Bakke, julgado pela Suprema Corte em 1978, Powell manifestou, em seu parecer, que as preferências raciais são aceitáveis quando seu objetivo for aumentar a diversidade racial entre os alunos, e desde que não sejam adotadas cotas fixas para as minorias, entretanto seja considerada a raça como um dos inúmeros fatores. Dos nove juízes, quatro do referido processo aprovaram o sistema de cotas, enquanto cinco juízes admitiram a constitucionalidade do plano que se coadunava ao disposto nos requisitos de Powell (DWORKIN, 2011).

O estudo River, ao se debruçar sobre uma grande base de dados composta por fichas e históricos dos alunos, obteve um suporte necessário para refutar as afirmativas dos críticos, comprovando o contrário (DWORKIN, 2011). Da mesma forma, esse estudo alcançou um resultado positivo acerca da ação afirmativa, concluindo que ela alcançou um êxito impressionante, de maneira que a ação afirmativa promoveu “notas altas entre alunos de formatura, entre alunos universitários negros, mais líderes negros na indústria, nas profissões, na comunidade e nos serviços comunitários”, do mesmo modo que produziu entre as raças um conviver e amizade contínua, o que não seria possível (DWORKIN, 2011, p. 583).

Ainda sobre o estudo, confirmou que se a corte entender pela inconstitucionalidade da ação afirmativa, a presença de negros nas universidades e nas faculdades de elite cairá bastante e, ainda, aduz que será pouco provável o ingresso de negros pelas faculdades de Direito e Medicina; isso, portanto, representa um enorme fracasso para a harmonia e a justiça raciais (DWORKIN, 2011).

Para Dworkin (2011), deve ser afastada a ideia de transgressão à cláusula da igual proteção quando um determinado grupo não tem atendida uma pretensão meritória ou via política, entretanto a violação dá-se quando essa perda for resultado de sua “vulnerabilidade especial ao preconceito, à hostilidade ou aos estereótipos e à sua consequente situação diminuída – cidadania de segunda classe – na comunidade política” (DWORKIN, 2011, p. 584). O autor ainda aduz que a supracitada cláusula não é aplicada no sentido de assegurar que todos os cidadãos serão beneficiados igualmente em todas as decisões emanadas do poder político. Garante, todavia, tão somente o tratamento igualitário, com igual consideração e respeito em todos os seguimentos resultantes de deliberações e processos políticos.

Dworkin (2011) afirma que a 14ª Emenda não prevê expressamente a raça, de modo que não seria razoável pensar que aqueles que a elaboraram e aprovaram teriam a pretensão de proibir integralmente todas as classificações raciais. Um quórum considerável votou e aprovou várias classificações raciais, dentre as quais exprimia até a segregação racial em escolas públicas.

Em ato contínuo, o autor segue afirmando que a cláusula de igual proteção requer que seus intérpretes modernos, quando de sua análise, expressem juízos morais, para que possa se manter vivo o princípio geral de moralidade política, determinado por aqueles (DWORKIN, 2011).

Dworkin (2011) reconhece que o princípio de Bakke está em vigor há cerca de 20 anos, e segue sendo uma lei constitucional boa. Por exteriorizar confiança, as faculdades e universidades podem continuar adotando esse princípio para justificar sua adoção aos critérios raciais de admissão, que asseguram diversidade no corpo discente.

Dworkin (2011) não afasta outro interesse institucional, por ser importante para zelar pelo critério que mantém a raça, como mecanismo que busca corrigir a ainda “deplorável ausência de negros nos principais cargos do governo, da política, das empresas e das profissões” (p. 601).

Para Dworkin (2011), não serve a justiça compensatória como fundamento da ação afirmativa, por defender que essa ação é necessária para “compensar as minorias pelos danos a sua raça ou classe no passado”, por entender que uma raça não “deve” compensar a outra. As universidades não adotam essa justificativa para compensar indivíduos nem grupos, pois essa admissão sensível à raça é voltada para o futuro, e não retroage, e “os alunos minoritários a quem ela beneficia não foram, obrigatoriamente, vítimas individuais, de nenhuma injustiça no passado” (p. 606).

O autor segue afirmando que as grandes universidades, quando se propõem a formar mais discentes negros e outras minorias, busca, com essa educação, não compensá-los por injustiças passadas, mas oportunizar um futuro que represente o respeito às diversidades, quando todos serão beneficiados, contribuindo para acabar com a “maldição que o passado deixou sobre todos nós” (DWORKIN, 2011, p. 606).

8 CONCLUSÃO

Os Estados Unidos foi considerado o país pioneiro na introdução dessa política afirmativa, tendo como objetivo o combate à discriminação e ao preconceito, causadores da marginalização social e econômica dos negros na sociedade norte-americana.

Quando se questiona que a ação afirmativa é violadora de direito por desconsiderar as qualificações individuais daqueles candidatos rejeitados, deve-se considerar que a concorrência por vagas na universidade é uma competição que deve tentar selecionar um corpo discente que contribua positivamente às metas legítimas que a instituição estabeleceu (DWORKIN, 2011).

A educação, especialmente a superior, é uma realidade de poucos. Diante disso, torna-se um recurso valioso e escasso. Não obstante ser elitista, as universidades, inclusive “particulares”, são pagas por toda a comunidade. Por essa razão, têm responsabilidade pública, que ultrapassa seus próprios corpos docente e discente, devendo beneficiar, via metas, uma comunidade muito mais abrangente (DWORKIN, 2011).

O estudo River atesta que as escolas americanas desejam formar turmas de alunos que apresentem diversidades em vários prismas, por entenderem que contribuirão para a vida profissional e comercial e, inclusive, poderão conduzir-se na vida como bons cidadãos em uma democracia plural, que respeita a diversidade.

Os Estados Unidos ainda se utiliza da codificação pela cor para praticar os piores estereótipos, desconfianças, temores e ódios. Em razão disso, é indispensável que os negros e os brancos “se conheçam e se admirem, e se alguns negros não tiverem a classe, a cultura ou outras características que lhes sejam associadas por estereótipos, é obvio que isso aumenta, em vez de destruir, as vantagens da diversidade racial” (DWORKIN, 2011, p. 572).

As escolas, com o propósito de ajudar a melhorar a vida da comunidade, aprimorando sua cultura e sua ciência, entre outras, também ajuda a tornar real essa vida coletiva mais justa e harmoniosa. Elas pensam a segregação como inimiga da justiça e da harmonia e, ademais, reconhecem que a ação afirmativa “começou a erodir tal segregação de um modo que talvez nenhum outro plano ou política poderia fazer” (DWORKIN, 2011, p. 572).

A discriminação racial exterioriza desprezo, e, do mesmo modo, é altamente injusta e prejudicial por condenar uma pessoa pelas características naturais; é, acima de tudo, destruidora da vida de seu paciente. Dworkin (2011) apresenta a cláusula da igual proteção, a qual cumpre um papel importante na proteção dos cidadãos em oposição a todas as discriminações ou classificações jurídicas que lhe atribua desigualdade.

Entende Dworkin (2011) que o governo é responsável pelas decisões que afetam a vida das pessoas, no sentido de dar direção ao destino e à sorte de cada cidadão. Essas decisões deveriam atender o interesse geral de toda a comunidade, mesmo que para isso beneficiasse uma parte dos cidadãos e prejudicasse outros. Ademais, o autor aduz que não há razão para as classificações raciais serem apontadas como inconstitucionais, pois elas não são moralmente inadequadas (DWORKIN, 2011).

O estudo River aponta duas finalidades pelas quais os exames de admissão sensíveis à raça se justificam: a universidade deve possuir um corpo discente diversificado, atendendo à diversidade racial; e a comunidade tem a necessidade de ampliar a presença dos membros das minorias nas diversas áreas de poder (DWORKIN, 2011).

O estudo River afirma que para alcançar a diversidade racial faz-se necessário utilizar meios eficientes, o que afasta sua fundamentação na classe econômica como representante. O critério racial é considerado eficiente para produzir a diversidade nas diferentes áreas de atuação profissional existentes na sociedade (DWORKIN, 2011).

Para Dworkin (2011), a promoção da diversidade racial no acesso ao ensino superior é um meio adequado utilizado pelas universidades para promover a diversidade racial nas profissões. Para além disto, também considera oportuna a convivência e o relacionamento entre alunos de diferentes traços culturais, pelo que a sociedade teria muito a ganhar com a troca de conhecimentos e saberes.

9 REFERÊNCIAS

- BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de. *Ações afirmativas*. São Paulo: LTR, 2014.
- BELTRÃO, Jane Felipe; BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de; MAUÉS, Antonio Gomes Moreira. Ações afirmativas na Universidade Federal do Pará. *Revista Inclusiones*, v. 3, p. 78-101, 2016.
- BOWEN, William G. *et al. The Shape of the River: Long-Term Consequences of Considering Race in College and University Admissions*. With a New introduction by the authors. Ed. Princeton University Press, 2016.
- CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos de filosofia constitucional contemporânea*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. Tradução Jussara Simões. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.
- GARGARELLA, Roberto. *As teorias da justiça depois de Rawls: um breve manual de filosofia política*. Tradução Alonso Reis Freire. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade: o direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- LAUREANO, Nathalie Albieri. *Ação afirmativa e o princípio da igualdade: uma análise constitucional*. Brasília, 2008. Concurso ESMPU de Monografia. 1º lugar na categoria estudantes de Graduação.
- MANTOAN, Maria Tereza Eglér. O direito de ser, sendo diferente, na escola. In: RODRIGUES, David (org.). *Inclusão e educação: doze olhares sobre a educação inclusiva*. São Paulo: Summus, 2006. p. 184-209.
- MOREIRA, Adilson José. O mito da inocência branca no debate brasileiro sobre ações afirmativas. In: JUBILUT, Liliane Lyra; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Direito à diferença: aspectos de proteção específica às minorias e aos grupos vulneráveis*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 61-91. Vol. 2.
- RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. 2. ed. Tradução Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2016.
- SEN, Amartya. *Desigualdade reexaminada*. Trad. Ricardo Doninelli Mendes. Rio de Janeiro: Record, 2001.

<http://dx.doi.org/10.21527/2317-5389.2020.15.177-190>

Entre O Direito E A Educação: A Afetividade Em Foco

Valmôr Scott Junior

Professor-adjunto na faculdade de Direito (Universidade Federal de Pelotas/UFPel). Professor e orientador no Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado – PPGD/UFPel) – Direito e Vulnerabilidade Social. Doutorado em Educação e Mestrado em Educação (UFSM). Especialização em Direito (UFSM). Licenciatura (PEG/UFSM). Graduação em Direito (Unicruz). Coordenador do Grupo de Estudos e Pesquisas sobre Acessibilidade na Educação Superior (Gepaes). Membro pesquisador no Núcleo de Pesquisas em Direitos Sociais e Vulnerabilidade (Nupediv). Autor dos livros: *Acessibilidade na Educação superior: desdobramentos jurídicos e Afetividade na formação docente: entre o Direito e a Educação*. Membro do Conselho Editorial da Editora Caxias. <http://lattes.cnpq.br/9806421589183882>. <https://orcid.org/0000-0003-1118-1575>. jr.3000@hotmail.com

RESUMO

O presente estudo tem como tema a abordagem da afetividade pelo viés intercultural, tendo como objetivo compreender, por meio do diálogo intercultural entre o Direito e a Educação, a afetividade por intermédio das relações sociais em ambas as áreas do conhecimento. Quanto à metodologia, trata-se de pesquisa qualitativa mediante revisão bibliográfica. Na elaboração deste artigo colaboram autores da Educação e do Direito, como Maturana (1998), Santos (2009a), Barcelos (2013), Bauman (1999), Bonavides (2005), Dias (2006), Souza (2011), Hilal (1985), Pereira C. M. da S. (2006), entre outros. A afetividade é, juridicamente, considerada princípio na relação social entre pais e filhos, sendo também fundamental, em âmbito educacional, na relação social entre professores e estudantes. A concepção de relação social será abordada de acordo com Maturana (1998), e o conceito de afetividade, tanto em âmbito jurídico (família) quanto educacional (instituições educacionais), será apresentado em sua importância como um elo necessário à ligação entre os sujeitos e à formação cidadã em prol da vida em sociedade, no que se refere a temas comuns que sejam ativados por estes sujeitos, nestes espaços.

Palavras-chave: Direito. Educação. Afetividade. Relações sociais.

BETWEEN THE LAW AND EDUCATION: THE AFFECTIVITY FOCUS

ABSTRACT

This article aims at understanding, through intercultural dialogue between the Right and Education, affectivity through social relations in both areas of knowledge. In preparing this article collaborating authors of the Education and Law, for example, Maturana (1998), Santos (2009a), Barcelos (2013), Bauman (1999), Bonavides (2005), Dias (2006), Souza (2011) Hilal (1985), Pereira C. M. da S. (2006), among others. The affection is legally considered as a principle in the social relationship between parents and children, it is also important in the educational context, the social relationship between teachers and students. The concept of social relationship will be addressed according to Maturana (1998) and the concept of affectivity, both in the legal field (family) and educational (educational institutions) will be presented in its importance as a necessary link to the connection between the subject and training citizen for the benefit of society, as regards the common themes that are activated by these guys, these spaces.

Keywords: Law. Education. Affectivity. Social relationship.

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 Do direito à educação: uma possibilidade de diálogo. 3 A afetividade: do jurídico ao educacional. 4 Conclusão. 5 Referências.

Recebido em: 15/9/2017

Aceito em: 16/11/2019

1 INTRODUÇÃO

Atualmente, meu olhar como pesquisador tem seu foco sobre a recepção da afetividade pelo Direito e pela Educação; precisamente, a afetividade como constitutiva das relações sociais entre pais e filhos, no âmbito do Direito de Família, e entre professores e estudantes, em âmbito educacional. A afetividade é pressuposto fundamental às relações entre sujeitos, seja na família ou nas instituições educacionais.

A origem das indagações sobre este estudo surge a partir do acolhimento da afetividade como princípio jurídico atinente ao Direito de Família. Nas relações familiares, a afetividade compreende a manifestação de cuidado e atenção como forma de demonstrar emoções.

Este princípio apresenta-se alicerçado em outros, que são o princípio da dignidade humana e o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. Estes princípios, no que se refere à criança e ao adolescente, buscam garantir direitos como: educação, respeito, convivência familiar e comunitária, entre outros.

O princípio da dignidade humana, em especial, é orientador dos demais princípios jurídicos, regulando, inclusive, as relações entre sujeitos, sendo exemplo o princípio da afetividade, pois todo o ser humano tem o direito de receber afeto. A afetividade, uma vez inserida no âmbito das relações, extrapola a esfera da família e entra pelo portão da escola, em virtude de ser um ambiente em que são estabelecidas relações sociais.

Diante disto, é fundamental o reconhecimento da afetividade também na esfera educacional. Neste contexto, a afetividade está diretamente ligada à relação entre professor e estudante, sendo essencial ao desenvolvimento físico, intelectual e psicológico dos sujeitos, além de benéfico contra os efeitos mais nocivos de sua carência, entre eles a dificuldade de aprendizagem.

O uso da razão, como balizador das relações no ambiente escolar, deixando o cuidado com o afeto para o campo da psicologia, não basta, pois afeta a qualidade das relações estabelecidas na escola. Uma educação que tenha como foco o ensino e a aprendizagem, precisa considerar o afeto não como simples complemento, mas como um dos princípios do processo educativo que busca a formação integral da pessoa.

A afetividade favorece a construção de uma educação sensível ao humano, em que o professor se constitui uma referência para que o outro se reconheça como sujeito capaz de se relacionar e ser responsável pelo seu próprio processo de desenvolvimento.

Neste contexto, apresento a relação entre aspectos jurídicos e educacionais, assim como a afetividade, consagrada juridicamente como princípio do Direito, articulando-a com possíveis contribuições à Educação a partir de autores de ambas as áreas do conhecimento: no Direito: Bonavides (2005), Dias (2006), Souza (2011), entre outros; na Educação: Maturana (1998), Hilal (1985), Pereira, R. da C. (2006), entre outros.

Além disto, a afetividade é relevante tanto para o Direito quanto para a Educação, pois alcança o sujeito em sua integralidade, inclusive no que diz respeito ao aspecto afetivo. Em convergência, aponta em direção a possibilidades inovadoras sobre diversos temas jurídicos e educacionais.

2 DO DIREITO À EDUCAÇÃO: UMA POSSIBILIDADE DE DIÁLOGO

Este artigo surge a partir da problematização do princípio jurídico da afetividade no âmbito das relações sociais entre pais e filhos e a possibilidade da receptividade do afeto no campo educacional e nas relações sociais entre professores e estudantes. Tanto o Direito quanto a Educação, mesmo com suas particularidades, possuem elos de ligação no que se refere à presença do afeto.

Neste processo, para buscar caminhos inovadores, é conveniente olhar para além dos limites de cada área do conhecimento e refletir sobre possíveis diálogos que superem a disciplinarização estipulada pela produção epistêmica moderna.

A ciência moderna, ao impor a ordem, cria a desordem, o caos. Ao doutrinar por este primado, acaba por enxotar outras percepções que precisam ser consideradas. Neste sentido,

A mudança de hábitos, valores, representações, conceitos, pré-conceitos e atitudes estão, muito fortemente, relacionados a questões que não se limitam apenas ao campo da razão, do raciocínio, do intelecto. Enfim, da produção do conhecimento científico. Nossas representações de mundo, bem como seus desdobramentos em ações cotidianas são, em última instância, um processo de construção complexa que envolve as dimensões humanas na sua totalidade e complexidade (BARCELOS, 2005, p. 50).

A Razão produz determinismos que não suportam valores e representações, que escapam ao aprisionamento da cientificidade moderna, mas dialogam com as concepções de mundo presentes no universo complexo que afeta o cotidiano das pessoas em suas múltiplas interfaces.

Ao estabelecer fronteiras vigiadas entre as disciplinas e regulá-las, o conhecimento foi fracionado de forma a reprimir e evitar a comunicação entre áreas do conhecimento. Como consequência, há restrição para a produção do conhecimento. A respeito, segundo Bauman:

Todos os governantes e cientistas protegem zelosamente seus territórios de caça e, assim, o seu direito de estabelecer propósitos. Por serem os territórios de caça reduzidos ao tamanho dos seus poderes coercitivos e ou intelectuais, com os propósitos estabelecidos na medida dos territórios suas batalhas são vitoriosas. Os propósitos são alcançados, o caos é enxotado e a ordem é estabelecida no território (1999, p. 20).

Outro fator que ocasiona este cenário reside na ordenação do conhecimento em disciplinas, por meio da adoção da razão da Ciência moderna sobre a compreensão do conhecimento, inclusive com a carência de diálogo com outras ciências. Esta Razão linear, que disciplina o conhecimento, não permitindo trocas produtivas e desconsiderando o processo de modificação dos contextos, acaba por restringir o alcance do resultado sobre os aspectos investigados.

Sendo um conhecimento disciplinar, tende a ser um conhecimento disciplinado, isto é, segrega uma organização do saber orientada para policiar as fronteiras entre as disciplinas e reprimir os que as quiserem transpor. É hoje reconhecido que a excessiva parcelarização e disciplinarização do saber científico faz do cientista um ignorante especializado e que isto acarreta efeitos negativos (SANTOS, 2009b, p. 74).

O conhecimento jurídico constata, ao considerar apenas aspectos específicos do Direito, que há lacunas sobre possíveis soluções aos questionamentos chamadas a responder. Assim como outras áreas, passa a movimentar-se em busca de respostas, escapa da razão da modernidade, reconhece seus limites e abre suas fronteiras ao diálogo com outras áreas do conhecimento.

A fragmentação do saber ocorrida na Modernidade levava à constante busca das diferenças e destacava as distâncias, enquanto na Pós-Modernidade a característica integradora se faz presente nas aproximações. Os paradigmas propostos são complexos e fundamentados por ambiguidades, contradições e incertezas [...] (MARTINS; CASTELLANO, 2003, p. 64).

O conhecimento a ser produzido em busca da complexidade negada exige um movimento do observador sobre suas próprias concepções, em geral com raízes no olhar que a ciência produz e reproduz. É indispensável ir além e considerar os processos humanos em sua dinâmica de movimentos de (re)construção e (re)criação.

O movimento entre as áreas do conhecimento estabelece outras possibilidades de direções, pois, ao invés de prezar por suas características e preservá-las pelo distanciamento, se propõem a aproximações, diálogos e interfaces para a produção do conhecimento de modo dinâmico em relação à temática de estudo. Para colaborar, Santos assevera:

Os fatos observados têm vindo a escapar ao regime de isolamento prisional a que a ciência os sujeita. Os objetos têm fronteiras cada vez menos definidas; são constituídos por anéis que se entrecruzam em teias complexas com os dos restantes objetos, a tal ponto que os objetos em si são menos reais que as relações entre eles (2009b, p. 56)

O diálogo intercultural entre o Direito e a Educação apresenta-se como uma alternativa ao olhar do pesquisador. Preliminarmente, contudo, convém desenvolver o conceito de interculturalidade. Com o intuito de elucidar, lembra Fleuri:

[...] o adjetivo “intercultural” tem sido utilizado para indicar realidades e perspectivas incongruentes entre si: há quem o reduz ao significado de relação entre grupos “folclóricos”; há quem amplia o conceito de interculturalidade de modo a compreender o “diferente” que caracteriza a singularidade e a irrepetibilidade de cada sujeito humano; há ainda quem considera interculturalidade como sinônimo de “mestiçagem” (2003, p. 17).

Para além da discussão sobre diferenças étnicas e culturais, este adjetivo também tem relação com a reflexão dialógica entre culturas diferentes e identidades diversas, inclusive entre áreas do conhecimento distintas para, por meio de situações comunicativas, apresentar respostas aos mais diversos contextos de estudo.

Convém explicar, neste estudo, o motivo da escolha por uma discussão intercultural ao invés de uma abordagem interdisciplinar. A interdisciplinaridade remete a um padrão de fragmentação do conhecimento e de demarcações em prol da ordem e especialização prezadas pela ciência moderna.

As áreas do conhecimento, contudo, constituem um conjunto uno e dinâmico, o qual não suporta o aprisionamento em modelos estanques, nem linhas de fronteira, pois se comunicam, interligam e realizam interfaces em prol de um conhecimento universal. Diante disto,

as áreas do conhecimento necessitam ser compreendidas como campos dinâmicos de culturas complementares pertencentes a um todo e não reduzidas a disciplinas, que deixam lacunas em suas abordagens.

A discussão intercultural permite que cada uma das áreas do conhecimento supere sua “zona de conforto intelectual” (BARCELOS, 2013, p. 19), com discussões isoladas e desgastadas, para buscar novas respostas a problemas relativos aos mais diversos temas, entre eles a afetividade. O mesmo autor complementa:

Basta de retornos, de retomadas, de releituras e de resgates que, ao fim e ao cabo, tem se mostrado como variações sobre o mesmo tema, sem variação alguma. Ou seja: mais uma cópia disfarçada e acanhada do que já existe. Entendo que muitas destas tentativas de releituras e de retomadas mais têm servido como uma busca de refúgio no sentido de manutenção de uma “zona de conforto intelectual” que uma tentativa real de superação de nossas fragilidades e de enfrentamento dos grandes desafios educacionais contemporâneos (BARCELOS, 2013, p. 19).

O diálogo entre áreas do conhecimento, inclusive entre o Direito e a Educação, permite novas alternativas e, principalmente, novas perguntas em busca da superação de espaços vazios e carências. Outras alternativas devem ser buscadas para que seja respeitado e incentivado o movimento dinâmico das esferas da vida social.

O futuro a ser alcançado pressupõe o diálogo entre áreas do conhecimento e entre culturas científicas diversas que, apesar de suas singularidades, possuam, assim como a sociedade, pontos de convergência sobre temas de estudo. Os dias vindouros urgem de conversas que sejam capazes de enunciar possibilidades a problemas que a ciência moderna, ao fragmentar o conhecimento, deixou como promessas não cumpridas.

3 A AFETIVIDADE: DO JURÍDICO AO EDUCACIONAL

A afetividade é princípio juridicamente considerado. Preliminarmente, contudo, esta afirmação necessita da definição do que seja princípio para, posteriormente, apresentá-lo em convergência com a afetividade. Princípios, no âmbito do Direito, são valores primordiais que pressupõem direitos, garantias, competências e critérios elevados a serem considerados na elaboração de normas constitucionais e, posteriormente, em todo o ordenamento legal que rege a sociedade (BONAVIDES, 2005).

Sendo assim, o princípio antecede a norma, sendo preceito a ser considerado na elaboração de ditames normativos, sob pena de, ao ignorá-lo ou contrariá-lo, comprometer a validade de um sistema de leis oficialmente instituído. Em âmbito normativo, o Direito recepciona a afetividade como princípio jurídico, pois considera a família, instituição básica da sociedade a ser protegida legalmente, com essencial valor social e cultural, posto que “entre esses valores estão a liberdade e a igualdade das mulheres, a igualdade dos filhos como futuros cidadãos, a liberdade de religião e, finalmente, *o valor da família no assegurar a produção e reprodução ordenadas da sociedade e da sua cultura, de uma geração para outra*” (RAWLS, 2001, p. 215, grifo meu).

A família tem cerne axiológico essencial na manutenção e nas mudanças sociais, e perpetua a vida em sociedade e os aspectos culturais entre gerações. Para complementar:

A família na sociedade destaca-se para o homem como o seu mais importante elo de ligação no relacionamento social, pois é no seio dela que ele surge, recebe a proteção indispensável para a continuidade da vida e se prepara para os embates que o futuro lhe reserva em termos de subsistência, evolução pessoal e material que a humanidade busca sem cessar, como fator de seu desenvolvimento e progresso contínuo (LIMA, 1960, p. 26).

O núcleo em que o homem desenvolve seus relacionamentos sociais, preparando-o para o convívio nos demais ambientes da sociedade, é a família. Entre outros aspectos, a pessoa também recebe, por meio do convívio familiar, as bases para o futuro em seus múltiplos aspectos, sejam pessoais, econômicos, entre outros. Diante destas considerações, a família é o primeiro núcleo social de que o sujeito faz parte, sendo responsável pelo início do seu processo de desenvolvimento.

Considerada a importância da família perante a sociedade, o Direito passa a acolhê-la e a revesti-la, entre várias premissas, pelo afeto, como pressuposto inerente às relações entre pessoas que fazem parte deste núcleo social. A Constituição Federal de 1988 considera um novo modelo de família, em que o afeto é o elemento constitutivo dos vínculos interpessoais e determina o reconhecimento deste como o único modo de definição de família, uma vez que:

A família torna-se plural. Há realmente, uma passagem intimamente ligada às modificações políticas, sociais e econômicas. Da superação do antigo modelo de grande família, na qual avultava o caráter patriarcal e hierarquizado de família, uma unidade centrada no casamento, nasce a família moderna, com progressiva eliminação da hierarquia, emergindo certa liberdade de escolha; o casamento fica dissociado da legitimidade de filho. Começam a dominar as relações de afeto, de solidariedade e de cooperação (FACHIN, 1997, p. 586-587).

No decorrer da história, a sociedade brasileira passa por mudanças em seus mais diversos contextos, em razão de inúmeros fatores em decorrência de contingências mundiais (economia), trabalhistas (inserção da mulher no mercado de trabalho), entre outros. Neste cenário, a família, na condição de núcleo social, também é afetada e deixa de ser fundamentada no modelo patriarcal e hierárquico para ser caracterizada pela solidariedade, cooperação e, essencialmente, pela presença do afeto.

A família, ao estar inserida no movimento inerente às mudanças sociais, adapta-se em configuração e primados a serem preservados. Neste sentido, o afeto conquista reconhecimento, inclusive, em supremacia ao vínculo biológico. Para ratificar este entendimento, Villela assevera:

As transformações mais recentes por que passou a família, deixando de ser unidade de caráter econômico, social e religioso para se afirmar fundamentalmente como grupo de afetividade e companheirismo, imprimiram considerável reforço ao esvaziamento biológico da paternidade (1979, p. 413).

Atualmente, os vínculos entre os membros de uma família abandonam o caráter meramente biológico (consanguinidade), ou seja, a família, considerada apenas entre ascendentes e descendentes, abre espaço ao grupo formado pela cooperação e pelo afeto.

Este entendimento ocorre pelo fato de que os vínculos afetivos configuram uma das principais características da família, reconhecida e consagrada no século 21 como o ambiente de convívio e solidariedade em que ocorre a realização pessoal. As antigas funções da família – econômica, política, religiosa –, entre outras, passa a ter papel secundário (LÔBO, 2008, p. 15).

Na atualidade, é reconhecido o caráter de essencialidade à afetividade nas relações entre os componentes do núcleo familiar. Em outras palavras, “na transformação da família e de seu Direito, o transcurso relativiza uma ‘comunidade de sangue’ e celebra, ao final deste século, a ‘comunidade de afeto’” (FACHIN, 2003, p. 317). Com o mesmo entendimento, ensina Dias:

Mas a família não se define exclusivamente em razão do vínculo entre um homem e uma mulher ou da convivência dos ascendentes com seus descendentes. Também o convívio de pessoas do mesmo sexo ou de sexos diferentes, ligadas por laços afetivos, sem conotação sexual, cabe ser reconhecido como entidade familiar (2006 , p. 71-72).

A família tradicional, composta por pai, mãe e filhos, deixa de ser o único modelo de configuração familiar para fazer parte de um vasto número de modelos que tenham como pressuposto a afetividade como caracterizadora das relações que formam o núcleo social denominado família, para além de características que não correspondem às mudanças sociais no presente, como, a necessidade do vínculo entre homem e mulher ou a presença de parentesco.

No que se refere à afetividade, pode-se afirmar que o Direito, ao recepcionar o afeto como princípio jurídico, acolhe este primado entre pais e filhos. Em razão disso, a afetividade é considerada no ordenamento jurídico pátrio em virtude de que:

parece possível sustentar que o Direito deve laborar com a afetividade e que sua atual consistência indica que se constitui em princípio no sistema jurídico brasileiro. A solidificação da afetividade nas relações sociais é forte indicativo de que a análise jurídica não pode restar alheia a este relevante aspecto dos relacionamentos. A afetividade é um dos princípios do direito de família brasileiro, implícito na Constituição, explícito e implícito no Código Civil e nas diversas outras regras do ordenamento. Oriundo da força construtiva dos fatos sociais, o princípio possui densidade legislativa, doutrinária e jurisprudencial que permite a sua sustentação *lege lata* (CALDERON, 2011, p. 263-264).

Sendo assim, a afetividade passa a constituir, além de elemento caracterizador dos vínculos familiares, direito fundamental a ser considerado pelo sistema de normas brasileiro; tanto é que deriva do princípio da dignidade humana permeado em todo o artigo 5º da Carta Magna de 1988, que trata dos direitos fundamentais. Sobre a supremacia da dignidade humana, tem-se:

impõe-se como núcleo básico e informador do ordenamento jurídico brasileiro, como critério e parâmetro de valoração a orientar a interpretação e compreensão do sistema constitucional instaurado em 1988. A dignidade humana e os direitos fundamentais vêm a constituir os princípios constitucionais que incorporam as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo o sistema jurídico brasileiro (BRASIL, 2006 , p. 34).

A dignidade humana é outro princípio que determina a interpretação dos textos legais oficiais, inclusive como juízo de valor sobre o sistema de normas pátrio, com potencialidade para declarar uma norma como válida ou passível de nulidade. Neste contexto, o afeto é direito implícito reconhecido constitucionalmente como direito que deriva do princípio da dignidade humana e está relacionado diretamente com as relações sociais entre os membros da família.

É conveniente afirmar que “é cediço que a Constituição Federal de 1988 sustenta-se no princípio da dignidade humana, princípio tal que nutre todo o ordenamento jurídico, inserindo-se em seu conteúdo o direito ao afeto” (SOUZA, 2011, p. 115). Neste contexto, a dignidade humana e o afeto são princípios constitucionais a serem observados pelo sistema de normas brasileiro. Para melhor compreender:

O princípio da afetividade está implícito na Constituição. Encontram-se na Constituição fundamentos essenciais do princípio, constitutivos desta aguda evolução social da família brasileira, além dos já referidos: a) todos os filhos são iguais, independentemente de sua origem (art. 227); b) a adoção como escolha afetiva, alçou-se integralmente ao plano da igualdade de direitos (art. 227); c) a comunidade formada por qualquer dos pais e seus constituintes, incluindo-se os adotivos, tem a mesma dignidade de família constitucionalmente protegida (art. 226) [...] (art. 227) (LÔBO, 2008, p. 8).

O progresso da família na sociedade brasileira colabora com a receptividade do afeto como princípio juridicamente considerado no conjunto pátrio de normas. Família e afeto estão relacionados entre si. Neste processo, “a afetividade é um elemento nuclear e aglutinador que vai definir o suporte fático da família tutelada pela Constituição” (LÔBO, 2008, p. 12). Sendo assim, a família, constitucionalmente considerada e protegida, pressupõe a existência do afeto, sob pena de, em caso de ausência da afetividade, um determinado núcleo de pessoas não ser reconhecido como grupo familiar.

Diante disto, “o que se conclui é ser o afeto um elemento essencial de todo e qualquer núcleo familiar, inerente a todo e qualquer relacionamento conjugal ou parental” (PEREIRA, R. da C., 2006, p. 180). A afetividade passa a ser considerada requisito fundamental de pertencimento a um grupo familiar.

Ao continuar a reflexão em torno do Direito, a Carta Magna vigente influenciou a recepção da afetividade em vários textos legais como princípio atinente ao Direito de família pátrio. Em geral, os ditames referem-se à proteção do afeto em relação à criança e ao adolescente. Isto ocorre porque o princípio da afetividade está interligado ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente (artigo 227, caput, da Constituição Federal de 1988), o qual assegura o direito à educação, dignidade, saúde, convivência familiar, entre outros que são de responsabilidade do Estado e da família (BRASIL, 2007).

Convém apresentar, brevemente, os principais diplomas normativos posteriores à Carta Constitucional de 1988, com os respectivos artigos legais que contemplam a afetividade no sistema de normas brasileiro.

Inicialmente, a Lei nº 11.698/2008, que alterou a redação dos artigos 1.583 e 1.584, do Código Civil, no que concerne à guarda dos filhos. Esta Lei dispõe que a guarda será atribuída, de acordo com o artigo 1.583, § 2º, I, ao genitor que revele melhores condições para exercê-la e, objetivamente, tiver mais aptidão para propiciar, entre vários fatores, afeto aos filhos [...] (BRASIL, 2008).

A guarda pode recair, além da pessoa de um dos genitores, a um terceiro, que, se for o caso, deverá possuir vínculo afetivo com a criança:

Art. 1.584, § 5º – Se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a guarda à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e *afetividade* (BRASIL, 2008, grifo meu).

Estes artigos legais expandem o dever de guarda àquele que tenha relação de afeto com a criança, seja um dos pais ou terceiro. A legislação reitera a importância da afetividade para definir com quem a criança deve permanecer para além dos vínculos sanguíneos, pois admite a figura de um terceiro como guardião.

Posteriormente, a Lei nº 12.010/2009 (Lei da Adoção) prevê, nos seus artigos 25 e 28, a afetividade entre os critérios para a definição da família extensa ou substituta. Este critério é crucial ao julgador para definir a família que receberá a criança e/ou adolescente.

Para possibilitar a compreensão, os artigos legais serão transcritos:

Art. 25. Entende-se por família natural a comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes.

Parágrafo único. Entende-se por família extensa ou ampliada aquela que se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou o adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e *afetividade*.

Art. 28. A colocação em família substituta far-se-á mediante guarda, tutela ou adoção, independentemente da situação jurídica da criança ou adolescente, nos termos desta Lei.

[...]

§ 3º Na apreciação do pedido levar-se-á em conta o grau de parentesco e a relação de afinidade ou de *afetividade*, a fim de evitar ou minorar as consequências decorrentes da medida (BRASIL, 2009).

Aspecto relevante do primeiro dispositivo legal é o acolhimento legal da família extensa, formada por parentes próximos que não sejam os pais biológicos e, principalmente que tenham vínculo afetivo com o sujeito. Neste caso, a Lei consagra a superação do modelo tradicional de família, composta por pais e filhos, para incluir os outros parentes com relação de afetividade.

Na sequência, a Lei da Alienação Parental (Lei nº 12.318/2010) também recepciona a afetividade, ao protegê-la na relação parental reprimindo atos que possam afrontar à preservação do afeto entre pais e filhos.

Neste sentido, para elucidar, dispõe o artigo 3º:

A prática de ato de alienação parental fere direito fundamental da criança ou do adolescente de convivência familiar saudável, prejudica a realização de *afeto nas relações com genitor e com o grupo familiar*, constitui abuso moral contra a criança ou o adolescente e descumprimento dos deveres inerentes à autoridade parental ou decorrentes de tutela ou guarda (BRASIL, 2010, grifo meu).

Esta norma legal também consagra a afetividade como direito fundamental, inclusive protegendo-a nas relações com o genitor e com o grupo familiar, dispondo que a ofensa à relação de afeto configura abuso moral.

Todas as Leis apresentadas consagram a afetividade, nas relações familiares, como um princípio jurídico que “pressupõe um ser humano protegido e um ou mais seres humanos que o protegem” (LÔBO, 2003). O afeto relaciona-se ao cuidado necessário ao sujeito no convívio em família.

Para além da inerência às relações familiares, o afeto é necessário à formação do sujeito. O afeto também “influencia diretamente na inteligência, cultura, agressividade” (WELTER, 2009, p. 113). Neste sentido, no que diz respeito à agressividade:

A falta de educação da própria vida afetiva e o desconhecimento das formas de interpretação e de respostas adequadas perante as atitudes, condutas e manifestações emotivas das demais pessoas deixa alunos e alunas a mercê do ambiente que os rodeia e no qual abundam modelos de resposta agressiva, descontrola e ineficaz diante dos conflitos interpessoais que, com frequência, se apresentam em todas as formas de convivência social (MORENO *et al.*, 2003, p. 46).

Em outras palavras, a afetividade, reconhecida no Direito, é essencial à formação da personalidade do ser humano e à interação nas relações sociais que estabelece com outras pessoas.

Neste contexto, é relevante compreender o significado das relações sociais em que a afetividade se faz presente. Humberto Maturana colabora ao diferenciar relações humanas de relações sociais. Este autor considera que “relações humanas que não são fundadas no amor – eu digo – não são relações sociais. Portanto, nem todas as relações humanas são sociais, tampouco o são todas as comunidades humanas, porque nem todas se fundam na operacionalidade da aceitação mútua” (MATURANA; DÁVILA, 2009, p. 26).

Uma comunidade humana, contudo, é considerada um sistema social apenas se baseia no amor. O mesmo autor ratifica este entendimento ao dispor:

Todo sistema social humano se baseia no amor, em qualquer de suas formas, que une a seus membros e o amor é a abertura de um espaço de existência para o outro [...] se não há amor na socialização genuína os seres humanos se separam. Uma sociedade na qual o amor acaba entre seus membros se desintegra (MATURANA, 1998, p. 76).

Num sistema social, as relações sociais são o conjunto de interações em que é observada a aceitação e o respeito recíprocos entre as pessoas que a vivenciam. Externo a isto, poderá haver quaisquer outros tipos de relações, porém não sociais.

Maturana afirma que as relações sociais são relações que somente podem acontecer no amar. Para ele o amar é o emocionar que se estabelece no social. Com isto, em outras palavras, ele quer dizer que enquanto agimos nas condutas que permitem relações no respeito e aceitação mútuas espontâneas, estamos constituindo com nossas condutas nessas relações o sistema social que se define com nossa participação nele. Só podemos considerar uma relação como uma relação social se o emocionar que define essa relação for a aceitação e o respeito entre os que dela participam, ou seja, o amar (SCHLICHTING; BARCELOS, 2012, p. 50).

Ao fazer parte de uma relação baseada em condutas de respeito e aceitação mútua entre as pessoas, o sujeito vive uma relação social, ou seja, não há negação de si e do outro. Ainda, há esforços recíprocos e comunhão em prol da realização de algo. Para complementar, Maturana assevera:

Cada vez que entramos num acordo para fazer algo juntos, de modo a não precisarmos nos controlar mutuamente, porque com aceitação e respeito pelo outro agimos com sinceridade, estamos numa conspiração ontológica. Quer dizer, estamos na construção de um mundo comum a partir do desejo de convivência (1998, p. 78).

Nesta perspectiva, quaisquer óbices à aceitação do outro afeta diretamente o acontecimento de um fenômeno social, pois “qualquer coisa que destrua ou limite a aceitação do outro, desde a competição até a posse de verdade, passando pela certeza ideológica, destrói ou limita o acontecimento do fenômeno social” (MATURANA; VARELA, 2001, p. 269).

Neste contexto: “relações de autoridade não são relações sociais. Os sistemas hierárquicos, como um exército, por exemplo, não são sistemas sociais: são uma maquinaria de um tipo no qual cada pessoa deve fazer algo, mas não é um sistema social” (MATURANA, 2001, p. 47). Em outras palavras, o respeito e a aceitação mútua pressupõem a relação social sob pena de, a sua ausência, descaracterizar este tipo de relação.

A dimensão afetiva faz parte das relações sociais por ser constitutiva dos sujeitos que estabelecem estas relações, as quais permeiam os mais diversos ambientes da sociedade, seja familiar ou outros. Segundo Souza,

O ser humano é construído a partir de várias dimensões, quais sejam: família, vida social, patrimônio, dentre outras. Hodiernamente, tem-se entendido que todas as dimensões são estruturadas por meio do valor jurídico afeto. Assim, o homem para ser digno necessita que o afeto seja reconhecido como valor inerente a sua condição humana e, dessa forma, um verdadeiro direito subjetivo de personalidade, que uma vez desrespeitado enseja reparação (2011, p. 116).

Nas relações sociais entre membros de uma configuração familiar, há outros espaços que constituem o sujeito afetivo. A esfera educacional também apresenta-se como espaço de relações sociais entre professores e estudantes, em que “um professor serve de guia para orientar e para criar na interação com alunos um espaço relacional ou domínio de relações no qual acontece a aprendizagem” (SCHLICHTING; BARCELOS, 2012, p. 136).

O afeto constitui relações sociais saudáveis, inclusive entre estudantes, e apresenta-se como resposta positiva às mazelas sociais, como é o caso de condutas prejudiciais à vida em sociedade, sendo exemplo a agressividade.

A afetividade também possui relação direta com a inteligência:

A afetividade é o suporte da inteligência, da vontade, da atividade, enfim, da personalidade. Nenhuma aprendizagem se realiza sem que ela tome parte. Muitos alunos há cuja inteligência foi bloqueada por motivos afetivos; outros há cuja afetividade não resolveu determinados problemas, apresentando falha no comportamento. A afetividade constitui a base de todas as reações da pessoa diante da vida de todos os seus acontecimentos, promovendo todas as atividades (HILAL, 1985, p. 18).

A aprendizagem é possível apenas com a presença do afeto; tanto é que estímulo ou óbice ao desenvolvimento afetivo, respectivamente, favorece ou prejudica a inteligência. Para colaborar com este entendimento, convém mencionar que “o aspecto afetivo tem uma profunda influência sobre o desenvolvimento intelectual. Ele pode acelerar ou diminuir o ritmo

de desenvolvimento. Ele pode determinar sobre que conteúdos a atividade intelectual se concentrará” (WADSWORTH, 1997, p. 23). Diante disto, o afeto orienta a concentração sobre determinados conteúdos em desproveito de outros.

Ainda, é relevante concluir que “a afetividade constitui aspecto indissociável da inteligência, pois ela impulsiona o sujeito a realizar as atividades propostas” (PIAGET *et al.*, 1995, p. 37). A afetividade, além de constitucionalmente prevista no que se refere às famílias, também colabora com a aprendizagem.

Contribuindo com a compreensão do que seja o afeto, Rodrigo da Cunha Pereira expõe:

Sobretudo a criança e o jovem precisam receber e dar afeto para se tornarem seres humanos integrais. No seu processo de amadurecimento, seja na escola ou na família, ou mesmo no seu grupo de amizade, apelar aos seus sentimentos é, muitas vezes, mais convincente que apelar por argumentos racionais. Tratada com afeto, responderá afetuosamente. Tratar a criança com afeto, carinho e respeito serve de amparo e estímulo, ajudando-a a suportar e enfrentar dificuldades, ao mesmo tempo que lhe dá inspiração e ânimo para um relacionamento pacífico e harmonioso com os que a cercam (2006, p. 234).

Assim como a família, a escola contribui para o amadurecimento afetivo de crianças e adolescentes para além dos argumentos racionais, possibilitando suporte ante as dificuldades do cotidiano.

A sociedade, por intermédio da Educação, é capaz de realizar transformações no cotidiano dos sujeitos. Em busca disto, a Educação e o Direito devem efetivar ações, inclusive mediante associações produtivas, que permitam a produção do conhecimento com o intuito de abordar temáticas complexas, como a afetividade.

O Direito e a Educação, mesmo sendo áreas de produção do conhecimento distintas, com finalidades específicas, possuem como ponto de convergência a relação com a dinâmica social. Sendo assim, a afetividade está imersa no cotidiano e nos espaços de convivência entre os atores sociais, relacionando-se com a subjetividade e a ação humana.

O argumento fundamental é que a ação humana é radicalmente subjetiva. O comportamento humano, ao contrário dos fenômenos naturais, não pode ser descrito e muito menos explicado com base nas suas características exteriores e objetiváveis, uma vez que o mesmo ato externo pode corresponder a sentidos de ação muito diferentes (SANTOS, 2009b, p. 38).

Ao corresponder a sentidos não padronizados, a ação humana não pode ser mensurada objetivamente, sob o risco de uma abordagem superficial e insuficiente. Diante disto, a afetividade exige uma abordagem dinâmica, pois está diretamente relacionada à subjetividade do sujeito. Em outras palavras, o estudo do afeto, tanto em âmbito jurídico quanto educacional, escapa à razão moderna e urge de uma racionalidade em ação. Sobre esta racionalidade:

[...] a racionalidade só poderá ser revelada enquanto a razão mostrar-se a si mesma e, portanto, enquanto “racionalidade em ação”. Toda a “racionalidade”, mesmo em sua acepção tradicional de propriedade da “razão” produzida pelo exercício daquela faculdade, é sempre “racionalidade em ação”. Sendo assim, investir numa nova análise do conceito de “racionalidade científica”, ao invés de relegar ao “irracional” ou que não se enquadre nos padrões tradicionais de análise, segue uma condição intrínseca ao dinamismo da razão e da racionalidade. O espaço das novas análises fica sempre aberto, uma vez que a “racionalidade”, por força de sua própria prerrogativa, é sempre “em ação” (REGNER, 2006, p. 294-295).

A família e a escola apresentam-se, metaforicamente, como um elo necessário à ligação entre os sujeitos e à formação cidadã em prol da vida em sociedade, no que se refere a temas comuns que sejam ativados por estes sujeitos nestes espaços.

4 CONCLUSÃO

A afetividade é um tema de estudo que se relaciona tanto com a área jurídica quanto educacional, uma vez que é inerente às relações sociais e indispensável ao pleno desenvolvimento do sujeito. O Direito considera a afetividade princípio juridicamente levado em conta na relação social em ambiente familiar entre pais e filhos, sendo, inclusive, primordial para definir um grupo de pessoas como família em supremacia ao vínculo biológico. A Educação, por sua vez, tem a afetividade como primordial à aprendizagem e ao desenvolvimento cognitivo do sujeito, no ambiente escolar.

Ambas as áreas do conhecimento possuem identidade científica no momento em que se ocupam da leitura e interpretação dos fenômenos sociais. Diante disto, o afeto, uma vez inserido no âmbito das relações sociais, torna-se objeto de estudo para o Direito e para a Educação.

Neste processo, para buscar caminhos inovadores, é relevante pesquisar para além dos limites de cada área do conhecimento e refletir sobre diálogos necessários à produção do conhecimento. O movimento entre áreas do conhecimento oferece outras possibilidades, pois, ao invés de prezar por suas características e preservá-las pelo distanciamento, se propõem a aproximações e interfaces para a produção do conhecimento de modo dinâmico em relação à temáticas de estudo em comum, como é o caso da afetividade. Ao estabelecer canais de comunicação entre as áreas do conhecimento, por exemplo a Educação, o Direito atinge uma compreensão dinâmica sobre a necessidade de diálogos.

O diálogo entre Ciências, inclusive o Direito e a Educação, permite novas alternativas e, principalmente, novas perguntas em busca da superação de lacunas. O futuro pressupõe o diálogo entre áreas do conhecimento e entre culturas científicas diversas que, apesar das singularidades, possuem, assim como a sociedade, pontos de convergência.

5 REFERÊNCIAS

- BARCELOS, Valdo Hermes de L. Ecologistas, antropófagos e outros bárbaros – uma contribuição filosófica à educação. In: TREVISAN, A. L. (org.). *Filosofia e educação* – confluências. Santa Maria: Facos-UFSM, 2005.
- BARCELOS, Valdo Hermes de L. *Uma educação nos trópicos* – contribuições da antropofagia cultural brasileira. Petrópolis, RJ: Vozes, 2013.
- BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade e ambivalência*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1999.
- BOLIVAR, Antônio (org.). *Profissão de professor: o itinerário profissional e a construção da escola*. Bauru, SP: Edusc, 2002.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 289.
- BRASIL. *Constituição Federal, Código Civil, Código de Processo Civil, Código Penal, Código de Processo Penal: legislação complementar e súmulas STF e STJ*. In: EDITORA JURÍDICA DA EDITORA MANOLE (org.). 5. ed. atual. Barueri, SP: Manole, 2007. p. 109.
- BRASIL. *Lei nº 11.698, de 13 de junho de 2008. Altera os arts. 1.583 e 1.584 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002* – Código Civil, para instituir e disciplinar a guarda compartilhada. DOU de 16.6.2008. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11698.htm. Acesso em: 2 dez. 2014.
- BRASIL. *Lei nº 12.010, de 3 de agosto de 2009*. Dispõe sobre adoção; altera as Leis nº 8.069, de 13 de julho de 1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente, e 8.560, de 29 de dezembro de 1992; revoga dispositivos da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, e da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT –, aprovada pelo

Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943; e dá outras providências. DOU de 4.8.2009 e retificado no DOU de 2.9.2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12010.htm. Acesso em: 2 dez. 2014.

BRASIL. *Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010*. Dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. DOU de 27.8.2010 e retificado no DOU de 31.8.2010. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/Lei/L12318.htm. Acesso em: 2 dez. 2014.

BRASIL. *Constituição Federal, Código Civil, Código de Processo Civil, Código Penal, Código de Processo Penal: legislação complementar e súmulas STF e STJ*- organização Editora Jurídica da Editora Manole. 5. ed. atual. Barueri, SP: Manole, 2006.

CALDERON, Ricardo Lucas. *O percurso construtivo do princípio da afetividade no Direito de Família Brasileiro contemporâneo: contexto e efeitos*. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2011.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

FACHIN, Luiz Edson. *Direito de família: elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FACHIN, Luiz Edson. Em Nome do Pai (estudo sobre o sentido e alcance do lugar jurídico ocupado no pátrio dever, na tutela e na curatela). In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Direito de Família Contemporâneo: doutrina, jurisprudência, direito comparado e interdisciplinaridade*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

FLEURI, Reinaldo. Intercultura e educação. *Revista Brasileira de Educação*, n. 54, maio/jun./jul./ago. 2003.

HILAL, Josephina. *Relação professor-aluno: a formação do homem consciente*. São Paulo: Paulinas, 1985.

LIMA, Alceu Amoroso. *A família no mundo moderno*. Rio de Janeiro: Agir Editora, 1960.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito civil: famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Código civil comentado: direito de família, relações de parentesco, direito patrimonial: arts. 1.591 a 1.693*. Álvaro Villaça Azevedo (coord.). São Paulo: Atlas, 2003. p. 57. V. XVI.

MARTINS, José do Prado; CASTELLANO, Elisabete Gabriela (orgs.). *Educação para a cidadania*. São Carlos: EdUFSCar, 2003.

MATURANA, Humberto. *Cognição, ciência e vida cotidiana*. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2001.

MATURANA, Humberto. *Emoções e linguagens na educação e na política*. Campos Fortes, BH: Ed. UFMG, 1998.

MATURANA, Humberto; DÁVILA, X. Y. *Habitar o humano: em seis ensaios de biologia-cultural*. São Paulo: Palas Athena, 2009.

MATURANA, Humberto; VARELA, F. J. *A árvore do conhecimento: bases biológicas da compreensão humana*. São Paulo: Palas Athena, 2001.

MORENO, M. *et al. Falemos de sentimentos: a afetividade como um tema transversal*. São Paulo: Moderna, 2003.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições do direito civil: Direito de Família*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores do Direito de Família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

PIAGET, Jean *et al. Abstração reflexionante: relações lógico-elementares e ordem das relações espaciais*. Porto Alegre: Artes Médicas, 1995.

RAWLS, John. *O Direito dos Povos*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

REGNER, Anna Carolina. Uma nova racionalidade para a ciência? In: SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). *Conhecimento prudente para uma vida decente: um discurso sobre as ciências revisitado*. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2006.

SANTOS, Boaventura de S. *Um discurso sobre as ciências pós-modernas*. Revista de Estudos Avançados. São Paulo: Cortez, 2009a.

SANTOS, Boaventura de S. *Um discurso sobre as ciências*. 6. ed. São Paulo: Cortez, 2009b.

SCHLICHTING, Homero; BARCELOS, Valdo Hermes de L. *Humberto Maturana: amar... verbo educativo*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2012.

SOUZA, Thiago Serrano Pinheiro de. O direito ao feto como direito da personalidade. *Revista da Faculdade de Direito – UFPR*, Curitiba, PR, n. 54, p. 109-125, 2011.

VILLELA, João Baptista. A desbiologização da paternidade. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, Belo Horizonte, UFMG, ano XXVII, n. 21, maio 1979.

WELTER, Belmiro Pedro. Teoria tridimensional do direito de família: reconhecimento de todos os direitos das filiações genéticas e socioafetivas. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, Porto Alegre: Magister, n. 8, v. 8, fev./mar. 2009.

WADSWORTH, Barry J. *Inteligência e afetividade da criança na Teoria de Piaget*. São Paulo: Pioneira, 1997.

<http://dx.doi.org/10.21527/2317-5389.2020.15.191-203>

O Marco da Carta Democrática Interamericana e Sua Interpretação no Processo de *Impeachment* da Presidente Dilma Rousseff: Repensando a Democracia

Verônica Teixeira Marques

Doutorado em Ciências Sociais pela Universidade Federal da Bahia (Ufba). Mestrado em Ciência Política pela Universidade Federal de Pernambuco (Ufpe). Coordenadora e professora do Programa de Pós-Graduação em Sociedade, Tecnologias e Políticas Públicas e da Graduação de Direito no Centro Universitário Tiradentes e do Mestrado em Direitos Humanos na Universidade Tiradentes. Pesquisadora do Instituto de Tecnologia e Pesquisa (ITP). <http://lattes.cnpq.br/0156664290521652>. <http://orcid.org/0000-0001-6831-504X>. veronica.marques@hotmail.com

Vivianny Galvão

Doutorado em Ciências Jurídicas pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB). Professora do Programa de Pós-Graduação em Sociedade, Tecnologias e Políticas Públicas e da Graduação de Direito no Centro Universitário Tiradentes e de direito internacional. <http://lattes.cnpq.br/3425520180308674>. <https://orcid.org/0000-0002-8433-4440> viviannygalvao@hotmail.com

RESUMO

Após repensar a categoria de democracia a partir dos teóricos clássicos e contemporâneos, como analisar a posição da CoIDH acerca da solicitação de opinião consultiva feita pelo secretário geral da Organização dos Estados Americanos a respeito do processo de *impeachment* da presidente Dilma Rousseff? O objetivo deste artigo foi, por meio de um estudo de caso, repensar os contornos da democracia. Verificou-se que a CoIDH negou o prosseguimento do pedido acerca da legitimidade do *impeachment* por unanimidade, ou seja, a Corte “opinou por não opinar”. Levando-se em conta que o sistema interamericano considera a Carta manifesto em favor da democracia representativa nas Américas, propondo um conceito de democracia que transcende a ideia de democracia eleitoral, a decisão da Corte respeita as bases jurídicas da legislação internacional, mas é contraditória à da transcendência democrática, que vai além do voto. A metodologia utilizada foi qualitativa com método de estudo de caso.

Palavras-chave: Democracia. *Impeachment*. Sistema interamericano de direitos humanos.

THE FRAMEWORK OF THE INTER-AMERICAN DEMOCRATIC CHARTER AND ITS INTERPRETATION IN THE PRESIDENT DILMA ROUSSEFF IMPEACHMENT PROCESS: RETHINKING DEMOCRACY

ABSTRACT

After rethinking democracy category from the theoretical classical and contemporary, to analyze the position of CoIDH, on the request for an advisory opinion made by the Secretary General of the Organization of American States regarding the impeachment of President Dilma Rousseff? The purpose of this article, through a case study, was to rethink the characteristics of democracy. It was possible to verify that the CoIDH denied the prosecution's request about the legitimacy of impeachment by unanimity, ie the Court “opined by no say.” Taking into account the inter-American system considers the Charter as manifest in favor of representative democracy in the Americas proposed a concept of democracy that transcends the idea of electoral democracy, the decision of the Court concerning the legal basis of international law but is contradictory to the democratic transcendence that goes beyond the vote. The methodology was qualitative with case study method.

Keywords: Democracy. Impeachment. Inter-american system of human rights.

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 O compromisso democrático brasileiro. 3 Repensando, mais uma vez e de novo, a democracia. 4 Conclusões. 5 Referências.

Recebido em: 1^o/9/2017

Aceito em: 16/12/2019

1 INTRODUÇÃO

No dia 23 de junho de 2016, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CoIDH) pronunciou-se acerca da solicitação de opinião consultiva feita pelo secretário geral da Organização dos Estados Americanos, senhor Luis Almagro Lemes, a respeito do processo de *impeachment* da presidente Dilma Rousseff. A CoIDH negou o prosseguimento do pedido por unanimidade com base nos argumentos que serão analisados mais adiante. Como pano de fundo dos argumentos do secretário geral e dos juízes interamericanos, está a Carta Democrática Interamericana adotada em 11 de setembro de 2001 na cidade de Lima.

O sistema interamericano considera a Carta um manifesto em favor da democracia representativa nas Américas, trazendo um conceito de democracia que transcende (termo usado na Carta) a ideia de democracia eleitoral. Esta transcendência decorre da inclusão do “governar democraticamente” por meio do respeito aos direitos humanos e liberdades fundamentais, do acesso ao poder, da separação e independência dos Poderes (artigo 3º da Carta), etc. As manifestações de 2013, a crescente abstenção eleitoral, o afastamento da presidente eleita e a multiplicação de compromissos internacionais garantidores dos ideais democráticos, torna imperativo o repensar das categorias de democracia.

Este artigo realiza uma análise conceitual a partir dos dois documentos produzidos pelo sistema interamericano de direitos humanos no caso do processo de *impeachment* da presidente Dilma Rousseff. Embora a Carta Democrática Interamericana represente um marco, em qual categoria de democracia se encaixam os atos do secretário geral da OEA e da CoIDH no processo de *impeachment* da presidente Dilma Rousseff?

Diante disso, o principal objetivo aqui é repensar o conceito de democracia a partir de uma análise crítica dos argumentos trazidos tanto na solicitação de parecer feita pelo secretário geral da OEA quanto na decisão da CoIDH que nega o referido pedido.

A metodologia aplicada é qualitativa, de concepção construtivista social, apresentando um estudo de caso por meio de análise de texto e concentrando-se no conceito de democracia.

O artigo, inicialmente, analisa os dois documentos produzidos no âmbito da Corte Interamericana de Direitos Humanos, relativos ao caso do processo de *impeachment* da presidente Dilma Rousseff e, em seguida, os discute a partir de uma reflexão teórica sobre a democracia.

2 O COMPROMISSO DEMOCRÁTICO BRASILEIRO

A possibilidade de afastamento do chefe de Estado e/ou chefe de governo das suas funções sob o argumento da responsabilização dos seus atos, significa, em tese, uma ampliação do exercício da democracia representativa. É claro que entre o que está posto na regulamentação e o modo como, de fato, a responsabilização ocorre, há um espaço muitas vezes obscuro e repleto de interesses escusos que em nada tem a ver com a representação do desejo popular. Entramos no fértil campo da significação dos conceitos que guiam, fundamentam e justificam o exercício do poder.

O processo de *impeachment* da presidente Dilma Rousseff gerou repercussões (e ainda gera) em âmbito nacional e internacional. Com relação a este último, vale ressaltar que desde a criação das Nações Unidas, em 1945, os termos “Estado”, “democracia” e “direitos huma-

nos” são praticamente indissociáveis no discurso oficial estatal.¹ Não é à toa que instituições internacionais tenham questionado o grau de consolidação da democracia brasileira no caso do processo de *impeachment* da Presidente Dilma Rousseff, com base na proteção dos direitos humanos.

No campo da atuação internacional, merece destaque a Organização dos Estados Americanos (OEA). A OEA é organização internacional em âmbito regional competente para proteger e garantir os direitos humanos e o pleno exercício da democracia representativa nos seus Estados-membros. Desde a nomeação do Secretário Geral, senhor Luis Almagro Lemes,² a Organização tem assumido certo protagonismo no que se refere à observação e ao questionamento dos governos em torno do exercício democrático do poder. Em 10 de abril de 2016, o secretário geral da OEA, ao tratar dos desafios atuais da democracia na América Latina diante da Sociedade Interamericana de Imprensa, afirmou que:

La historia de la libertad de expresión y el pluralismo en América Latina no es lineal, es una historia de acelerador y freno. Todos nosotros, organismos internacionales como la OEA, la sociedad civil, los gobiernos, la gente que se expresa en las calles para protestar o a través de las redes sociales, periodistas que arriesgan su vida lamentablemente en el continente, los propietarios de medios, TODOS tenemos un papel que cumplir para asegurar que la libertad de expresión y el pluralismo predominen sobre intereses particulares. [...] Estamos frente a un hemisferio más diverso en el corte ideológico de sus gobiernos, algo que no debería afectar el compromiso regional con los valores de la democracia y los Derechos Humanos. En materia de Democracia y Derechos Humanos no hay variedad de grises. Y eso vale para cualquier tipo de gobierno, independientemente del signo que sea. La democracia regional se ha logrado asentar desde el punto de vista formal en la gran mayoría de los países, queda mucho por hacer en la agenda de oportunidades económicas y sociales [...] (OEA, 2016b).

O secretário geral utiliza como marco da sua atuação, além dos tratados basilares da OEA, uma Assembleia Geral criada com a finalidade de consolidar e de dar sustento às democracias americanas: a Carta Democrática Interamericana (OEA, 2016a). Conforme a Assessoria de Assuntos Jurídicos da OEA, o principal requisito para invocar a CDI está na existência de atos que alterem a ordem constitucional e, conseqüentemente, afetem gravemente a ordem democrática do Estado-membro.

¹ A investigação dos posicionamentos do Brasil nos discursos apresentados à Assembleia Geral das Nações Unidas, mostra que primazia dos direitos humanos pressupõe a construção de ambiência fundada em três pilares principais: desenvolvimento econômico, democracia e resolução pacífica dos conflitos. As posições brasileiras enfatizam a necessidade de que a sociedade internacional coopere com países menos desenvolvidos, pois somente com o desenvolvimento econômico seria possível atingir altos níveis de desenvolvimento social. O Brasil defende que a democracia deve ser vista como regime de governo no qual a titularidade do poder político reside nas mãos do povo, mas o discurso oficial brasileiro demonstrou que a concepção de democracia deve ir além do desejo da maioria, englobando os grupos considerados minoritários (MRE, 2016). Além disso, ainda na análise do discurso oficial do Brasil na Agnu, a adesão ao Estado de Direito é apresentada como justificativa das operações de paz multidimensionais instituídas nos territórios que estão em conflito armado. Dentre os princípios fundantes do Estado de Direito, o Brasil aponta para a igualdade perante a lei, a separação de Poderes, a governança democrática e a justiça social. Segundo os representantes do Brasil nas Nações Unidas, o Estado de Direito deve ser consistente com as normas internacionais de direitos humanos, uma vez que o respeito aos direitos humanos se revela o curso mais eficaz de estabelecer restrições ao poder governamental e de conter a “tirania da maioria” (MRE, 2016).

² 25 de maio de 2015. “[...] A partir de 26 de maio, como Secretário-Geral da OEA, os meus esforços serão focados em fazer da Organização um instrumento útil para os interesses de todos os Americanos, sejam eles do centro, do sul, do norte ou do Caribe [...]” (OEA, 2016c).

Em meio a uma sucessão novelesca de eventos que culminaram no início do processo de *impeachment* da presidente Dilma Rousseff, a OEA foi contundente ao afirmar a falta de clareza nas motivações e nos procedimentos adotados pelo Congresso Nacional brasileiro. A insuficiência de informações fez com que, pela primeira vez no sistema interamericano, um secretário geral solicitasse parecer consultivo à Corte Interamericana de Direitos Humanos, invocando a CDI (artigo 20).³

O secretário geral defende a ideia de que em uma democracia representativa o juízo político deve respeitar o devido processo legal, e, além disso, deve observar o pleno respeito à separação dos Poderes e a presunção de inocência a fim de evitar violação aos direitos humanos e grave alteração dos princípios que regem todo o sistema democrático (CoIDH, 2016). De acordo com o secretário geral, os pontos que poderiam afetar as garantias do devido processo legal no caso estudado são:

- a. aquellas declaraciones formuladas al emitir su voto por quienes tienen que decidir la apertura de la causa y que suponen prejuzgar, adelantando opiniones de condena o de absolución o expresando fundamentos ajenos al asunto en consideración;
- b. el explícito reconocimiento por parte de estas mismas personas de su sujeción a instrucciones, en desmedro de su imparcialidad requerida;
- c. la invocación de causales comunes a varios funcionarios en contra exclusivamente de uno solo de ellos, y
- d. la acusación por hechos que pudiesen haber sido ejecutados con anterioridad al período a ser considerado legalmente (CoIDH, 2016).

A CoIDH foi, então, invocada para se posicionar acerca da possibilidade de desrespeito à Carta e das consequências dos pontos supracitados. Em suma, a Corte de São José deveria opinar se o processo de *impeachment* da presidente Dilma Rousseff tramita com observância às garantias do devido processo legal. A Corte foi unânime. Após elencar algumas considerações formais, a CoIDH diz compreender as preocupações do secretário geral da OEA mas que, neste caso concreto, existem limites genéricos ao exercício da opinião consultiva pelo Tribunal.⁴

³ (En 19 de mayo de 2016). El artículo 20 establece lo siguiente: “En caso de que en un Estado Miembro se produzca una alteración del orden constitucional que afecte gravemente su orden democrático, cualquier Estado Miembro o el Secretario General podrá solicitar la convocatoria inmediata del Consejo Permanente para realizar una apreciación colectiva de la situación y adoptar las decisiones que estime conveniente. El Consejo Permanente, según la situación, podrá disponer la realización de las gestiones diplomáticas necesarias, incluidos los buenos oficios, para promover la normalización de la institucionalidad democrática. Si las gestiones diplomáticas resultaren infructuosas o si la urgencia del caso lo aconsejar, el Consejo Permanente convocará de inmediato un período extraordinario de sesiones de la Asamblea General para que ésta adopte las decisiones que estime apropiadas, incluyendo gestiones diplomáticas, conforme la Carta de la Organización, el derecho internacional y las disposiciones de la presente Carta Democrática. Durante el proceso se realizarán las gestiones diplomáticas necesarias, incluidos los buenos oficios, para promover la normalización de la institucionalidad democrática” (CoIDH, 2016).

⁴ [...] 1. La Corte comprende la profunda preocupación del Secretario General, pero no puede menos que recordar su jurisprudencia en materia consultiva en lo atinente a la consulta de autos, a saber, que la petición de opinión consultiva: a) no debe encubrir un caso contencioso o pretender obtener prematuramente un pronunciamiento sobre un tema o asunto que podría eventualmente ser sometido a la Corte a través de un caso contencioso; b) no debe utilizarse como un mecanismo para obtener un pronunciamiento indirecto de un asunto en litigio o en controversia a nivel interno; c) no debe utilizarse como un instrumento de un debate político interno; d) no debe abarcar, en forma exclusiva, temas sobre los que la Corte ya se ha pronunciado en su jurisprudencia y e) no debe procurar la resolución de cuestiones de hecho, sino que busca desentrañar el sentido, propósito y razón de las normas internacionales sobre derechos humanos y, sobre todo, coadyuvar a los Estados miembros y a los órganos de la OEA para que cumplan de manera cabal y efectiva sus obligaciones internacionales [...] (CoIDH, 2016).

Os dois principais argumentos trazidos para negar o seguimento do pedido de opinião consultiva, delimitaram a atuação consultiva da CoIDH. Inicialmente, a Corte sustentou que emitir um parecer sobre o processo de *impeachment* da presidente Dilma Rousseff poderia significar um pronunciamento prematuro acerca de uma questão que, em tese, pode ser submetida no futuro ao marco contencioso do Tribunal. Ademais, a Corte considera que a resposta à consulta poderia implicar em pronunciamento a respeito de assunto não resolvido em âmbito interno e isto desvirtuaria sua função consultiva (artigo 64.1 da Convenção Americana). Por fim, o Tribunal ressaltou que secretário pode exercer as funções reconhecidas pelo artigo 20 da Carta Democrática Interamericana discricionariamente, conforme sua própria avaliação (CoIDH, 2016).

Diante de todos estes argumentos, vale destacar que, mesmo negando a continuação do pedido de parecer, a Corte “opina por não opinar”. Ainda que o secretário defenda a observância de critérios jurídicos no processo político de autoridade nacional, a Corte optou por não se pronunciar juridicamente, mas reforçou a atuação política do secretário geral da OEA. O Brasil participa do sistema interamericano de direitos humanos desde sua criação e é signatário dos acordos mais importantes (Pacto de Bogotá, Tiar, Pacto de São José da Costa Rica). Diante do caso do processo de *impeachment* da presidente Dilma Rousseff, entretanto, os órgãos do sistema interamericano, um de essência política (secretário geral da OEA) e o outro de essência jurisprudencial (CoIDH), não parecem ter compreensões distintas acerca dos aspectos do exercício da democracia representativa. Vale ressaltar que são estas compreensões que pautam suas ações ou limitam o exercício de suas competências.

Torna-se imprescindível, portanto, repensar as categorias de democracia a fim de lançar um olhar mais crítico sobre a atuação dos agentes políticos e das instituições nacionais e, com destaque, neste artigo, internacionais.

3 REPENSANDO, MAIS UMA VEZ E DE NOVO, A DEMOCRACIA

Descobrir os mecanismos necessários para tornar a democracia um valor em si mesmo e não apenas um conjunto de regras de mediação do jogo político, é uma tarefa de grandes proporções. As discussões e análises sobre o tema têm-se encaminhado na perspectiva de explicar a democracia dentro de concepções teóricas preestabelecidas, pouco acrescentando à noção do senso comum. Dessa feita, o “natural” desencanto com a democracia e suas consequências precisam ser observados por meio de novas perspectivas teóricas.

O advento da democracia liberal como proposta humana para administrar a permanente tensão estabelecida entre as muitas e distintas forças sociais, é o cerne da discussão moderna sobre a política. Pouquíssimas situações históricas, no entanto, expressaram tão claramente suas contradições como as que estão sendo vividas nessas décadas de passagem entre os séculos 20 e 21. Também foram raros os teóricos que tornaram evidente a maneira como as crises sociais econômicas e políticas afetam, de forma indiscriminada, sociedades e Estados. Apesar disso, o contexto atual pode ser considerado um dos poucos momentos em que o debate sobre os problemas e desigualdades sociais é tão explícito. A exemplo da Revolução Francesa de 1789, que colocou em evidência a discussão sobre “direitos do homem e do cidadão” em defesa da liberdade e da igualdade, hoje cada vez mais a questão é retomada (MERQUIOR, 1991).

Assim, o enfoque de uma “nova ótica democrática” anuncia a redefinição do significado de cidadania, de maneira que inclua as “minorias”. Enfim, a fome, a violência e a exclusão, não são o único legado do século 20 e herança do século 21, pois, além de produzir tecnológica e cientificamente a favor da sociedade, germinaram movimentos sociais, ampliadores da cidadania.

A ingerência dos setores organizados da sociedade civil brasileira nas discussões sobre os problemas do país, é indiscutível, mormente seus altos e baixos na pauta das questões políticas. Teoricamente a participação desses grupos passou a ser identificada por intermédio de análises sobre a atuação sociopolítica dos denominados “novos movimentos sociais” aclamados nas décadas de 70 e 80⁵ que, por sua vez, concomitantemente geravam a noção de “novas democracias”. Essas, por sua vez, seriam “... aquelas cujas construções ocorrem em meio às condições políticas de uma transição na qual foi possível a completa eliminação de um passado autoritário” (WEFFORT, 1992, p. 85), ou seja, atreladas a um instante de transição de regimes autoritários para uma redemocratização, mas que não desembocaram, necessariamente, numa democracia “consolidada”. As reivindicações e os debates gestados por esses movimentos, tanto no Brasil quanto em outras nações latino-americanas, evidenciaram o conteúdo dos problemas desses países.

Neste sentido, é preciso indicar que, sem desconsiderar a universalidade deste fenômeno no fim do século 20, geralmente são as realidades nacionais que estabelecem o parâmetro de atuação desses grupos. Enquanto na Europa e nos Estados Unidos o esfacelamento do “estado do bem-estar” trazia problemas antes não resenhados (miséria, desemprego, déficit previdenciário), no Brasil e na América Latina os reflexos dos regimes ditatoriais, consoantes às carências sociais crônicas, explicitaram contradições internas.

Nesse contexto, novas dinâmicas políticas, novos discursos e novas formas de conflitos e identidades foram inaugurados, o que revelou o potencial político e inovador sobre a sociedade e a cultura. Delimita-se, então, uma nova visão sobre a democracia que havia tornado possível a incorporação de novas questões ao debate político contemporâneo. A noção de democracia liberal como proposta humana para administrar a diversidade de interesses e equilibrar a tensão entre distintas forças sociais, traz em si duas questões complementares: a de encantamento pela possibilidade de adequação de interesses múltiplos e diferenciados e a responsabilidade de desenvolver essas possibilidades de maneira viável.

Na realidade, o que torna a democracia um sistema político praticamente hegemônico em todo o mundo é sua simbiose com o sistema capitalista. Essa relação de interesses entre um sistema econômico e uma forma de organização política, caracteriza-se por uma base nos princípios de liberdade individual que propicia um apoio mútuo, o que possibilitou esse alcance mundial. Desta feita, falar em democracia na atualidade é ter em mente o indissociável modelo econômico que lhe é inerente.

Nos países em que essa correlação se desenvolveu, o sistema político democrático é algo natural na realidade social, o que não ocorre no Brasil e na América Latina. As condições históricas nacionais que propiciaram o capitalismo, não forneceram qualquer base social, eco-

⁵ Cf. LAMOUNIER, Bolívar (org.). *A ciência política nos anos 80*. Brasília: Edunb, 1982.

nômica ou ideológica na perspectiva liberal (DREYFUS, 1980). Para o Brasil e outros países “ditos” periféricos, no entanto, a democracia liberal não é natural, uma vez que as “liberdades formais” não estão em conformidade com as “liberdades reais” (COMPARATO, 1989).

Assim, é importante discutir minimamente o conceito polissêmico de democracia e, nesse sentido, é preciso elucidar que a mesma não se restringe à existência de determinadas regras, procedimentos e rituais, mas à qualidade a ela inerente; uma discussão que se estende desde Aristóteles, quando o mesmo classifica a constituição da sociedade não apenas numa mera alusão às leis que, porventura, regulem a interação entre os indivíduos numa comunidade, mas, sobretudo, como as mesmas leis são compreendidas, veladas e reguladas, tendo como alicerce os vínculos entre os mesmos indivíduos de sociedade, de forma que esta se reproduza e se perpetue não apenas biologicamente.⁶

Aristóteles, porém, não era um democrata, nem um entusiasta da democracia. Sua ideia de constituição como algo inerente aos indivíduos que manteriam a própria sociedade, e não apenas a uma ideia normativa, estaria no centro do debate político que, durante a evolução da Civilização Ocidental, tornar-se-ia o principal foco de atenção em que teóricos políticos, de Maquiavel a Marx, passando obviamente por Weber, concentrariam suas atenções: a divisão do poder;⁷ divisão esta que estaria, primeiramente, representada na mera representatividade individual por meio do voto, mas que, paulatinamente, se deslocaria para outros eixos, como o da consideração das vontades individuais e coletivas dos governados pelos governantes.

⁶ Cf. ARISTÓTELES. *A política*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

⁷ Maquiavel (1997) tem o mérito de distinguir e diferenciar o Estado do governo, dando início à despersonalização do poder. Com o advento do contratualismo, especialmente com Hobbes (1997) e Locke (1998), a ideia do poder político estar relacionado ao consenso social estabelecido por um contrato entre os indivíduos, faz estremecer as fundações do absolutismo monárquico, muito embora as perspectivas destes dois autores diverjam quanto à perenidade e a transitoriedade dos governos estabelecidos pelo contrato. Montesquieu (1996), ao formular sua teoria da divisão entre os poderes, também não está preocupado apenas com os elementos procedurais e formais, mas com a perpetuidade de uma sociedade alavancada na perspectiva de uma ação política consciente dos cidadãos membros de uma comunidade. Com Rousseau (1997), o contratualismo concentra-se mais em seus desdobramentos factuais, quando o autor se preocupa em demonstrar que, por mais legítimo que possa ser a origem da sociedade num contrato, o mesmo não pode se manter sem uma divisão dos poderes entre os indivíduos membros da sociedade, e não apenas em instituições que os representem. Em Tocqueville (1977), a política passa a ser considerada a partir de um elemento crível: a democracia. Não apenas em conceito, mas em aplicabilidade num mundo real em que a produção industrial e a livre-iniciativa estarão juntas na edificação de um ideal democrático que não se limitaria apenas ao aspecto representativo individualista, mas, principalmente, tendo a democracia como forma de sociedade mais que uma mera forma de governo. Hegel (1990) introduzirá, de forma mais específica, a divisão entre a sociedade civil e o Estado, representando, respectivamente, os interesses de ordem privada e os de ordem pública. Stuart Mill (1981), por sua vez, demonstra que, tanto para a sobrevivência dos Estados quanto para a perpetuação da sociedade, os valores da democracia não poderiam estar restritos a um setor, ou setores da sociedade. O voto, o sufrágio, seria um mecanismo eficaz de consciência cívica e representação social próprios a uma elevação econômica, política e social da própria sociedade. Marx (1978) será um crítico contundente de todas estas abordagens, uma vez que sua crítica se concentrava no exclusivismo da ideia de democracia burguesa assentada na exploração econômica de grande parte da sociedade. Mesmo em sua crítica, entretanto, observa-se a preocupação com a justiça social e a mobilização da sociedade por meio de movimentos sociais que, dinamicamente, seriam capazes de pressionar os governos quanto a uma melhoria não apenas de condições de trabalho, mas de uma melhor distribuição do próprio poder. Weber (1993) será o grande sintetizador deste périplo, em que a noção e a ideia do poder é uma constante. Para o mesmo, o mundo da passagem do século 19 para o 20 havia colocado novas diretrizes de costumes e pensamentos que, ante as tradições, ditariam os padrões de avanço e retrocesso das sociedades em relação aos processos de ordem política, social, econômica e cultural. O homem estaria inserido num redemoinho em que a razão e a emoção ditariam os patamares dos conflitos endógenos e exógenos às sociedades e aos Estados.

Pensar a democracia nesses termos é entender que seus procedimentos são um meio e, não necessariamente, um fim. Isso sugere que enfatizar apenas as formalidades pode incorrer em reducionismos, o que excluiria uma participação política mais efetiva. Dessa forma, o objetivo real da democracia pretenderia o alcance do bem comum e de uma maior igualdade econômica e social. Isto, no entanto, estaria reservado a todas as sociedades ou a algumas?

Se o debate clássico deteve-se nas condições de constituição, organização e distribuição do poder, mais recentemente pareceu estar relacionado a um certo determinismo histórico-economicista, em que a democracia seria sinônimo de modernização. Em suma, quanto mais industrializada fosse uma sociedade, maior as chances de ser democrática, especialmente se tal industrialização tivesse sido iniciada no século 19. Este é o foco de análise de autores como Lipset (1967) e Moore Jr. (1983).

Lipset afirma que há três condições para que a democracia se afirme numa sociedade. A primeira delas é que deve haver um sistema de valores que permita o pacífico jogo do poder. A segunda é a de que as alternâncias neste mesmo poder conduzam a sociedade a um patamar de normalidade assentada no respeito às regras do jogo. A terceira é a de que devem existir condições para que as regras do jogo sejam respeitadas a partir da influência popular no poder, e não a partir do concentracionismo burocrático, que afastaria das decisões o grosso da sociedade (LIPSET, 1967, p. 45).

Lipset, no entanto, afirma que isto somente é possível em sociedades economicamente avançadas, pois “... a democracia está relacionada com a situação do desenvolvimento econômico. Quanto mais próspera for uma nação, tanto maiores são as probabilidades de que ela sustenha a democracia” (*Ibidem*, p. 49). Enfim, as democracias estariam diretamente relacionadas às nações mais prósperas, enquanto às demais restaria apenas a necessidade de se desvencilhar dos grilhões da tradição.

Moore Jr. (1983) também aproxima-se da perspectiva de Lipset, sendo, contudo, mais determinista quanto às condições de um desenvolvimento propício à democracia. Para o mesmo, o problema não estaria necessariamente atrelado ao âmbito econômico, mas à capacidade de uma determinada parcela da sociedade em substituir os entraves ao desenvolvimento econômico, político e social da mesma, substituindo uma determinada classe que concentra os destinos da própria sociedade. Assim sendo, a modernização não seria apenas econômica, muito embora não deixe de estar presente em suas reflexões. Para Moore Jr., a democracia, ou a possibilidade desta, estaria representada no desenvolvimento de um grupo na sociedade, com uma base econômica sólida e independente, que pudesse atacar os empecilhos ao desencadeamento de uma sociedade ao mesmo tempo capitalista e democrática. Isto levaria a três caminhos: o capitalismo; o fascismo e o comunismo; cada um destes representando a maior ou a menor capacidade, dos grupos sociais independentes, de se desvencilhar das amarras do tradicionalismo e da influência das classes sociais mais tradicionalistas.

Ambos os autores tentam aplicar os conceitos weberianos de “tradicionalismo” e “modernização”. Ao contrário do pensador alemão, contudo, não procuram fornecer elementos capazes de elucidar as razões para que umas nações se tornassem democráticas e outras não. A grande lacuna gerada por estas análises é a de que os indivíduos não são tomados como agentes transformadores de uma realidade na qual estão inseridos, mas apenas espectadores de seus próprios destinos. A democracia é, simplesmente, um adendo de uma certa transfor-

mação teleológica, transformando-se num instrumental capaz de se adaptar, a partir de um núcleo comum, às mais díspares circunstâncias. Como, então, diagnosticar o que viria a ser democracia?

De acordo com Bobbio (1997), a democracia nada mais seria que “... um conjunto de regras que estabelecem quem está autorizado a tomar as decisões coletivas e com que procedimentos”. Fica implícita aqui a necessidade de operacionalizar o conceito ao vincular uma determinada forma de adquirir o poder e as tomadas de decisão políticas. Sobre essas considerações, pode-se afirmar que o conceito de democracia estaria intrinsecamente ligado a uma opção social (TOURAINÉ, 1996) e, nesse sentido, vários teóricos apontam distintos caminhos a respeito do conceito ora discutido.

Schumpeter (1961) caracteriza a democracia como um método que desconsidera questões adjetivas ou de conteúdo. Outro fator que não pode ser desconsiderado no debate acerca das democracias modernas é aquilo que Hans Kelsen (1993) assevera em relação aos partidos políticos. Para o mesmo, a democracia é essencialmente de partidos políticos, porquanto que, sem os mesmos, não haveria como representar os interesses conflitantes dos indivíduos, grupos e setores da sociedade.⁸

A grande síntese de toda esta discussão, porém, pode ser dada por Robert Dahl (1997), que sintetiza a possibilidade da democracia numa perspectiva aproximativa, quando a capacidade dos indivíduos de formularem, exprimirem e terem suas preferências levadas em consideração pelo governo determinam um sistema mais, ou menos, competitivo.

De acordo com Dahl, entretanto, a democracia seria um ideal a ser alcançado. O que se poderia afirmar é que há sociedades em que a competição política e o direito à participação dos indivíduos se dão em melhores e maiores condições que outras, posto que uma das características da democracia para este autor é “... a contínua responsividade do governo às preferências de seus cidadãos, considerados como politicamente iguais” (*Ibidem*, p. 25).⁹ O que Dahl denomina de *responsividade*, é justamente a interação, de bases institucionais, entre o governo e a sociedade civil, em que as organizações subnacionais (associações, sindicatos, movimentos sociais, etc.) teriam um papel não apenas de representação, mas de pressão e persuasão junto aos Poderes constituídos.

Neste sentido, os movimentos sociais, os partidos políticos, as instituições e outros elementos aglutinadores da vontade coletiva, passariam a representar, na sociedade contemporânea, meios de intervenção e participação dos indivíduos nos destinos da sociedade em que está inserido.¹⁰ De fato, isto pode até mesmo provocar um salto qualitativo entre os partícipes

⁸ No Brasil, essa perspectiva fica um tanto quanto comprometida, posto que as relações políticas com os partidos são altamente frouxas e desestruturadas. A representatividade política se estabelece na figura dos sujeitos e não na dos partidos, isso para não entrarmos na discussão da fidelidade partidária. Os representantes da sociedade brasileira não são os partidos e sim os indivíduos. Algumas ideias a esse respeito são indicadas por Baquero e Castro (1996).

⁹ Para Robert Dahl, sendo a democracia um ideal a ser alcançado, nenhuma sociedade no mundo havia alcançado tal patamar. Neste sentido, denomina de *Poliarquia* as sociedades mais próximas deste ideal. Cf. DAHL, Robert. *Poliarquia*. Participação e oposição. São Paulo: Edusp, 1997.

¹⁰ A questão acerca do indivíduo x grupo (sociedade) é bastante polêmica nas Ciências Sociais. Neste trabalho, a noção em voga aproxima-se das considerações de Lasswell e Kaplan, quando sustentam que “... os conceitos de um ato e da ação de uma única pessoa não devem ser interpretados como uma minimização da importância dos grupos em relação a dos indivíduos no processo político. A significação deste ponto de partida é puramente lógica: o ato do grupo é interpretado como um conjunto de atos individuais” (KAPLAN; LASSWELL, 1998, p. 31, grifo nosso).

do processo político, sejam eles “representantes” ou “representados”, governantes ou governados. Isto se deve ao fato de que, com uma maior participação política, o “primitivismo” e o “negativismo democrático”, como os denomina Sartori (1996), tendem a desaparecer, e a política passa a ser vista como um exercício normal de experiência particular e coletiva.

Todas essas indicações sobre a democracia não dão conta de sua complexidade e, por mais distintas que sejam as interpretações, o que importa frisar é a averiguação de condições que propiciem uma maior estabilidade política do processo de democratização.

Por “estabilidade política” entende-se a capacidade que determinado sistema possui de se perpetuar. Voltando ao conceito de Bobbio (1997), se a democracia é fundamentalmente um sistema institucional para tomadas de decisão, poderia cair no reducionismo, crendo que é o fortalecimento das instituições que delimita a estabilidade democrática.

Outro aspecto significativo nessa discussão é o liberalismo. Em Bobbio (1986, 1987, 2002b) também é possível encontrar uma síntese reflexiva das vantagens e limites do liberalismo e da democracia, bem como a proposição e a discussão, antes da teorização sociológica de Giddens (1996, 2001) da *terceira via*.¹¹

Sendo um neocontratualista, a *terceira via*, segundo Bobbio, representa a possibilidade de se assegurar, concomitantemente, os princípios liberais de autonomia e liberdade com os fundamentos igualitários da democracia, que poderia ser conceituada como liberalismo social, sendo, antes de tudo, não a negação e a superação dos opostos da diáde esquerda e direita, mas o reconhecimento das diferenças ideológicas como fundamental para o aprimoramento do jogo democrático. Bobbio (2000, 2002b, 2002c) vislumbra, na retração do direito público, a decadência do processo político; daí sua crítica ao socialismo e ao comunismo, que viam, no Estado de Direito, a concepção marxista de Estado Burguês, bem como ao liberalismo, que defende, primordialmente, o princípio das garantias individuais.

Um outro neocontratualista – John Rawls (2000, 2003) – discute que, mais que democracia e participação, é preciso haver verdadeira igualdade de condição precípua de justiça, sem a qual não haverá espaço para o exercício pleno da liberdade. Para tanto, Rawls (1981) coloca dois meios necessários para que a justiça social se torne exequível: a cada indivíduo deve caber o máximo de liberdade compatível para com outro indivíduo; e a desigualdade social somente deve ser permitida para beneficiar os menos favorecidos.

Com esta fórmula, Rawls (2002) defende a concepção de que o mérito e a capacidade individual, desde que asseguradas condições para tanto, devem regular as relações entre os indivíduos. Isto seria afixado pelo que o autor denomina *as cinco categorias de bens primários*: as liberdades básicas (consciência e crença); a liberdade de movimento (defender,

¹¹ A discussão sobre a terceira via em Bobbio deve ser mais bem esclarecida. Primeiramente, Bobbio (1987) reconhece o deslocamento das decisões centro-periferia tendo os comitês de bairro como exemplo. Ao mesmo tempo, critica os partidos de esquerda por não despersonalizar a relação representado-representante, uma vez que ainda setORIZAVAM esta relação em base ideológica, e não comunitária e social. Por outro lado, Bobbio (1994a) argumenta que *não há terceira via*. Este argumento, no entanto, é desenvolvido como uma crítica à esquerda italiana (socialistas e comunistas), que buscava uma alternativa à democracia burguesa e à socialdemocracia, bem como uma censura à ausência de uma maior exatidão nas propostas de outros partidos. Bobbio relembra que até os fascistas se colocavam como terceira via. Assim sendo, a terceira via em Bobbio nada mais é que a manutenção da democracia como regra do jogo, o aperfeiçoamento da participação popular para além da democracia representativa e o avanço das concepções de governo baseadas na busca pela justiça social.

sustentar e modificar ideias e concepções); os poderes e as prerrogativas (autonomia do *eu*); a renda e a riqueza; e as bases sociais do respeito próprio. Assim, a democracia estaria garantida em bases racionais de um conceito empírico de justiça.

Outra reflexão acerca dos parâmetros democráticos na sociedade moderna localiza-se na obra de Robert Dahl (1997, 2001), particularmente sua *Poliarquia*. Analisando as sociedades existentes, das mais democráticas às mais autoritárias, Dahl sustenta a ideia de que o ideal democrático é pouco representado nestas sociedades. Assim sendo, as mais próximas dos parâmetros democráticos são consideradas poliárquias, dado que o avanço em direção ao ideal democrático se daria pela progressiva ampliação da competição e da participação política dos indivíduos na sociedade. Dahl (1997) considera que em sociedades poliárquicas deve haver três requisitos para que estes dois eixos (competição e participação) possam ser executados: a formulação de preferências; a expressão de preferências; e a consideração das preferências pelo governo.

Conseqüentemente, a mera participação em um processo eleitoral não garante que uma sociedade seja democrática. Para tanto, há a necessidade de liberalização (contestação pública das decisões governamentais) e inclusividade (participação nas decisões políticas na esfera pública). O ponto ótimo desta relação cartesiana é que quanto maior o índice de liberalização e inclusão maior é a possibilidade de aproximação de um ideal democrático.

4 CONCLUSÕES

Após repensar a categoria de democracia a partir dos teóricos clássicos e contemporâneos, como analisar a posição da CoIDH acerca da solicitação de opinião consultiva feita pelo secretário geral da Organização dos Estados Americanos, a respeito do processo de *impeachment* da presidente Dilma Rousseff? A CoIDH negou o prosseguimento do pedido por unanimidade, ou seja, a Corte “opinou por não opinar”.

Levando-se em consideração que o sistema interamericano considera a Carta como manifesto em favor da democracia representativa nas Américas, propondo um conceito de democracia que transcende a ideia de democracia eleitoral, a decisão da Corte respeita as bases jurídicas da legislação internacional, mas é contraditória à da transcendência democrática que vai além do voto.

Tendo em vista que essa transcendência se delinea pela prerrogativa que vai além do “governar democraticamente”, o que é possível quando se busca o respeito aos direitos humanos e liberdades fundamentais, o respeito do acesso ao poder, da separação e independência dos poderes, os fenômenos que antecederam o processo de *impeachment*, como as manifestações de 2013, a crescente abstenção eleitoral identificada nas eleições dos últimos anos e, em especial, em 2016, o afastamento da presidente eleita e a multiplicação de compromissos internacionais garantidores dos ideais democráticos, torna-se imperativo o repensar das categorias de democracia.

Partindo-se do princípio de que uma democracia se sustenta em um sistema de valores que permita o pacífico jogo do poder, não se pode deixar de levar em consideração, também, que esse jogo se sustenta na capacidade que a política tem de proporcionar alternâncias neste mesmo poder, única condição para conduzir a sociedade a um patamar de normalidade assentada no respeito às regras do jogo.

O que infere da decisão da CoIDH se baseia em preceitos jurídicos e políticos, mas não leva em conta as condições para que as regras do jogo sejam respeitadas a partir da influência popular no poder, e não a partir do concentracionismo burocrático, que afastou das decisões o grosso da sociedade.

Levando em consideração as análises de Lipset e Moore Jr., pode-se indicar a inabilidade de uma determinada parcela da sociedade em substituir os entraves ao desenvolvimento econômico, político e social da mesma, substituindo uma determinada classe que concentra os destinos da própria sociedade.

Não se pode deixar de salientar que os argumentos usados pela CoIDH para decidir não opinar sobre o *impeachment*, sustentam-se porque a Corte não pode resolver conflitos internos dos países mas, sim, tem a função precípua de interpretar as normas internacionais e aplicabilidade dos direitos humanos.

5 REFERÊNCIAS

- ARISTÓTELES. *A política*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- BAQUERO, M (org.). *Cultura, política e democracia. Os desafios das sociedades contemporâneas*. Porto Alegre: EDUFRGS, 1994.
- BAQUERO, M.; CASTRO, H. C. de O. A erosão das bases democráticas: um estudo de cultura política. In: BAQUERO, M. (org.). *Condicionantes da consolidação democrática: ética, mídia e cultura política*. Porto Alegre: Ed. Universidade/UFRGS, 1996.
- BOBBIO, Norberto. "Sociedade civil". In: BOBBIO, N.; MATTEUCCI, N.; PASQUINO, G. *Dicionário de política*. 2. ed. Brasília: Editora UNB, 1986.
- BOBBIO, Norberto. *As ideologias e o poder em crise*. Pluralismo, democracia, socialismo, comunismo, terceira via e terceira força. 3. ed. Brasília: Edunb, 1994a.
- BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e democracia*. 5. ed. São Paulo: Brasiliense, 1994b.
- BOBBIO, Norberto. *Diálogo em torno da República*. Os grandes temas da política e da cidadania. Rio de Janeiro: Campus, 2002a.
- BOBBIO, Norberto. *Elogio da serenidade*. E outros escritos morais. São Paulo: Unesp, 2002b.
- BOBBIO, Norberto. *O Futuro da Democracia*. 8. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2002c.
- BOBBIO, Norberto. *Qual socialismo?* 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria geral da política*. Rio de Janeiro: Campus, 2000.
- BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo, Sociedade*. 7. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.
- BOBBIO, Norberto. *Os intelectuais e o poder: dúvidas e opções dos homens de cultura na sociedade contemporânea*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Editora da Unesp, 1997.
- COMPARATO, Fábio Konder. *Para viver a democracia*. São Paulo: Brasiliense, 1989.
- COIDH. Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Rejection to the request of advisory opinions*. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/rechazo_solicitud_opiniones_consultivas.cfm?lang=en. Acesso em: 27 jul. 2016.
- COMPARATO, Fábio Konder. *Para viver a democracia*. São Paulo: Brasiliense, 1989.
- DAHL, R. *Poliarquia*. São Paulo: Edusp, 1997.
- DAHL, R. *Sobre a democracia*. Brasília: Edunb, 2001.
- DREYFUS, Hubert L. *Michel Foucault, uma trajetória filosófica: para além do estruturalismo e da hermenêutica*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.
- GIDDENS, A. *A terceira via e seus críticos*. Rio de Janeiro: Record, 2001.
- GIDDENS, A. *Para além da esquerda e da direita*. São Paulo: Unesp, 1996.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997a. V. I. (Biblioteca tempo universitário, 101).
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997b. V. II. (Biblioteca tempo universitário, 102).

- HEGEL, G. W. F. *Fenomenologia do espírito*. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1993.
- HEGEL, G. W. F. *Princípios da Filosofia do Direito*. Lisboa: Guimarães, 1990.
- HOBBS, T. *O Leviatã*. São Paulo: Nova Cultural, 1997. (Coleção Os Pensadores).
- KAPLAN, Abraham; LASSWELL, Harold. *Poder e sociedade*. 2. ed. Brasília: Edunb, 1998.
- KELSEN, H. *A democracia*. São Paulo: Martins Fontes, 1993.
- LAMOUNIER, Bolívar (org.). *A ciência política nos anos 80*. Brasília: Edunb, 1982.
- LOCKE, J. *Dois tratados sobre o governo*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- LIPSET, S. M. *O homem político*. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.
- MAQUIAVEL, N. *Comentários sobre a primeira década de Tito Lívio*. 3. ed. Brasília: Edunb, 1994.
- MARX, Karl. *O 18 Brumário e Cartas a Kugelmann*. 5. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1978.
- MERQUIOR, José Guilherme. *O liberalismo: antigo e moderno*. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1991.
- MRE. Ministério das Relações Exteriores. Missão do Brasil junto as Nações Unidas. *Discursos*. Disponível em: <http://delbrasonu.itamaraty.gov.br/pt-br/discursos.xml>. Acesso em: 26 jul. 2016.
- MOORE JR., Barrington. *As Origens Sociais da Ditadura e da Democracia*. São Paulo: Martins Fontes, 1983.
- MONTESQUIEU, C. L. de S. *Baron de La Brède et de*. Do espírito das leis. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1996.
- MOUFFE, C. *The Return of the Political*. London: Verso, 1997.
- O'DONNELL, Guillermo. Accountability horizontal e novas poliarquias. *Lua Nova*, 44, 1998.
- OEA. Organização dos Estados Americanos. *Carta Democrática Interamericana*. Disponível em: https://www.oas.org/pt/democratic-charter/pdf/demcharter_pt.pdf. Acesso em: 26 jul. 2016a.
- OEA. Organização dos Estados Americanos. Secretário Geral da OEA. *Discursos*. Disponível em: http://www.oas.org/es/acerca/discurso_secretario_general.asp?sCodigo=16-0031. Acesso em: 26 jul. 2016b.
- OEA. Organização dos Estados Americanos. Secretário Geral da OEA. Disponível em: http://www.oas.org/pt/sobre/secretario_geral.asp. Acesso em: 26 jul. 2016c.
- RAWLS, J. *Justiça como Equidade*. Uma reformulação. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- RAWLS, J. *Justiça e democracia*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- RAWLS, J. *O liberalismo político*. 2. ed. São Paulo: Ática, 2000.
- RAWLS, J. *Uma teoria da justiça*. Brasília: Edunb, 1981.
- ROUSSEAU, J. J. *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*. Brasília: Edunb; São Paulo: Ática, 1989.
- ROUSSEAU, J. J. *Do contrato Social*. São Paulo: Nova Cultural, 1997. (Coleção Os Pensadores).
- SARTORI, Giovanni. *Engenharia constitucional*. Como mudam as constituições. Brasília: Edunb, 1996.
- SCHUMPETER, J. *Capitalismo, socialismo e democracia*. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1961.
- STUART MILL, John. *Considerações sobre o governo representativo*. Brasília: Edunb, 1981.
- TOCQUEVILLE, Aléxis de. *A democracia na América*. 2. ed. Belo Horizonte: Editora Itatiaia; São Paulo: Editora USP, 1977. (Coleção ler e pensar, 1).
- TOURAINÉ, A. *Crítica da modernidade*. 5. ed. Petrópolis: Vozes, 1998.
- TOURAINÉ, A. *Poderemos viver juntos? Iguais e diferentes*. Petrópolis: Vozes, 1999.
- TOURAINÉ, A. *O que é a democracia?* 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1996.
- WEBER, M. *Economia y Sociedad*. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 1993.
- WEFFORT, Francisco. *Qual democracia?* São Paulo: Companhia das Letras, 1992.

<http://dx.doi.org/10.21527/2317-5389.2020.15.204-216>

A Contribuição do Ensino Jurídico-Penal Para a Manutenção da Cultura Punitiva

Jackson da Silva Leal

Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD – Universidade do Extremo Sul Catarinense – Unesc). Doutorado em Direito – Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Mestrado em Política Social (Universidade Católica de Pelotas – UCPel). Graduação em Direito e advogado inscrito na OAB/RS. Professor da Graduação e do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unesc. Coordenador do Grupo de Criminologia Crítica Latino-Americana (Unesc). Colíder do Grupo de Pensamento Jurídico Crítico (Unesc). <http://lattes.cnpq.br/8756216995959645>. <http://orcid.org/0000-0002-0779-1103>. jacksonsilvaleal@gmail.com

Alex da Rosa

Graduação em direito e Mestrando em Direitos Humanos pela Universidade do Extremo Sul Catarinense (Unesc). Bolsista – Fapesc. Membro do Grupo Andradiano de Criminologia Crítica. <https://orcid.org/0000-0003-1797-6053>. <http://lattes.cnpq.br/9538205249595183>. alexdarosa@hotmail.com

RESUMO

O presente trabalho visa a analisar o processo de formação do jurista, especialmente a formação jurídico-penal (do penalista), ou, mais amplamente, dos operadores do sistema penal, como contribuição significativamente importante para a manutenção da cultura punitiva. A metodologia utilizada é a hipotético-dedutiva a partir de revisão bibliográfica e desde o marco teórico e acúmulo proporcionado pela criminologia crítica. O objetivo deste trabalho é abordar a questão da violência desde uma perspectiva da formação do conhecimento a partir do fomento da cultura de violência, e problematizar a pedagogia do direito na perspectiva de uma pedagogia libertadora. A principal conclusão é de que a violência e o punitivismo têm uma parcela significativa da estrutura organizacional do Estado, e não se resume à sua manifestação, mas remonta ao processo de formação dos próprios operadores.

Palavras-chave: Ensino jurídico-penal. Criminologia crítica. Pedagogia do oprimido. Dogmática jurídica.

THE CONTRIBUTION OF JURIDICAL-CRIMINAL EDUCATION FOR THE MAINTENANCE OF PUNITIVE CULTURE

ABSTRACT

The present work aims to analyze the process of training of the jurist, especially the criminal-legal training (of the criminal), or more widely the operators of the penal system, as a significant contribution to the maintenance of punitive culture. The methodology used is the hypothetical-deductive from a bibliographical review and from the theoretical framework and accumulation provided by critical criminology. The objective of this work is to approach the issue of violence from a perspective of knowledge formation based on the promotion of a culture of violence, and to problematize the pedagogy of law based on a liberating pedagogy. The main conclusion is that violence and punitivism have a significant part of the organizational structure of the State and are not limited to its manifestation, but it goes back to the process of training the operators themselves.

Keywords: Legal-penal education. Critical criminology. Pedagogy of the oppressed. Legal dogma.

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 A Formação de Técnicos do Direito Penal na Era do Eficientismo. 3 Os Reflexos do Eficientismo na Manutenção da Cultura Punitiva. 4 Conclusão. 5 Referências.

Recebido em: 10/4/2018

Aceito em: 7/4/2020

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca analisar o ensino jurídico, especialmente a sua face jurídico-penal, na perspectiva do papel que esse processo de formação assume na atuação dos operadores de direito e o quanto essa formação jurídica, com um viés específico e determinado, que é encontrada nas faculdades, universidades e cursos de direito no Brasil, influencia na manutenção de uma prática jurídica que evidencia e reforça um sistema punitivo.

Essa formação de aculturação jurídica, pensando em horizontes do próprio direito, anuncia já seu fracasso e comprova hodiernamente sua ineficácia, ao menos quanto ao que a professora Vera Andrade (2003) chama de fracasso das funções declaradas do direito penal.

Assim, primeiramente, deve-se realizar um trabalho de aproximação em dois pontos, sem, contudo, encará-los de maneira separada, não relacionada ou paralela, mas, sim, como elementos diretamente relacionados que se afetam mutuamente e que somente numa nebulosa e excludente definição permitiriam encontrar uma relação biunívoca de causa e efeito; ei-los:

- a) O ordenamento jurídico brasileiro, observado em suas disposições legais, sua abrangência, extensão, nos elementos que o constituem e como se dá na prática a aplicação dessa lei, seus efeitos, o que sustenta e o que reproduz, tendo como destaque a eminência da área penal, as políticas de encarceramento e a primazia do penalismo em vista da depreciação de outras áreas do direito.
- b) O ensino teórico das leis, dentro do funcionamento dos cursos de direito, naquilo que os envolvem e os compõem: seu currículo, a grade, os métodos de ensino, o sistema de aferição, sua relação com o mercado, e a posição do professor como aquele que efetuará grande parte dessa formação, dentro de uma perspectiva de responsabilidade para com o estudante, para que aquela não seja uma formação legalista ao “pé da letra de lei”, restritiva, mas, sim, *libertadora* e transformadora da realidade.

Ou seja, fala-se de uma suposta crise do direito, que se reduz ou resume ao ensino da dogmática e, neste caso, no processo de introjeção e apreensão bancária da dogmática penal e de seus recursos e mecanismos. De outro lado, aponta-se a incapacidade do sistema penal em resolver conflitos, constituindo-se em um sistema que, ao simplificar os problemas sociais e as relações interpessoais, se torna incapaz de dar respostas satisfatórias para as questões humanas.

Para tratar dos operadores de direito, da prática da lei, faz-se uma análise sobre a realidade como parte de uma práxis que contém a introjeção de conceitos por parte daquele que legisla, daquele que pune, julga e controla os indivíduos. É necessária a observação do processo formativo desse operador, presente e destacado nas práticas, sendo esse, antes, pertencente à construção formal desse saber nas instituições educativas, nas faculdades e cursos de direito, e estudar nessas a figura fulcral do professor como sujeito reprodutor de um conjunto de práticas no âmbito jurídico – especialmente o penal –, que, afinal, como reguladoras das ações humanas, validam pelo ensino jurídico a relação de governo de si e dos outros.

Como intersecção desses elementos, o ensino jurídico-penal é ponto essencial para um entendimento aprofundado acerca das relações entre sociedade e funcionamento do sistema penal.

O presente trabalho apresenta-se como esforço teórico e reflexivo, utilizando-se do método dedutivo mediante revisão bibliográfica, que parte do acúmulo teórico proporcionado pela criminologia crítica, voltando sua lente de análise para o direito penal enquanto campo de produção de conhecimento e enquanto prática social.

Para essa construção, em um primeiro momento realiza-se uma contextualização do ensino jurídico inserido em um processo sociopolítico de estruturação da sociedade moderna, e observa-se o papel que esse ensino tem na manutenção da estrutura social. Em um segundo momento, aborda-se a forma que o ensino, especificamente o do direito penal, assume na formação dos profissionais do sistema penal e, conseqüentemente, na manutenção de uma cultura punitiva.

Este trabalho visa a contribuir com a compreensão do tema e suscitar questionamentos acerca da violência e do punitivismo e da contribuição que os próprios operadores do sistema de justiça penal têm nesse processo, que ultrapassa a atuação de seus operadores, mas que se constrói muito antes nessa ação em cadeia, chegando ao processo formativo desses agentes.

2 A FORMAÇÃO DE TÉCNICOS DO DIREITO PENAL NA ERA DO EFICIENTISMO

Ao tratar sobre a suposta crise do direito moderno, é mister reconstituir alguns elementos históricos de sua formação, trespassando as instituições que dão aporte ao direito e às relações de poder necessariamente inclusas nesses espaços, estruturas e processos, com observância especial à manifestação desses elementos no ensino jurídico, nas práticas desse ensino e na formação dos operadores jurídicos.

Como já se apontou em outro momento (LEAL, 2014), e guiando-se pela contribuição historicizadora de Naomar de Almeida Filho (2008), para compreender o atual paradigma da sociedade ocidental deve-se observar, a fim de introduzir e contextualizar o leitor quanto ao recorte, três elementos centrais na formação de juristas que dizem respeito ao contexto em que se insere o Ensino Superior, de maneira geral, e, dentro deste, o ensino jurídico, e com ele o jurídico-penal enquanto ramo do saber científico-jurídico, que interessa ao presente trabalho; também o papel que esse saber assume na organização social como um todo e, ainda, os impactos que este mesmo saber tem no funcionamento concreto do que se denomina sistema penal.

Nesse sentido, quando se afirma que o ensino jurídico, e dentro dele o jurídico-penal, assume uma postura e perspectiva eficientista marcadamente de caráter mercadológico-punitivista, não quer dizer que esse ultrapassa os elementos anteriores que perfazem a sua formação enquanto saber.

Nessa medida, o primeiro elemento, que se atribui ao processo de construção e sistematização do conhecimento científico ou do saber, haja vista que ainda era impróprio se falar em ciência (como resultante do paradigma positivista), surge com o próprio ensino dito superior e com a metodologia (a) escolástica.

Por escolástica tem-se, durante a Idade Média, a metodologia educacional e a sua relação com o mundo Feudal. A descentralização político/social opõe-se à aglutinação populacional nos feudos e eminente posição centralizadora da Igreja Católica, que regerá a conduta do povo, aliar-se-á aos senhores feudais e será fator decisivo na criação e manutenção desse novo modelo de organização social.

Nesse sentido, a escolástica era o nó que assegurava unidade nas relações de poder: o monopólio do saber institucional católico, em movimento dialético à miséria generalizada própria da época feudal, enuviava elementos teológicos a normas sociais, apoiando-se no desconhecimento da população, e tornava a Igreja estrutura *Mater* da verdade, aquela que forma e diz o verdadeiro. Àqueles a quem era permitido o acesso ao conhecimento – núcleo da Família Real, Alto e Baixo Clero – restava o método próprio à escolástica: o ensino, a leitura e a interpretação em sentido estrito, seja das leis dos homens ou das leis de Deus, que, todavia, eram interpretadas quase como uníssonas.

A relação de saber-poder, encontrada nesse cenário, anuncia-se como ponto fundamental para compreender a manutenção da posição da Igreja como única verdade possível: a única forma de acesso ao conhecimento formal era por aqueles que detinham e ministravam esse conhecimento, e asseguravam, pelo método escolástico da reprodução do conhecimento, a manutenção do domínio.

Com isso, a relação de apreensão do conhecimento dava-se a partir de uma relação hierarquizada e dividida entre os detentores do poder-saber e os polos passivos de aprendizagem, o que, em grande medida, se coloca como um grande simbolismo – na manifestação de poder – do saber, que se constitui em verdade. O saber jurídico constitui-se no processo de manutenção pelo ensino e aprendizagem de dogmas jurídicos, que devem ser apreendidos e não questionados.

A relação de saber-poder-verdade passaria da Igreja para o Estado e do discurso jusnatural para o discurso pretensamente científico da neutralidade humanista, encerrada na chamada dogmática do direito. Assim, Paolo Grossi (2007, p. 42) aponta como esse simbolismo penetra e se constitui em uma epistemologia, que se manifesta no monopólio do saber e do dizer a verdade que, no estágio científico, passaria a ideia de Justiça estatal oficial:

Não esqueçamos de que a civilização rapidamente liquidada pelo azedume humanista como *media aetas*, idade do meio, interlúdio insignificante ou – pior ainda – negativo entre duas idades historicamente criativas, a antiga (clássica) e a moderna, pode se desenvolver ao longo de todo um milênio, pode fixar raízes profundíssimas, pode se tornar – graças também ao auxílio da Igreja Católica – costume e mentalidade, pode forjar a consciência coletiva e uma cultura apropriada para aquela consciência. Precisamente, por ter se tornado a estrutura do organismo social, os seus valores não poderiam ser apressadamente anulados, a consolidação do novo será necessariamente lenta e difícil.

O *simbolismo* constitui-se na primeira grande herança ou marca indelével no sistema jurídico, que pode ser encontrada na forma de sua apreensão (ensino), da qual se extrai tanto legitimidade quanto poder, seja ele pela ideia de verdade, seja ele pelo monopólio.

Outro elemento que é preciso apontar enquanto marca do ensino jurídico ou como constituinte do saber do jurista moderno, é resultante da sua herança adquirida da metodologia positivista que surge enquanto primeira grande reforma da ideia de Ensino Superior, como também já se trabalhou em outro momento (2014), e que precisa ser contextualizada na medida em que o saber assume outro papel com as mudanças ideológicas resultantes do discurso iluminista e políticas de transformação operadas pelas revoluções burguesas, com

centralização do poder estatal junto a ideia de monopólio, que se faz de saber-poder e de dizer-fazer a verdade por meio das instituições oficiais – o sistema de justiça. Este se começa a constituir dentro das escolas de direito, juntamente com a formação de seus operadores.

Nessa linha, o cientificismo positivista pode ser caracterizado pela racionalidade, e o empirismo e a negação do transcendente (o laico) marcam um movimento de mudança no paradigma educacional, epistemológico e político – na medida em que nega o paradigma societário do antigo regime. Nessa nova organização social, a classe burguesa necessitava de um aporte que fundamentasse essa nova estilística da existência. Não obstante, a reforma protestante, e as mudanças no modo de acesso do homem à verdade, passam essencialmente pela metodologia educacional, que sai das instituições religiosas e passa às instituições de ensino oficiais (controladas/reguladas pelo estatal).

A legitimidade, outrora religiosa das verdades dogmáticas, passa agora por uma suposta purificação: o método racional científico há de constituir aquilo que será positivo, válido, verdadeiro, uma vez que é científico e identificado com a empiria, com o que supostamente é encontrado na realidade e, portanto, inquestionável. Nesse contexto, o ensino do direito positivo restringe-se ao estudo da lei, seus códigos, tratados, diplomas e afins. Se outrora a figura central da verdade e da educação encontrava respaldo no Divino, a partir de então o discurso do científico há de substituí-lo como sustentação dos discursos acadêmicos.

Evidencia-se o “mito da lei”, apresentado como uma suposta superação à Idade Média, contudo, em termos de prática educacional, pedagógica, pouco se afasta da escolástica, tendo em vista que substitui um ídolo ou objeto de fé por outro. Na mesma linha, complementa novamente Paolo Grossi (2007, p. 51-52):

[...] a meta-realidade constituída pelo mito torna-se uma entidade meta-histórica e, o que mais pesa, absolutiza-se, torna-se objeto de crença mais do que de conhecimento. O resultado estrategicamente negativo que provém da secularização pode ser exorcizado unicamente com uma trama mitológica. O iluminismo político-jurídico precisa do mito porque precisa de um absoluto ao qual se agarrar; o mito cobre nobremente a carência de absoluto que foi colocada em prática e preenche um vazio que poderia se tornar arriscadíssimo para a estabilidade da nova estrutura da sociedade civil. As novas ideologias políticas, econômicas e jurídicas finalmente possuem um suporte que garante a sua inalterabilidade.

As transformações epistemológicas são lançadas pela mudança de paradigma com o rompimento da relação Estado, Igreja e poder da lei, extraída da revelação divina, iniciando a sociedade moderna a partir de uma ideia de Estado laico e burocrático, voltado à eficiência e que retira o seu poder da ciência, que inunda, também, o direito enquanto necessidade de legitimação como manifestação da neutralidade que a ciência positivista oferecia.

Nesse contexto, como em outro momento se apontou (LEAL, 2014), inicia-se a trajetória tardia dos cursos de direito no Brasil, com a aprovação/abertura dos dois primeiros cursos de direito, que, não por coincidência, surgem de duas instituições religiosas – Convento São Francisco e Convento São Bento –, que, respectivamente, se tornariam o Largo São Francisco e a famosa Escola de Recife (em Olinda), e que, atualmente, são a Faculdade de São Paulo e a Universidade Federal de Pernambuco.

Esse Brasil era recém-independente formal e politicamente, mas manteria por muito tempo a dependência tanto econômica quanto cultural. No Direito apresenta-se sob a manifesta adesão ao ideário jurídico, que agrega outra característica: a formação jurídica oferecida aos operadores pelas instituições de ensino jurídico – *o formalismo jurídico* –, e, com ele, a submissão e limitação do direito à lei, e a introjeção educacional do funcionamento das suas estruturas e operacionalidades; assim, a educação jurídica, e especialmente a jurídico-penal, cinge-se a manter a máquina (sistema penal) em funcionamento.

No que interesse ao escopo do presente trabalho, para esse primeiro momento buscou-se demonstrar os elementos que marcam o sistema jurídico e, sobretudo, a pedagogia do ensino jurídico, permitindo-se chegar à modernidade do Ensino Superior, observado o cenário social/econômico atual, que tem início no princípio do século 20 com a chamada terceira mudança no paradigma do ensino, e que traz a última marca desse ensino com o *“eficientismo mercadológico”*.

Em outro momento (2014) refere-se à reforma Flexner, ocorrida no princípio do século 20 e que volta e insere o Ensino Superior no mercado de oferecimento de serviços, voltado eminentemente para uma dinâmica concorrencial e eficientista – mais afinado com o tempo que se iniciava, marcadamente liberal –, o que teria um efeito drástico para o Ensino Superior de maneira geral e para a organização social especificamente, na medida em que a busca de acesso ao conhecimento jurídico transforma-se na competição do mais apto – o que, em se tratando de um direito positivo, formalista e simbólico, se trata do que melhor introjeta códigos e os aplica de forma descompromissada e impensada.

A educação, a partir de então, se dá em termos mercadológicos. O ensino do direito dar-se-á pela reprodução mecânica de leis positivas, e o “aprendizado” será verificado por métodos positivos e testes essencialmente objetivos, executados exaustivamente e à mercê do mercado neoliberal de venda de competências e avaliações de custo e benefício.

Encontram-se explicitamente elididas quaisquer formas de crítica do direito sobre o direito e sobre a estrutura social; primeiro pela incapacidade daquele sujeito iniciado em criticar, uma vez que não fora treinado para tal, o que redundava na ausência de um olhar sóbrio sobre as relações sociais e acerca da estrutura social na qual está imerso. Assim, sobre o “mérito” do graduado, repousa o mito da lei e o conjunto de relações desiguais que o assegura.

Nessa medida, a liberdade de mercado, longe de constituir forma de liberdade, amarra e escraviza o ensino do direito à sua perspectiva econômica: obriga o conhecimento a ser bem comercializável, o torna requisito pelo diploma e exclui a importância problematizadora do conhecimento, descaracteriza a crítica e volta-se à objetificação do conhecimento – constituindo-se no que Paulo Freire denomina Educação Bancária –, o que se dá em um duplo sentido: primeiro porque parte do pressuposto pretencioso do educador enquanto detentor do saber científico e da verdade, imbuído do poder do saber do qual é monopolizado pelos doutos; de outro lado, não apontado por Freire, mas que se adequa ao presente caso e contexto, trata-se de ensino bancário, na medida em que esse é voltado à extração de lucro com a formação de mão de obra qualificada, sendo esta mera prestação de serviço contratado e pago para treinar corpos para a realização eficiente de funções várias – dentre elas as jurídicas.

Com essa breve abordagem buscou-se resgatar importantes elementos que confluem com o momento contemporâneo da formação jurídica e que têm um resultando bastante pontual, que resulta na formação do técnico do direito penal enquanto um profissional que aprende e ensina (em um ciclo interminável e vicioso – autorreprodutor) meramente a aplicação das normas e instituições penais, mantendo a lógica herdada de supremacia e redução da problemática do previsto nas leis penais, resgatando o simbolismo da autoridade do jurista, que se constitui em seu poder-*status* social e que lhe permite ou outorga melhor posição como força de trabalho no mercado da competição, que somente tem espaço para os mais aptos e mais preparados a executar comandos, e que se permitem medir seu sucesso quantitativo pela capacidade eficiente de condenações, prisões, apreensões – no quanto esse profissional é eficiente em números.

Esse tema analisa-se adiante, abordando os efeitos e a contribuição desse profissional e desse modelo de ensino para a manutenção da cultura punitiva.

3 OS REFLEXOS DO EFICIENTISMO NA MANUTENÇÃO DA CULTURA PUNITIVA

Nas linhas do eficientismo mercadológico, quanto à configuração do cenário educacional jurídico, desenham-se os traços formativos de operadores jurídicos mecânicos e acríticos, que, na reprodução do mito da lei, corroboram a dogmática do ensino jurídico.

Como um dos efeitos do eficientíssimo mercadológico jurídico-dogmático, evidencia-se uma crise, conforme aponta-nos Alberto Machado (2009, p. 17): “no que se refere especificamente ao ensino jurídico oficial há entre os estudiosos da questão certo consenso no sentido de que o atual modelo se encontra mesmo em crise”. Claro, tal crise evoca a problemática sobre a função do direito, da influência e no extenso jogo de relações que permeia as práticas jurídicas, o controle do corpo, a ordem econômica e a organização social; longe de ser uma questão recente, encontra-se, mais do que nunca, inserida na formação do jurista e nos reflexos desta na sociedade.

Nesse sentido, tratamos da referida crise como um dos efeitos intencionais do eficientismo, no que desrespeita a contribuição da educação jurídica como elemento fundamental constituinte do paradigma punitivista contemporâneo.

Não obstante, esmiuçaremos a referida crise, mitigando o discurso aparente por meio da emersão à superfície crítica dos principais elementos constituintes desse cenário, apontando, principalmente, a contribuição para manutenção do sistema penal.

Destacados, figuram como principais problemas estruturais ao pensamento jurídico e sua formação, bases da dita crise: “(a) o predomínio autoritário do paradigma normativista da ciência jurídica; (b) a insuficiência da metodologia lógico-formal; (c) o visível esgotamento de seu paradigma político, o liberalismo” (MACHADO, 2009, p. 16).

No que concerne ao paradigma normativista (a), observa-se a construção do direito brasileiro indiscutivelmente erigido sobre a égide positivista de influência kelseniana, pela primazia da mera execução automática da norma escrita. Para Kelsen, segundo assevera-nos Alberto Machado (2009, p. 116):

O conhecimento jurídico se resume, por completo, no conhecimento da positividade operada pela norma escrita, ou pelo conjunto normativo. E em parte na crença de que somente o conhecimento das normas documentadas historicamente pelos diplomas legais (constituições, leis, decretos, decisões, etc.) – empiricamente verificáveis – é que poderia configurar um conhecimento rigorosamente e objetivamente científico.

Por positivo, devemos entender a oposição do direito positivo ao direito natural, sendo aquele o estilo do direito conforme a lei escrita. Logo, com o elemento do positivo, temos a figura da lei como verdade pelo fato que, se assim o diz, assim o é; o que diretamente atinge e coloca em xeque qualquer perspectiva do direito como viés de mudança.

O ensino do direito eminentemente kelseniano corrobora a manutenção do sistema penal, dicotomizando a sociedade entre aqueles que se adequam às normas predeterminadas, *os bons*, e os dissidentes, *os maus*.

O método pedagógico, que se dá nas universidades, da simples reprodução da lei – sem o mínimo processo reflexivo –, assegura a continuidade do *status quo* nas sociedades, assim como a divisão dual entre os indivíduos. Ignora-se, assim, toda a densa história de luta pela verdade, pelo poder e pelo direito que irá, inclusive, fundar e dizer o que é direito; esse, dito por alguém, certamente com alguma intenção.

O referido direito acrítico, a silente omissão da reflexão crítica, na sua prática, constitui o método de ensino que, “(...) é talvez o fator preponderante pelo qual o ensino do direito no Brasil mergulhou definitivamente num abstratismo estéril, capaz de formar bacharéis versados em formalidades legais e inteiramente alheios aos problemas políticos” (MACHADO, 2009, p. 49).

Nessa conjuntura, (b) a insuficiência da metodologia lógico-formal do método do ensino jurídico, ou melhor, a exposição e a compreensão dos conteúdos por parte do estudante, tornam o conhecimento das normas jurídicas indubitavelmente mais quantitativo que qualitativo.

Gaston Bachelard (2005), ao descrever os obstáculos à formação do espírito científico, alerta-nos quanto aos riscos desses dois tipos de conhecimento, mas quanto ao primeiro, expõe-nos que a quantificação irresponsável, mal pensada – apenas reproduzida – conduz à ideia de determinações recíprocas.

Todas as variáveis características de um fenômeno estão, ao seu ver, em interação, e o fenômeno é considerado como igualmente sensibilizado em todas as suas variações. Ora, mesmo se as variáveis estão inter-relacionadas, sua sensibilidade não é recíproca. Cada pesquisa tem de ser um caso em espécie (BACHELARD, 2005, p. 268).

Tal incapacidade de considerar a relação da lei com o mundo, esse como mundo corpóreo com a existência de múltiplos fenômenos, leva a uma espécie de determinação recíproca entre a lei e a verdade, reduzindo toda uma conjuntura social, todo fenômeno jurídico-social, ao mero momento da aplicação cega da lei. E por cega, não temos indiscriminada ou impensada, mas, sim, uma prática que preconiza a aplicação de leis a determinados indivíduos enquanto escapam intencionalmente ao olhar da justiça, aqueles a quem convém o funcionamento do sistema penal.

Como elemento de continuidade, a prática educacional jurídica, além de seu conteúdo extremamente limitado ter exposição de leis mecanicamente aplicadas à realidade, enfrenta obstáculos atinentes à própria prática pedagógica: do sujeito aluno e das instituições formais de educação jurídica, principalmente as faculdades.

Esses elementos estão eminentemente ligados, compõem um campo de enunciados e reiteram um discurso sobre a educação, sobre a lei, sobre o direito, a verdade, enfim, numa acepção eminentemente foucaultiana¹ do que chamaríamos de discurso contemporâneo da educação jurídica, figurando o aluno e a universidade como enunciados desse discurso, o que, posteriormente, dará aporte ao discurso ideário da defesa social.

Não obstante, partiremos duma visão de um grande pensador brasileiro – Paulo Freire (1921-1997) – para analisarmos os limites da educação liberal (c), cuja prática mercadológica transforma também em mercado a aplicação do direito e a condenação de indivíduos signo de eficiência.

A partir dele, imersos na prática pedagógica, observaremos o estudo das relações educador-educando (professor-aluno):

(...) nos podemos convencer de que essas relações apresentam um caráter especial e marcante – o de serem relações fundamentalmente narradoras, dissertadoras. Narração de conteúdos que, por isso mesmo, tendem a petrificar-se ou a fazer-se algo quase morto, sejam valores ou dimensões concretas da realidade. Narração ou dissertação que implica um sujeito – o narrador – e objetos pacientes, ouvintes – os educandos (FREIRE, 1997, p. 57).

Freire (1997, p. 57) dirá, em seguida, que esse ato de “falar da realidade como algo parado” constituirá um dos principais obstáculos da educação. Ora, falar “parado” reforça a passividade do aluno e não dá a ele outra posição se não de espectador, além disso, passa um aspecto de naturalidade – afinal é a obrigação –, condição sem a qual se pode continuar a “assimilar”, ou melhor, executar, conforme desejam os testes, os conteúdos referidos, de modo que se torna verdade estática.

Volvendo nosso olhar para o mundo jurídico, enquanto as leis permanecerem como verdades estáticas, ignorando as desigualdades e os velozes fenômenos modernos, permaneceremos em um direito não crítico em que se perde no horizonte qualquer perspectiva de mudança social, que, pela prática do ensino, tem como característica a “sonoridade da palavra e não a sua força transformadora” (FREIRE, 1997, p. 57).

Aqui, a função do sujeito educando é a “memorização do conteúdo mecânico”, em que “quanto mais deixem docilmente encher (de conteúdo) melhores educandos serão.” (FREIRE, 1997, p. 58).

¹ Para Foucault (2006), diversos enunciados podem compor um discurso, esses, embora objetem o mesmo tema, podem não constituir o mesmo objeto. Aqui, referimo-nos a esses elementos – do aluno e da universidade – como componentes do discurso da educação jurídica contemporânea.

A alienação, decorrente do processo que Freire chama de “Educação bancária”, opõe-se diretamente àquilo que propõe ser o Ensino Superior, ao marcar como prática das universidades a “capacidade de transmissão do conhecimento numa perspectiva elevada e profunda, de tal maneira que se possa conhecer e ensinar os diversos aspectos da realidade, todas suas manifestações, causas, efeitos e contingência (...)” (MACHADO, 2009, p. 64).

Quando a educação torna-se mercadológica, num espaço neoliberalista, o aluno é objeto a ser preparado em termos de eficiência, de resultado e de aplicação das leis aprendidas. As universidades tornam-se submissas ao funcionamento do mundo jurídico, assim como são uma das principais responsáveis pela manutenção do sistema penal, pois formam o aluno para a execução da lei, aluno esse recipiente de conhecimento a ser introjetado e assimilado como verdade.

Nesse sentido, o desenrolar da operacionalidade desse agente jurídico, desemboca num dos principais elementos relativos à formação da estrutura penal vigente, de matriz dogmático-positivista. Quanto a isso, Vera Andrade (2003) aponta-nos a construção dessa dogmática e do moderno saber sociopenal como preconizadora do tecnicismo instrumental, numa tentativa de (re)validar o sistema penal brasileiro, adaptando-se às críticas da criminologia e aportando-se no discurso pseudo humanista (liberal) e na posição garantidora dos direitos humanos, num discurso que “racionaliza” as operações e os processos jurídicos pelo instrumentalismo técnico e neutro, quando, na verdade, repagina a promessa da segurança jurídica.

À medida que a crise do ensino jurídico se vincula ao eficientismo, esse último provê a manutenção do direito penal assentado, principalmente, no discurso do ideário da defesa social.

Buscamos, até aqui, clarificar ao leitor a noção de “crise do direito” e os efeitos retroalimentados do eficientismo, que visam a manutenção do sistema penal.

A partir das análises feitas, observa-se com atenção como a crise do direito e o eficientismo mercadológico dialogam com o real funcionamento e intencionalidade do sistema penal – a metaprogramação –, tendo por base esse e outros conceitos-chave acertados pela professora Vera Regina Andrade (2003), assim como outros conceitos da criminologia.

Primeiramente, é necessário retomar alguns elementos que fundamentam a pena: a prevenção geral e a especial. Essa fundamentação – assimilada e introjetada pelo processo de ensino jurídico – reside no discurso falacioso que pretende reduzir a criminalidade pela criação e aplicação da lei penal, no sentido de inibir possíveis novos delitos.

Vera Regina Andrade (2003) aponta, contudo, que a real função dessa teoria consiste na segregação de indivíduos, pela qualificação das ações em delituosas e permitidas, assim como a sua aplicabilidade num âmbito penal. No processo formativo do operador jurídico, a função da educação tem sido constituir os juristas enquanto *bem*, diferentes daqueles em que incide a lei penal, *os maus*.

O ponto nevrálgico encontra-se no significado da *criminalidade*. Será legítima a sociedade que pela legalidade repreender o crime, e serão seus cidadãos constituintes do bem diante do mal criminoso, quase tornando transparentes os dois termos, trespassando-os aos moldes da reciprocidade que se refere a Bachelard na imprudência que positiva o erro.

Nesse sentido, opera-se a construção daquilo que Alessandro Baratta (2011, p. 41) considera “*nó teórico e político fundamental do sistema científico*”, da chamada ideologia da defesa social, em que a sociedade do bem precisa ser defendida pela aplicação da lei aos maus.

Esse é o ponto comum nas análises de diversas escolas jurídicas no que se refere à relação entre o homem e a sociedade e a sua predominância ideológica dentro do setor penal (BARATTA, 2011, p. 41). A defesa da sociedade pela aplicação da lei, leva à popularização e à legitimação do punitivismo, tendo respaldo, inclusive, de grande parte da população.

A educação bancária e acrítica dos juristas brasileiros alimenta e torna verdade para os operadores jurídicos a ideologia da defesa social, à medida que qualifica os graduados como detentores de uma verdade, mas uma verdade cujo olhar crítico não convém aplicar-se, pois isso evidenciaria as funções ocultas do sistema penal em oposição ao discurso das funções declaradas.

Suas premissas (do sistema penal) são fulcrais para entendermos a relação entre a legalidade do sistema penal, a influência de um regime econômico nas legislações, a constituição de princípios que legitimariam a punição de maus em oposição aos bons, e, enfim, de certo modo, a coesão social como condição para a prática de governabilidade.

Entende-se que a contribuição do ensino jurídico para a cultura punitiva e para a manutenção desse cenário, dá-se, principalmente, pela incapacidade de reconhecer no discurso do sistema penal sua real função, e permite assegurar a validade, mormente, de dois elementos do ideário da defesa social, conforme assevera Alessandro Baratta (2011, p. 42):

a) Princípio da legitimidade: o Estado, como expressão da sociedade, está legitimado para reprimir a criminalidade, da qual são responsáveis determinados indivíduos, por meio de instâncias oficiais de controle social (legislação, polícia, magistratura, instituições penitenciárias). Estas interpretam a legítima reação da sociedade, ou da grande maioria dela, dirigida à reprovação e condenação do comportamento desviante e a reafirmação dos valores e as normas sociais.

b) Princípio do bem e do mal. O delito é um dano para a sociedade. O delinquente é um elemento negativo disfuncional do sistema. O desvio criminal é, pois, o mal; a sociedade constituída, o bem.

Dito isso, pode-se, enfim, levantar uma questão fundamental: a ausência de pensamento crítico-reflexivo dentro dos cursos de direito, que levanta a intencionalidade dessa omissão; omissão intencional para que a figura do crime não seja colocada em questão, pois isso evidenciaria a série de aparentes paradoxos e contradições do sistema penal no Brasil.

Mais que omissão intencional, a prática pedagógica busca tornar os seus operadores jurídicos reprodutores da distinção do bem e do mal pelo crime, pelo crime que não é pensado, que não é questionado ou até mesmo observado no que diz respeito a seus efeitos, pois isso revelaria a incongruência.

Disso, encontramos elementos que explicam em partes a resistência à criminologia pelos estudantes de direito, ou melhor, da sua posição secundária, “marginal, sem estofado de cientificidade”, visto seu caráter “Alternativo” ao direito hegemônico difundido pelas instituições de ensino.

Quanto às perspectivas de um ensino jurídico no Brasil mais real, crítico e próximo às realidades, é necessária uma mudança das práticas pedagógicas que reforcem e alimentem uma visão monocromática do direito; é preciso interrogar o direito sobre o que o constitui, o que é o crime, como atuam seus operadores, tendo ciência do direito como instrumento de poder e das relações que o envolvem.

Um pensamento jurídico crítico pressupõe repensar a maneira de transmissão do saber jurídico, que dialogue com a realidade e com um conhecimento de mundo, pois aquele implica um pensar crítico e essa deve ser sujeita de uma “ação educativa e política (que) não pode prescindir do conhecimento crítico dessa situação (da realidade), sob pena de se fazer bancária ou pregar no deserto” (FREIRE, 1997, p. 87).

Para que as universidades superem sua crise institucional, manifesta “pelo carreirismo, a erudição elitista, (...) o descompasso entre os objetivos da universidade e as aspirações da sociedade” (MACHADO, 2009, p. 67), é condição essencial a reformulação de seus conteúdos e práticas, para, assim, “ampliar o foco do direito na direção das manifestações jurígenas até então consideradas a margem do conhecimento científico, para além, portanto, do universo formal da dogmática jurídica”(MACHADO, 2009, p. 50).

4 CONCLUSÃO

Destarte, compreende-se o devir do ensino jurídico como um dos principais elementos para a manutenção da violência, da punição e das estruturas que a asseguram. Devir esse sustentado pelo próprio funcionamento da educação hodierna, marcada pela influência do mercado neoliberal e com seus efeitos apontando para o eficientismo.

Tal configuração da educação, mais especificamente do ensino jurídico, no que se refere às práticas pedagógicas que propalam um discurso de veracidade baseado no mito da lei, na suposta neutralidade científica, mas que, em verdade, constituem a reprodução impensada das leis no mecanicismo do processo de aprendizado, culmina na formação de operadores jurídicos acrílicos, incapazes, por excelência, de incidir sobre o direito, a lei e a verdade, e qualquer processo reflexivo, crítico e/ou transformador da realidade.

Este cenário estático do aprendizado no direito, na relação de verdade absoluta introjetada pelo professor e assimilada sem questionamentos pelo aluno, traz à tona uma divisão entre o que está conforme a lei e o que está fora da lei, vinculada a condutas tipificadas e qualificadas como bem e mal. Ainda, a ausência da crítica dentro do ensino jurídico reforça essa divisão e torna difícil colocar em questão o real cenário da violência e questionar quem (ou o que) é bom ou mal.

A incapacidade crítica do ensino assegura a continuidade das funções declaradas do sistema penal, principalmente quando mascara as reais (e ocultas) funções sob o discurso de uma “crise no direito”, passível de “reforma” que, em verdade, dará outros nomes as mesmas práticas, relegando, assim, a criminologia e as correntes de pensamento não hegemônicas, numa posição secundária, com um caráter não científico e ideológico.

Nesse sentido, enquanto a suposta crise do direito, que nada revela se não a ineficácia do atual sistema penal e do aporte à violência dos meios de controle social, perdurar enviando o olhar sobre a realidade e impedindo uma mudança no ensino jurídico, continuarão outras correntes de pensamentos sendo apenas resistência.

5 REFERÊNCIAS

- ALMEIDA FILHO, N. Universidade Nova no Brasil. In: SANTOS, B. de S.; ALMEIDA FILHO, N. *A universidade no século XXI: para uma universidade nova*. Coimbra: Almedina, 2008. p. 79-184.
- ANDRADE, Vera Regina Pereira. *A ilusão da segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- BACHELARD, Gaston. *A formação do espírito científico*. São Paulo: Contraponto, 2005.
- BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do Direito Penal*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos; Instituto Carioca de Criminologia, 2011.
- FOUCAULT, Michel. *A arqueologia do Saber*. São Paulo: Forense Universitária, 2006.
- FREIRE, Paulo. *Pedagogia do oprimido*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997.
- GROSSI, P. *Mitologias jurídicas da modernidade*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007.
- GROSSI, P. *O Direito entre poder e ordenamento*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.
- LEAL, J. S. A funcional crise do ensino jurídico de matriz liberal: do escolasticismo ao efficientismo – o doutrinamento da criminologia. *Revista Germinal: Marxismo e Educação em Debate*, Salvador, v. 6, n. 1, p. 237-256, jun. 2014.
- MACHADO, A. A. *Ensino jurídico e mudança social*. São Paulo: Expressão Popular, 2009.
- RIBEIRO, D. *A universidade necessária*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.
- RODRIGUES, H. W. *Ensino jurídico: saber e poder*. São Paulo: Editora Acadêmica, 1988.
- WOLKMER, A. C. *História do Direito no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- WOLKMER, A. C. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. São Paulo: Saraiva, 2012.

<http://dx.doi.org/10.21527/2317-5389.2020.15.217-235>

A Eterna Luta Contra a Sombra da Tortura e dos Crimes Políticos Sofridos, em Defesa da Dignidade Humana

Leticia Facci Castro

Graduação em Direito pela Unicesumar – Centro Universitário de Maringá/PR. Pós-Graduação em Direito Notarial e Registral pela LFG (Luiz Flávio Gomes). Pós-Graduação em Direito Público pela Damásio Educacional. Mestrado em Direitos da Personalidade pela Unicesumar. Advogada regularmente inscrita na OAB-PR 86.511.
<http://lattes.cnpq.br/5176002759615419>. <https://orcid.org/0000-0003-4950-7833>. leticiafaccidecastro@hotmail.com

Cleide Aparecida Gomes Fermentão

Doutorado em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná – UFPR (2004). Pós-Doutorado em Hermenêutica Jurídica pela Universidade Vale dos Sinos (Unisinos-RS). Mestrado em Direito Civil pela Universidade Estadual de Maringá-PR (UEM, 2001). Graduação em Direito pela Universidade Estadual de Maringá (1977). Professora titular da Graduação e do Programa de Mestrado e Doutorado da Unicesumar – Centro Universitário de Maringá. Membro do Instituto dos Advogados do Paraná (IAP) e do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM). Pesquisadora do Icteti. Advogada. <http://lattes.cnpq.br/4532145888110686>. <https://orcid.org/0000-0002-7121-5565>.
cleidefermentao@gmail.com

RESUMO

A tortura é uma forma degradante de violação aos direitos humanos e da dignidade humana, com prisões e condenações sumárias sem o direito ao contraditório, prisões ilegais, torturas, mortes e pessoas desaparecidas por crimes políticos e conexos. A Lei da Anistia consistiu em uma espécie de perdão a todos aqueles que cometeram crimes considerados pelo Estado como atentatórios à dignidade da pessoa humana, no período de 1961 a 1979, fazendo com que as violações aos direitos humanos ocorridas na época, ficassem sem punição por parte do Estado, a partir do momento em que a lei passou a vigorar no ordenamento pátrio, em 1979. Mesmo diante de uma ADPF questionando a revalidação da lei 6.683/79, e a condenação do Estado brasileiro por parte da Corte Interamericana, a lei não foi retirada do ordenamento, com seus efeitos repercutindo até os dias atuais. É preciso analisar quais normas, convenções e declarações internacionais foram infringidas com a tortura no período ditatorial e quais os efeitos nocivos à vida humana. Danos físicos, morais, psíquicos e mentais foram causados às vítimas em um período de escuridão nos direitos, quando o poder massacrava aqueles que se colocaram contrários ao mesmo, e as torturas foram aplicadas, criando a desesperança, a perda da liberdade, da vida e da dignidade.

Palavras-chave: Tortura. Anistia. Tratados Internacionais. Direitos constitucionais. Dignidade humana.

THE ETERNAL FIGHT AGAINST THE SHADOW OF TORTURE AND CRIME SUFFERED POLITICIANS IN DEFENSE OF HUMAN DIGNITY

ABSTRACT

From the moment in which a State demonstrates interest in participating in an International Agreement, it is extremely important to demonstrate it, and, under the International Law, carry out the process to actually internalize the International document. After ratification, according to the 1969 Vienna Convention, there is no need to talk about refusing in an agreement compliance, under the international mismatch justification with the system, since the International Law overlaps the internal order. In 1984, there was a celebration by the UN Convention against torture and other cruel, inhuman or degrading treatment as a way of protecting all those who passed through this kind of situation. Nevertheless, in Brazil, the Law nº 6683/79 gave amnesty to all those who had committed political crimes and related to them, within the time stipulated by it. The purpose of this research refers to the accession agreement clarification by State will manifestation, and its non full compliance by the Judicial System, since there are regulatory dictates that do not match the ratified Convention and its consequent International accountability. The proposed methodology for it will be through bibliographical and documentary research, using the dialectical method, promoting a distinction between stages of an agreement and its concrete application, with the objective of better analyzing the issue.

Keywords: Torture. Amnesty. International Agreement. State Responsibility. Dictatorship. Impunity.

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 Do período das nuvens escuras no Brasil: a tortura e os crimes políticos. 3 Tortura e crimes políticos: uma realidade acobertada pela anistia. 4 A postura internacional e a comissão contra a tortura. 4.1 Tratados internacionais: a recepção voluntária, a sua necessária vinculação depois que são ratificados e o controle internacional. 4.2 A incompatibilidade da convenção internacional com a Lei da Anistia. 5 Arguição de descumprimento de preceito fundamental 153. 5.1 Caso Gomes Lund – o Reconhecimento da Responsabilidade Brasileira e a Falta de Adequação das Decisões com a Convenção Internacional Ratificada. 7 A anistia na jurisprudência atual. 8 Conclusão. 9 Referências.

Recebido em: 21/6/2018

Aceito em: 7/4/2020

1 INTRODUÇÃO

Desde os mais remotos tempos, a tortura destacou-se como uma das formas degradantes de violação aos direitos humanos e à dignidade humana. Ao término da Segunda Guerra Mundial, a humanidade ficou estarrecida pela crueldade sofrida nos campos de concentração e as crueldades gerais praticadas, levando os países a criar a ONU. Em 1948 foi estabelecida a Declaração Universal dos Direitos Humanos, com a proteção à dignidade humana.

O Brasil viveu um longo período de ditadura militar, quando os direitos à proteção à dignidade humana foram afrontados com prisões e condenações sumárias, sem o direito ao contraditório, prisões ilegais, torturas, mortes e pessoas desaparecidas por crimes políticos e conexos, em total confronto ao respeito e proteção à dignidade humana, mesmo estando em esfera internacional tal direito protegido pela Declaração Universal dos Direitos Humanos.

A Lei 6.683/79 concedeu a anistia a todos quantos, no período compreendido entre 2 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexos com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, de fundações vinculadas ao poder público, aos servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares.

Diversos episódios de tortura tornaram-se incontroversos na história, e, em consideração a isto, a primeira Convenção específica da ONU – Assembleia Geral das Nações Unidas –, em sua XL Sessão, realizada em Nova York, posicionou-se, em data de 10 de dezembro de 1984, contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes. No direito pátrio, o Decreto Legislativo n. 4, de 23 de maio de 1989, aprovou a mencionada convenção. O Decreto n. 40, de 15 de fevereiro de 1991, promulgou a convenção contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos e degradantes. A Lei 9.455/97 estabeleceu o crime de tortura e as penas a serem aplicadas, verdadeira luz para um calabouço de dor e medo.

As nuvens escuras da ditadura e da tortura no Brasil por crimes políticos sempre estiveram à espreita, nunca totalmente dissipadas, diante de gritos desconexos e de pessoas com vendas nos olhos que tentam reviver tal período negro da história. Assim, diante do atual contexto social e histórico, é necessário fazer uma análise crítica de tal período vivido, quando os direitos humanos foram aviltados e o Estado brasileiro, somente com a Constituição Federal promulgada em 1988, consagrou o Princípio da Defesa da Dignidade Humana. A Lei da tortura, 9.455/97, consagrou a defesa da dignidade humana, ao estabelecer a tortura como crime e estabelecendo as penas aos praticantes de tal crime.

2 DO PERÍODO DAS NUUVENS ESCURAS NO BRASIL: A Tortura e os Crimes Políticos

Dentro do contexto brasileiro à época, a anistia consistiu em uma espécie de perdão a todos aqueles que cometeram crimes políticos e conexos durante o período de 2 de setembro de 1961 a 15 de agosto de 1979. Apenas os que já haviam sido condenados pelos crimes cometidos (como a prática de terrorismo, assalto, sequestro e atentado pessoal) ficaram de fora da lei. A anistia para o direito pátrio e os atos que a validaram, foram recepcionados por diversos estados latino-americanos, cada qual à sua maneira, em momentos em que os países

se encontravam em transições democráticas.¹ Nestes, é possível uma percepção, por meio das decisões proferidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos,² que a anistia se tornou uma maneira de inércia diante da responsabilização por parte do Estado, dos violadores de direitos, bem como da dignidade da pessoa humana. A anistia, ao mesmo compasso que perdoava por um determinado período aqueles que praticaram os crimes políticos e conexos, deixava de condenar aqueles que praticavam a tortura.

Toda a América Latina vivia um período conturbado em razão de governos ditadores. O Brasil, no período compreendido entre 1964 e 1985, enfrentou um regime militar de extremo desrespeito e violação a todos os direitos inerentes à pessoa humana. Violações estas que passaram desde a vedação à liberdade na imprensa, a desaparecimentos forçados e tortura. O ano de 1968 foi um período conhecido como “anos de chumbo”, em que as repressões, bem como as violações dos direitos humanos, chegaram ao seu mais alto grau, sob a vigência do AI-5 (Ato Institucional n. 5 da Presidência da República), que suspendeu diversas garantias constitucionais. Naquele momento, tornou-se comum o desaparecimento de todos aqueles que eram contrários ao regime militar que governava o país.

Conforme registros da Comissão Especial Sobre Mortos e Desaparecidos Políticos,

é certo que nos três primeiros anos de Geisel, os interrogatórios mediante tortura e a eliminação física dos opositores políticos continuaram sendo rotina. O desaparecimento de presos políticos, que antes era apenas uma parcela das mortes ocorridas, torna-se regra predominante para que não ficasse estampada a contradição entre discurso de abertura e a repetição sistemática das velhas notas oficiais simulando atropelamentos, tentativas de fuga e falsos suicídios.³

Com uma população descontente surgiram movimentos pelo país, nos quais esta se rebelou contra a ditadura imposta, contra a tortura, a falta de liberdade de expressão, o direito ao contraditório e demais direitos. Tais movimentos eram perseguidos. A luta era contra o regime militar. O caso mais conhecido, entre estes, foi a intitulado “Guerrilha do Araguaia”, que resultou no desaparecimento forçado, detenção arbitrária e tortura de mais de 70 pessoas. Os integrantes do partido PC do B (Partido Comunista do Brasil) eram perseguidos e torturados. Sobre o caso, a Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos, traz:

No final de 1973, último ano de Médici, já estava evidente o esgotamento do chamado “Milagre Brasileiro”, ciclo de cinco anos com forte crescimento do PIB, e os grupos militares de origem castelista conseguiram recuperar força, impondo Ernesto Geisel como próximo presidente. No momento de sua posse, em março de 1974, os órgãos de repressão já tinham logrado êxito no combate aos grupos de guerrilha urbana e desenvolviam a última campanha militar de aniquilamento contra os militantes do PCdoB no Araguaia.⁴

¹ MAZZUOLI, 2014, p. 267.

² Por exemplo, nos casos *Barrios Altos vs. Peru*, *Almonacid Arellano e outros vs. Chile* (2006) e *Gomes Lund e outros vs. Brasil* (2010).

³ Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2007, p. 33.

⁴ Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2007, p. 33.

A oposição ao governo mobilizava-se para que fosse aprovada a anistia “ampla, geral e irrestrita”, e concedido a todos aqueles considerados presos políticos, exilados e cassados, o perdão de tais atos, considerados, até então, conduta contra o Estado. Durante o governo sucessor de João Figueiredo, no ano de 1979, foi concedida anistia a todos aqueles que estavam envolvidos em crimes políticos e conexos a este, no período estipulado pelo mesmo. Esta, em sua interpretação literal, deu a absolvição a todos os agentes que cometeram violações aos direitos humanos, presos e exilados políticos.⁵ Trata-se de uma espécie de autoanistia do próprio regime, de modo que não existisse uma perseguição nas violações que ocorreram em todo o território.

O artigo primeiro da Lei nº 6.683/79 assim explicava:

Art. 1º É concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexos com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, de fundações vinculadas ao poder público, aos Servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos Militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares (vetado).

§ 1º – Consideram-se conexos, para efeito deste artigo, os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política.

§ 2º – Excetuam-se dos benefícios da anistia os que foram condenados pela prática de crimes de terrorismo, assalto, seqüestro e atentado pessoal.

§ 3º – Terá direito à reversão ao Serviço Público a esposa do militar demitido por Ato Institucional, que foi obrigada a pedir exoneração do respectivo cargo, para poder habilitar-se ao montepio militar, obedecidas as exigências do art. 3º.⁶

Aqueles que já se encontravam condenados no momento da criação da mencionada lei, não foram abrangidos pela anistia.⁷ Quantas pessoas já haviam sofrido as consequências de discordar dos atos praticados pelo Estado? Quantas estavam enterradas em valas sem qualquer identificação após terem sofrido torturas por não concordarem com a ditadura militar? Evidentemente que estes foram amordaçados em seus direitos humanos, sofrendo pela ausência de liberdade de expressão, e sua vida e dignidade foram feridas.

3 TORTURA E CRIMES POLÍTICOS: Uma Realidade Acobertada Pela Anistia

A tortura e os crimes políticos são objetos de exaustiva discussão acadêmica e são os principais temas abordados pela Lei da Anistia. Crimes políticos, de acordo com Cretella Júnior, são “todos aqueles que lesam, ou colocam na iminência de lesão, a soberania, integridade, a estrutura constitucional ou o regime político do Brasil”.⁸ A partir de 1964 o poder do Estado e a sua soberania eram afetados por qualquer ato ou fala que fosse contrário ao mesmo. Todos os atos, por serem proibidos por lei, eram considerados atos de lesão e terrorismo ao Estado. Para apurar tais condutas, eram praticadas a tortura e as prisões ilegais, sem ordem

⁵ Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2007, p. 33.

⁶ Lei nº 6.683, de 28 de agosto de 1979.

⁷ CASTILHO, 2012, p. 229.

⁸ DIMOULIS, 2007. p. 95/99.

judicial, com torturas cruéis e desumanas. A tortura teve a sua definição com a Convenção Internacional Contra a Tortura e Outras Penas ou Tratamentos Cruéis, Desumanos e Degradantes, de 1984, em seu artigo 1., alínea 1:

o termo tortura designa qualquer ato pelo qual dores ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são infligidos intencionalmente a uma pessoa a fim de obter, dela ou de uma terceira pessoa, informações ou confissões; de castigá-la por ato que ela ou uma terceira pessoa tenha cometido, ou seja, suspeita de ter cometido; de intimidar ou coagir esta pessoa ou outras pessoas; ou por qualquer motivo baseado em discriminação de qualquer natureza, quando tais dores ou sofrimentos são infligidos por um funcionário público ou outra pessoa no exercício de funções públicas, ou por sua instigação, ou com o seu consentimento ou aquiescência.

A tortura está relacionada à dor física e mental do torturado, com o objetivo de obter informações ou confissões. Para o castigo por atos do torturado ou de terceiros, bastava a suspeita por tal cometimento. A intimidação era por meio de coação física e moral, afogamentos, castigos com choques elétricos em partes íntimas, espancamentos e utilização do temido “pau de arara”, no qual a pessoa tinha amarrados as mãos e os pés, posição que a deixava totalmente vulnerável a estupros e violências de todas as formas.

Após 28 anos da publicação da Lei da Anistia, foi realizado o relatório final da Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos, que buscava trazer luz ao período de sombras e mordidas, e conseguir as informações sobre as violações aos direitos humanos ocorridas no ciclo ditatorial. Este somente foi possível em razão de um projeto que transformou em lei a comissão especial, de modo que fosse buscada uma reparação indenizatória aos sobreviventes e familiares, com a localização de restos mortais, valendo-se da tecnologia (exames de DNA), o que possibilitou encontrar enterrados em valas comuns e sem qualquer identificação, pessoas até então consideradas desaparecidas.

Muitos torturados sobreviveram aos castigos, outros conseguiram manter-se calados mesmo diante das torturas cruéis; outros, em razão das torturas, sofreram danos mentais irreversíveis, perda da memória e do discernimento e problemas psicológicos, frutos da violação aos direitos humanos sofridos. Estes, de início tiveram uma grande resistência quanto a sua investigação, uma vez que, de imediato, os envolvidos e familiares possuíam apenas versões contadas, sem qualquer tipo de prova documental comprobatória, contando, ainda, com a ameaça de novas violações, caso os fatos fossem revelados. Ao todo, passaram-se 35 anos de tentativas frustradas, que chegaram a um maior avanço apenas quando o Brasil reconheceu a sua responsabilidade. Dificuldade essa que se iniciou na Lei da Anistia, conforme os dizeres da comissão:

A legítima pressão exercida por militantes dos Direitos Humanos, ex-presos políticos, exilados, cassados e familiares de mortos e desaparecidos a favor da Anistia e do direito à verdade adquiriu vigor em meados da década de 1970, até resultar na conquista da Lei nº 6.683, de 28 de agosto de 1979, conhecida como Lei da Anistia.

Até os dias atuais a Lei 6.683, de 1979, gera controvérsias em sua interpretação ao absolver todas as violações de direitos humanos. O próprio artigo 1º abriu uma margem de interpretação imensa, quando abrangeu também os crimes conexos aos políticos.

O sistema à época criou formas de prisão e maneiras de manter as pessoas presas, chamados de presos políticos. Muitas pessoas que foram retiradas à força de seus domicílios, diante da dor e do sofrimento de suas famílias, sem ordem judicial, foram presas em lugares ermos, desconhecidos, e jamais voltaram. Pesquisa realizada constatou processos políticos que tramitaram perante a justiça militar, com relatos das repressões e torturas que ocorreram pelo Brasil no período de 1964 a 1979. Diante de tais pesquisas e relatos é possível ter-se uma ideia de fato do que foi o período de repressão vivido no país, e as diversas maneiras em que violações aos direitos humanos ocorreram. Todos esses crimes foram acobertados pela Lei da Anistia.

Maria do Carmo Souza relata a prisão sofrida por cinco homens que invadiram a residência de seus pais onde se encontrava; ela foi encapuzada e conduzida para o II Exército, tendo sido dito à mesma que naquele lugar teria falecido Vladimir Herzog:

.... que, tão logo lá chegou, foi despida, amarraram-lhe panos molhados num dos braços e num dos tornozelos; que depois de receber um balde d'água que lhe foi atirado, passou a sofrer choques elétricos, querendo os torturadores com isso que a interrogada se incriminasse, admitindo sua participação numa organização política; que, nos três dias em que lá ficou, sofreu torturas psicológicas, foi espancada (...) que, com o capuz um pouco levantado, durante a viagem para o Rio, conseguiu identificar que foi conduzida para o DOI-CODI, onde passou pelas mesmas sevícias e vexames.(...)⁹

A Lei da Anistia fechou as portas para a investigação do comportamento do Estado nos casos de tortura e castigos cruéis. A Lei da Anistia era um apagar da história a crueldade praticada, sem remorsos, sem qualquer responsabilidade por tais atitudes, que feriu o direito à vida, à liberdade, à dignidade humana. O direito à investigação por atos cruéis ficou calado, gerando uma mancha no direito.

4 A POSTURA INTERNACIONAL E A COMISSÃO CONTRA A TORTURA

As violações aos direitos humanos ocorreram ao redor de todo o mundo desde os tempos mais remotos. Pode-se afirmar que a tortura é uma das formas mais repugnantes e degradantes a que a pessoa humana é sujeita, por atos do Estado, para uma confissão de crime supostamente cometido. A tortura possui um efeito negativo nas vítimas, uma destruição moral, emocional, psíquica, quando sobrevivem à mesma. Diante de tais comportamentos, a ONU discutiu o tema em sua primeira Convenção internacional, em busca de uma forma de proteção aos direitos humanos e à própria dignidade do ser.

No ano de 1984 foi celebrada pela ONU a Convenção contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes, fazendo com que todos aqueles que passavam ou passam por qualquer tipo de danos para a sua dignidade, recebessem uma atenção especial no quesito proteção, e punibilidade ao agente ativo. Ainda, foi criado o Comitê contra a Tortura, para investigar qualquer denúncia ou iminência desta. O texto da Convenção

⁹ ARNS, 2001, p. 86-87.

foi dividido em partes, de maneira que os sujeitos ativos e passivos sejam identificados, bem como delimitados os procedimentos a serem realizados após a sua adesão, a formação de um comitê e o seu funcionamento, e, por fim, a adesão dos Estados à Convenção.

Tal convenção destaca a possibilidade de responsabilização do Estado em razão dos atos realizados pelos funcionários públicos, mesmo que diante de ordens superiores. Ao todo foram 24 artigos que a compuseram, e não mais fizeram do que esclarecer todo e qualquer procedimento que deverá ser tomado em casos de tortura ou tratamentos degradantes. Ainda ressaltou que não existem possibilidades de justificativas em situações como esta, até mesmo em casos de guerra – conforme o artigo 5º da mesma.¹⁰ É importante ressaltar que, como forma de manter o tratamento igualitário no procedimento, assim como todos os direitos pessoais e intransferíveis da pessoa humana, as garantias processuais do suposto autor do delito em questão não foram retiradas pela Convenção; assim, todos os princípios constitucionais e protetores da dignidade humana devem ser respeitados. A jurisdição interna dos países não foi excluída.

Como exemplo dessa continuidade dos princípios internos compatíveis com a Convenção, conforme o artigo 13, os delitos ressaltados nesta são passíveis de extradição, mesmo entre um Estado parte e aquele com o qual não tiver tratado, vigendo o princípio da universalidade. A Convenção será o suporte para o procedimento da extradição.¹¹

Com o advento da Constituição de 1988, antes mesmo da ratificação do tratado, passou-se a priorizar a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos basilares de todo o ordenamento jurídico brasileiro, fazendo com que, conforme o artigo 5º, III da CF/88, a tortura entrasse para o rol dos crimes hediondos, tornando-a insuscetível de fiança, graça ou anistia. O referido dispositivo constitucional possui a previsão de que “ninguém será submetido a tortura ou a tratamento desumano ou degradante”. Aqui, o ordenamento parecia estar adequando-se aos ditames internacionais, deixando para trás um período ditatorial e violador de direitos humanos.

¹⁰ Convenção contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes adotada pela Resolução 39/46, da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1984. Os Estados Partes nesta Convenção, considerando que, de acordo com os princípios proclamados na Carta das Nações Unidas, o reconhecimento dos direitos iguais e inalienáveis de todos os membros da família humana constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo, reconhecendo que estes direitos derivam da dignidade inerente à pessoa humana, considerando a obrigação dos Estados, nos termos da Carta, especialmente do artigo 55, de promover o respeito universal e a observância dos direitos humanos e das liberdades fundamentais, tendo em conta o artigo 5 da Declaração Universal dos Direitos Humanos e o artigo 7 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, que estabelecem que ninguém será submetido à tortura ou a tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes, levando também em consideração a Declaração sobre a Proteção de Todas as Pessoas contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, adotada pela Assembleia Geral em 9 de dezembro de 1975, desejando tornar mais eficaz a luta contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes em todo o mundo, acordaram no seguinte: Art. 5º. 1. Cada Estado Parte tomará as medidas que sejam necessárias de modo a estabelecer sua jurisdição sobre os crimes previstos no artigo 4, nos seguintes casos: a) quando os crimes tenham sido cometido em qualquer território sob a sua jurisdição ou a bordo de um navio ou de uma aeronave registrada no Estado em apreço; b) quando o suposto criminoso for nacional do Estado em apreço; c) quando a vítima for cidadã do Estado em apreço, se este o considerar apropriado. 2. Cada Estado Parte também deverá tomar todas as medidas necessárias para estabelecer sua jurisdição e o Estado não o extradite de acordo com o artigo 8 para qualquer dos Estados mencionados no parágrafo 1 deste artigo. 3. Esta Convenção não exclui qualquer jurisdição criminal exercida de acordo com o direito interno.

¹¹ Artigo 13 – Cada Estado Parte assegurará que qualquer pessoa que alegue ter sido submetida à tortura em qualquer território sob sua jurisdição tenha o direito de apresentar queixa e ter o seu caso rápida e imparcialmente examinado pelas autoridades competentes do dito Estado. Serão adotadas providências no sentido de assegurar a proteção do queixoso e das testemunhas contra quaisquer maus-tratos ou intimidações resultantes de queixa ou depoimentos prestados.

Em 1989 o Brasil ratificou a Convenção ao editar a lei nº 9.455/97, que exemplificou o que se entendia por tortura no âmbito interno da jurisdição. Conforme esta, a tortura poderia ser compreendida como constranger alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental. A legislação pátria ampliou no texto o sujeito ativo, de modo que qualquer pessoa que realizar um ato atentatório a outrem, possa ser enquadrada na legislação.

4.1 Tratados Internacionais: a Recepção Voluntária, a sua Necessária Vinculação Depois Que São Ratificados e o Controle Internacional

As normas encontram-se em uma ordem hierárquica – a pirâmide normativa – que acaba por delimitar os limites materiais e formais do poder normativo. Vitor Hugo Nicastro Honesko ressalta que “se examinarmos a pirâmide normativa de baixo para cima, perceberemos que as normas jurídicas inferiores se encontram fundadas, material e formalmente, em normas jurídicas superiores, da mesma maneira ocorre quando ao contrário¹²”. Aqui, encontram-se os tratados de direitos humanos no ordenamento pátrio, os quais devem sempre ingressar neste por meio de uma sobrenorma.¹³ A partir do momento em que o Estado realiza a ratificação do tratado de direitos humanos, todo o seu conjunto de normas integra as garantias e direitos protegidos constitucionalmente, devendo, então, ter a sua aplicação.

Conforme a Constituição de 1988, o Estado pode realizar sua participação no direito internacional mediante um procedimento que necessita da manifestação de vontade dos poderes Executivo e Legislativo na matéria dos tratados: é a teoria da junção das vontades. Aqui, verifica-se que, caso esta manifestação de vontade não exista, não há que se falar em formação de tratados e seu cumprimento interno.¹⁴

Para a celebração definitiva de um tratado, fases devem ser cumpridas. Em primeiro lugar, como forma de demonstração de vontade, tem-se a fase da assinatura, na qual acontecem todas as negociações sobre o conteúdo do tratado, que resulta na manifestação expressa do interesse na celebração. Apenas após estas, o tratado é incorporado e acontece o decreto presidencial. Como não existe prazo estipulado para a aprovação congressional, o trâmite pode durar até décadas, dependendo, infelizmente, da conveniência política. Para a celebração definitiva do mesmo, também não há prazo para o Presidente da República, o que faz com que a sua ratificação não seja obrigatória, e sim um ato discricionário.

A norma internacional não será válida enquanto não for editado o Decreto de Promulgação pelo presidente da República e referendado pelo ministro das Relações Exteriores. Neste momento, é incorporado ou recepcionado o tratado internamente. A este respeito, André de Carvalho Ramos destaca:

¹² HONESKO, 2010. p. 289-305.

¹³ HONESKO, 2010. p. 300.

¹⁴ RAMOS, 2014. p. 360.

Esse Decreto inova a ordem jurídica brasileira, tornando válido o tratado no plano interno. Não há prazo para sua edição e até lá o Brasil está vinculado internacionalmente, mas não internamente: esse descompasso enseja a óbvia responsabilização internacional do Brasil.¹⁵

Verifica-se, aqui, a complexidade de incorporação de um tratado internacional, e a necessidade de manifestação de vontade para que as negociações se iniciem. Assim, não há que se falar de um tratado imposto dentro do ordenamento, o que implica sua obrigatoriedade de cumprimento. Ademais, para o âmbito internacional, todos os atos normativos internos de um Estado devem ser compatibilizados com os compromissos assumidos, sob pena de responsabilização, uma vez que um estado não pode se escusar de cumprir determinada norma sob a argumentação de uma incompatibilidade interna, conforme o artigo 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969.

Em consonância com a compatibilidade interna das normas com o direito internacional, é importante ressaltar ainda que há outra forma de verificação se um tratado está devidamente sendo cumprido: o controle de convencionalidade. Esse consiste em uma análise realizada internamente nos países em relação às normas internacionais quanto à compatibilidade dos atos internos destes, sejam comissivos ou omissivos. De competência dos órgãos internacionais, é realizado pelos tribunais internacionais – e o de convencionalidade de matriz nacional – e consistente no exame das normas internacionais realizado pelos juízes internos.¹⁶

O controle de convencionalidade internacional será aquele no qual há uma fiscalização dos atos do Estado por órgãos internacionais em relação aos compromissos assumidos internacionalmente. Já o controle de convencionalidade nacional é a verificação da compatibilidade das normas internacionais dentro do ordenamento interno. É de suma importância salientar que o controle nacional não vincula o internacional.¹⁷ É certo que não serão todas as vezes que o controle de convencionalidade internacional coincidirá com o interno, como é o caso da Lei da Anistia, conforme os dizeres do referido autor:

É óbvio que nem sempre os resultados do controle de convencionalidade internacional coincidirão com os do controle nacional. Por exemplo, um Tribunal interno pode afirmar que determinada norma legal brasileira é compatível com um tratado de direitos humanos; em seguida, um órgão internacional de direitos humanos, ao analisar a mesma situação, pode chegar à conclusão de que a referida lei viola o tratado.¹⁸

Em virtude de uma possível contrariedade de entendimentos, diante de uma situação concreta, o controle de constitucionalidade final é o internacional, e deste decorre uma segunda denominação – “controle autêntico ou definitivo” –, uma vez que é desta maneira que se chega à premissa de que o tratado foi devidamente cumprido. Assim sendo, sob a visão do direito internacional todos os atos normativos internos de um país são vontades que devem

¹⁵ RAMOS, 2014. p 360.

¹⁶ RAMOS, 2014. p. 386-387.

¹⁷ RAMOS, 2014. p. 74.

¹⁸ RAMOS, 2014, p. 630.

ser compatíveis com os seus engagements internacionais, de maneira que o Estado não poderá alegar que houve um descumprimento de norma internacional em razão de incompatibilidade com o ordenamento interno. Há uma supremacia de normas.¹⁹

4.2 A Incompatibilidade da Convenção Internacional com a Lei da Anistia

Em meio a um período de regime militar em que os casos de tortura eram cada vez mais frequentes e conhecidos, no ano de 1979 foi promulgada, no Brasil, a Lei nº 6.683/79, a Lei da Anistia. Tal Lei trouxe uma possibilidade de anistia a todos aqueles que realizaram crimes políticos ou conexos a estes no período de setembro de 1961 a agosto de 1979, de modo que todos os procedimentos penais envolvidos nos casos ficaram impedidos de realização. A mesma não foi nada mais que uma forma de controle do governo, bem como uma espécie de tentativa de redemocratização na época.²⁰

No ano de 1984 a Convenção contra a tortura e outros tratamentos e penas cruéis, desumanas ou degradantes, declarada pela ONU, foi ratificada pelo Brasil, ainda sob a vigência da Lei da Anistia. Com a chegada da Constituição de 1988, e um Estado democrático de direito, incompatibilidades com a anistia concedida foram surgindo, bem como a contrária disposição desta com a Convenção e suas disposições expressas. Em primeiro lugar, cumpre retomar um ponto pertinente à discussão para o direito internacional, uma vez que o Estado assumiu um compromisso perante este, e não há possibilidades de ressalvas quanto à obrigatoriedade em seu cumprimento, inclusive quando são utilizadas “desculpas com base na Constituição” ou ordenamento interno. Sob este argumento, o Supremo entendeu que a Lei da Anistia era constitucional, criada em um específico contexto histórico, sem possibilidade de revogação.

A Lei da Anistia não foi retirada do ordenamento jurídico mesmo diante de uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF nº 153, rel. min. Eros Grau), gerando efeitos até os dias atuais. Nos questionamentos feitos por esta, encontravam-se a recepção da Lei da Anistia pela Constituição de 1988, de modo que a norma tivesse sua interpretação literal afastada, sendo, então, analisada sob a ótica constitucional.²¹ O Supremo Tribunal Federal considerou, ainda, que se trata de um ato com a participação da sociedade, e, conforme a previsão na Emenda Constitucional nº 26/85, em seu artigo 4º, §1º, a validação da lei ocorreu, gerando também a recepção pela Constituição de 1988.

4º É concedida anistia a todos os servidores públicos civis da Administração direta e indireta e militares, punidos por atos de exceção, institucionais ou complementares. §1º É concedida, igualmente, anistia aos autores de crimes políticos ou conexos, e aos dirigentes e representantes de organizações sindicais e estudantis, bem como aos servidores civis ou empregados que hajam sido demitidos ou dispensados por motivação exclusivamente política, com base em outros diplomas legais.

¹⁹ RAMOS, 2014, p. 387.

²⁰ Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2007. p. 23. (Bibliográfica).

²¹ STF, ADPF 153.

Em seus dizeres sobre a ADPF, o relator ministro Eros Grau, durante o seu voto, ressalta que:

A chamada Lei da Anistia veicula uma decisão política assumida naquele momento – o momento da transição conciliada de 1979. A Lei 6.683 é uma lei-medida, não uma regra para o futuro, dotada de abstração e generalidade. Há de ser interpretada a partir da realidade no momento em que foi conquistada. A Lei 6.683/1979 precede a Convenção das Nações Unidas contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes – adotada pela Assembleia Geral em 10 de dezembro de 1984, vigorando desde 26 de junho de 1987 – e a Lei 9.455, de 7 de abril de 1997, que define o crime de tortura; e o preceito veiculado pelo art. 5º, XLIII, da Constituição – que declara insuscetíveis de graça e anistia a prática da tortura, entre outros crimes – não alcança, por impossibilidade lógica, anistias anteriormente a sua vigência consumadas. A Constituição não afeta leis-medida que a tenham precedido.²²

As violações aos direitos humanos ocorridas no período “protegido” pela Lei da Anistia não se tratam de um fato controverso e esta lei; logo, em seu primeiro artigo, demonstra uma incompatibilidade com a Convenção e com a Constituição brasileira, a qual não mencionou, em qualquer momento, o instituto, mas, sim, uma importância à punição de qualquer violação de direitos humanos e da personalidade.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos foi um dos acontecimentos mais importantes para a proteção dos direitos humanos, servindo como marco inicial para outros tratados com finalidades conexas, passando, então, a existir uma movimentação mundial de proteção de tais direitos. É importante lembrar que a Declaração Universal nasceu após o término da Segunda Guerra Mundial, para que nunca mais acontecesse o desrespeito à dignidade da pessoa humana. Acontece que em momentos de vulnerabilidade da sociedade, a dignidade da pessoa é aviltada; como exemplo, vê-se a vida indigna dos moradores de rua, dos presos em presídios e cadeias em condição sub-humana e a mortandade sem atendimento hospitalar, entre outras situações.

A dignidade humana é ferida não por falta de normas, mas por ausência de aplicabilidade das existentes. A tortura humana acontece mesmo com grande número de convenções para resguardar tais direitos. A tortura para os crimes políticos aconteceu a partir de 1964, quando, desde 1948 (momento em que surgiu a declaração universal dos direitos humanos), os direitos humanos estavam protegidos. O Brasil passou, porém, a proteger tais somente quando os transformou em direitos fundamentais com a promulgação da Constituição Federal de 1988. Com tal demora, grande demanda de ações foi movida com o intuito de evidenciar os erros do Estado com a tortura por crimes políticos e a indenização pelos danos causados à dignidade da vítima.

O caso mais emblemático, em relação ao Brasil, foi o já mencionado Caso Gomes Lund ou Guerrilha do Araguaia, no qual a Corte Interamericana julgou a invalidade da Lei da Anistia e determinou a punição dos responsáveis pelos crimes ocorridos. Mesmo diante de tal julgamento, o STF manteve a posição de que tal decisão não o vinculava, sem qualquer efeito surtido. Em análise ao julgado, percebe-se que o STF, analisando a validade do dispositivo,

²² STF, ADPF 153.

optou pelo “caráter bilateral da anistia, ampla e geral”, afirmando, ainda, que “o argumento descolado da dignidade da pessoa humana para afirmar a invalidade da conexão criminal que aproveitaria aos agentes políticos que praticaram crimes comuns contra opositores políticos, presos ou conexão *sui generis*, própria ao momento histórico da transição para a democracia. Ignora, no contexto da lei nº 6.683/79, o sentido ou os sentidos correntes na doutrina da chamada conexão criminal; refere o que ‘se procurou’, segundo a inicial, foi a anistia criminal de natureza política aos agentes do Estado encarregados da repressão. A lei estendeu a conexão aos crimes praticados pelos agentes do Estado contra os que lutavam contra o Estado de exceção, a chamada Lei da Anistia veicula uma decisão política assumida naquele momento”.²³

Países que aderiram à Convenção, bem como aqueles que também passaram por períodos transitórios em seu regime, adequaram-se às diretrizes internacionais e se encontram em um período de incentivo ao rompimento de um passado autoritário e violador de direitos, investigando os casos conforme os pedidos de particulares. Tal procedimento nada mais é do que um incentivo à confiança do cidadão com o Estado. No Brasil, as adequações andaram a passos lentos.

No ano de 2010, com a sentença do caso Gomes Lund e Outros, diversas imposições pela Corte foram impostas, de modo que o Brasil passasse a investigar as mortes e cumprisse, de fato, os ditames da Convenção incorporada no âmbito interno. Neste momento, foram criadas a Lei do Acesso à Informação e a Lei da Comissão Nacional da Verdade (nº 12.527/11 e 13.028/11, respectivamente), ambas com o intuito de dar publicidade e transparência nos casos ocorridos durante o regime militar, o qual causou dezenas de mortes, sem a sua devida explicação. Tais leis têm, ainda, o objetivo de evitar que estes casos se repitam.

5 ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 153

Em 21 de outubro de 2008, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil interpôs a ADPF, de número 153, contra a inconstitucionalidade da validação da Lei da Anistia Brasileira, referente às violações de direitos humanos dentro do período abrangido pela lei. A fundamentação foi o artigo 5º, XLIII da Constituição Federal de 1988, que estabelece que a tortura é um crime imprescritível, o que não permitiria que os efeitos da anistia se concretizassem no caso.

Conforme os dizeres da ADPF:

Acrescenta não ser possível, consoante o texto da Constituição do Brasil, considerar válida a interpretação segundo a qual a Lei n. 6.683 anistiará vários agentes públicos responsáveis, entre outras violências, pela prática de homicídios, desaparecimentos forçados, abuso de autoridade, lesões corporais, estupro e atentado violento ao pudor. Sustenta que essa interpretação violaria frontalmente diversos preceitos fundamentais. A eventual declaração, por esta Corte, do recebimento do § 1º do artigo 1º da Lei 6.683 implicaria, segundo o arguente, desrespeito [i] ao dever, do Poder Público, de não ocultar a verdade; [ii] aos princípios democrático e republicano; [iii] ao princípio da dignidade da pessoa humana.

²³ STF, ADPF 153, p. 33, 34.

O relator ministro Eros Grau, durante o seu voto, afirmou:

A chamada Lei da anistia veicula uma decisão política assumida naquele momento – o momento da transição conciliada de 1979. A Lei 6.683 é uma lei-medida, não uma regra para o futuro, dotada de abstração e generalidade. Há de ser interpretada a partir da realidade no momento em que foi conquistada. A Lei 6.683/1979 precede a Convenção das Nações Unidas contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes – adotada pela Assembleia Geral em 10 de dezembro de 1984, vigorando desde 26 de junho de 1987 – e a Lei 9.455, de 7 de abril de 1997, que define o crime de tortura; e o preceito veiculado pelo art. 5º, XLIII, da Constituição – que declara insuscetíveis de graça e anistia a prática da tortura, entre outros crimes – não alcança, por impossibilidade lógica, anistias anteriormente a sua vigência consumadas. A Constituição não afeta leis-medida que a tenham precedido.

Embasado na previsão contida na Emenda Constitucional de número 26/85, a qual teve a invocação da Assembleia Constituinte, o STF entendeu que houve a recepção da Constituição de 1988 da Anistia.²⁴ O entendimento é de que a anistia concedida nos dias de hoje não mais seria a prevista na lei 6.683/79, mas, sim, a do artigo 4º §1º da emenda, o que tornaria inútil o questionamento de tal dispositivo, uma vez que houve a anuência da ordem constitucional de 88.

De acordo com o entendimento dos julgadores: o texto da lei ordinária de 1979 resultou substituído pelo texto da emenda constitucional. A emenda constitucional, produzida pelo Poder Constituinte originário, constitucionaliza a anistia de modo tal que, estivesse o § 1º desse artigo 4º da emenda sendo questionado nesta ADPF, o que não ocorre, poder-se-ia tê-la como incompatível com o que a Assembleia Nacional Constituinte produziu na Constituição de 1988. Surge, aqui, o entendimento de que a anistia se encontra nos ditames da presente ordem constitucional, e compõe-se na origem da nova norma fundamental.

O STF, conhecido como guardião da Constituição, é aquele que realiza o controle de constitucionalidade interno. Com este poder que lhe foi conferido, a anistia foi recepcionada pelo ordenamento vigente. Ocorre que, de acordo com a Convenção Americana de Direitos Humanos e dos Tratados de Direitos Humanos, os quais têm como guardião a Corte de San José, a Lei da Anistia não pode ser invocada pelos atuantes na ditadura. Nos dizeres de André de Carvalho Ramos:

Assim, ao mesmo tempo em que se respeita o crivo de constitucionalidade do STF, deve ser incorporado o crivo de convencionalidade da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Todo ato interno (não importa a natureza ou origem) deve obediência aos dois crivos. Caso não supere um deles (por violar direitos humanos), deve o Estado envidar todos os esforços para cessar a conduta ilícita e reparar os danos causados.²⁵

²⁴ CASTILHO, 2012. p. 273.

²⁵ RAMOS, 2014.p. 630.

O Ministério da Defesa afirmou que a ADPF seria incabível diante da prescrição dos crimes em uma maneira geral, argumento este que vem sendo utilizado nas ações de reparação proposta nos dias atuais. De outro lado, é inerente o questionamento diante de tal argumento, uma vez que, se houve a recepção de tais preceitos no ordenamento vigente, a tortura encontra-se no rol de crimes imprescritíveis.

Segundo Pontes de Miranda²⁶: “a finalidade da anistia é a mesma da lei criminal com sinais trocados”; e com ela, ‘olvida-se o ato criminal, com a consequência de se lhe não poderem atribuir efeitos de direito material ou processual. Aconteceu o ato; agora, indo-se ao passado, mesmo onde ele está, acontece juridicamente o desaparecer, deixar de ser, não ser’”. Por fim, é necessário não esquecer, para que nunca mais as coisas voltem a ser como foram no passado.

5.1 Caso Gomes Lund – o Reconhecimento da Responsabilidade Brasileira e a Falta de Adequação das Decisões com a Convenção Internacional Ratificada

De acordo com o contido na Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, o caso refere-se à responsabilidade do Estado pela “detenção arbitrária, tortura e desaparecimento forçado de 70 pessoas, entre membros do partido comunista e camponeses da região, resultado de operações do Exército brasileiro empreendidas entre 1972 e 1975 com o objetivo de erradicar a Guerrilha do Araguaia, no contexto da ditadura militar.”²⁷ Tal movimento consistia na construção de um exército popular contra o regime vigente, o qual foi combatido pelo exército, marinha, forças aéreas e polícia militar e federal. Em um primeiro momento, a ordem era apenas para conter os integrantes do movimento, mas, sob as ordens do general Médici, a ordem oficial passou a ser de eliminação dos capturados. Ao final do ano de 1974 não havia mais guerrilheiros no Araguaia, e, ainda, constam em registros que os corpos foram desenterrados e queimados ou atirados no rio da região.²⁸ O governo impôs silêncio no caso.

Na data de 18 de Julho de 2006, o Grupo Tortura Nunca Mais do Rio de Janeiro, a Comissão de Familiares de Mortos e Desaparecidos Políticos do Instituto de Estudos da Violência do Estado e o Centro pela Justiça e o Direito Internacional, apresentaram suas solicitações e provas em relação aos desaparecimentos forçados e à impunidade do Estado ante a estas. O Estado, por sua vez, interpôs três exceções preliminares, sendo a incompetência do tribunal para examinar a demanda, em razão do tempo dos fatos; o não esgotamento dos recursos internos; e o não interesse processual da Comissão e de seus representantes. Ainda, contestou a demanda.

A Corte considerou que a partir do momento em que o Brasil reconheceu a competência contenciosa da Corte Interamericana, esta teria competência para decidir sobre fatos posteriores. Em sua verificação, a Corte constatou graves violações de direitos humanos no caso do Araguaia, uma vez que os desaparecimentos forçados ferem os princípios do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, de forma que foi alcançado um caráter de *jus cogens* no caso. Cumpre ressaltar que em momento algum foi negado pelo Estado o desaparecimento das vítimas, mas, sim, controvérsias a respeito da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, a qual teve a sua ratificação pelo Estado brasileiro em 1992, dando plenos poderes para uma averiguação da compatibilidade da Lei da Anistia.

²⁶ MIRANDA, 1970.

²⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS.

²⁸ BIBLIOTECA DO MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2010. p. 33.

O Estado brasileiro procurou formas de reparação do ocorrido, dentre elas a promulgação da Lei nº 9.140/95 e a publicação do direito à memória e à verdade, mas, segundo a Comissão, estas não foram suficientes para o caso em questão. Por fim, foi decidido, com unanimidade pela Corte, que todos os efeitos causados pela Lei da Anistia não podem ser considerados obstáculos para as investigações, assim como a mesma fere as convenções ratificadas pelo Estado brasileiro.

Em relação à responsabilidade sobre o caso Araguaia, foi reconhecida a responsabilidade do Estado nas violações de direitos humanos ocorridas, bem como da dignidade humana. Todos os atos foram contrários aos dispostos nas convenções. Por unanimidade foi disposto que o Estado não deveria medir esforços para realizar as buscas e investigações das vítimas, bem como oferecer todo o suporte necessário para os seus familiares, sejam tratamentos médicos ou psiquiátricos, realizar um ato público para reconhecer a sua responsabilidade e não deixar de fazer novas buscas para esclarecimento dos familiares.

A Corte foi clara ao dar o seu parecer, afastando os efeitos da Lei da Anistia, uma vez que esta feria diretamente todos os tratados e convenções ratificados pelo Estado brasileiro, reconhecendo a responsabilidade integral deste no dever de reparar, e por fim, no quesito de supervisionar o fiel cumprimento da sentença. A mesma foi dada no dia 24 de novembro de 2010.

6 CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE

O controle de convencionalidade é a análise realizada internamente nos países em detrimento das normas internacionais quanto à compatibilidade dos atos internos destes, sejam comissivos ou omissivos. André de Carvalho Ramos realiza uma subdivisão deste controle em: convencionalidade de matriz internacional – aquele que é competência dos órgãos internacionais e é realizado pelos tribunais internacionais –; e o de convencionalidade de matriz nacional – consiste no exame das normas internacionais realizado pelos juízes internos. Em outras palavras, controle de convencionalidade internacional será aquele em que há uma fiscalização dos atos do Estado em relação aos compromissos assumidos internacionalmente. Já o controle de convencionalidade nacional é a verificação da compatibilidade das normas internacionais dentro do ordenamento interno. É de suma importância salientar que o controle nacional não vincula o internacional.²⁹ É certo que não serão todas as vezes que o controle de convencionalidade internacional coincidirá com o interno, como é o caso da Lei da Anistia, conforme os dizeres do referido autor:

É óbvio que nem sempre os resultados do controle de convencionalidade internacional coincidirão com os do controle nacional. Por exemplo, um Tribunal interno pode afirmar que determinada norma legal brasileira é compatível com um tratado de direitos humanos; em seguida, um órgão internacional de direitos humanos, ao analisar a mesma situação, pode chegar à conclusão de que a referida lei viola o tratado.³⁰

Em virtude de uma possível contrariedade de entendimentos diante de uma situação concreta, o controle de constitucionalidade final é o internacional, e, deste, decorre uma segunda denominação, como “controle autêntico ou definitivo”, uma vez que é desta maneira

²⁹ RAMOS, 2014.

³⁰ RAMOS, 2014, p. 630.

que se chega à premissa de que o tratado foi devidamente cumprido. Assim sendo, sob a visão do direito internacional todos os atos normativos internos de um país são vontades que devem ser compatíveis com os seus engagements internacionais, de maneira que o Estado não poderá alegar que houve um descumprimento de norma internacional em razão da incompatibilidade com o ordenamento interno, pois há uma supremacia de normas.

7 A ANISTIA NA JURISPRUDÊNCIA ATUAL

Os casos em que houve a invocação do Judiciário para a reparação de danos causados em relação ao período compreendido da Lei da Anistia, não se limitaram àqueles que chegaram à corte internacional, bem como não terminaram no momento em que foi proferida a sentença do caso Herzog. Pelo STF, no julgamento da ADPF 153, o argumento de prescrição continuou sendo utilizado. Conforme o julgamento da citada ação: “O Ministério da Defesa afirma por fim, contra o cabimento da ADPF, a inutilidade de eventual decisão de procedência. Isso por que os crimes — ainda que não anistiados — estariam prescritos. Caso viesse a ser julgada procedente, dela não resultaria nenhum efeito prático”.

A argumentação utilizada neste ponto foi reaproveitada em julgados posteriores, fazendo com que, de uma maneira ou de outra, os crimes ocorridos na vigência da lei ainda não possuam a devida posição do Judiciário. Cumpre destacar que se a presente lei foi recepcionada pela Constituição de 1988, de acordo com o alegado reiteradas vezes, o crime de tortura ainda não seria suscetível de prescrição, embasada na supremacia de normas existentes. A ordem constitucional, bem como a posterior lei nº 8.072/90, prevê tal espécie de crime no rol dos imprescritíveis, sem possibilidade de anistia.

Na decisão proferida no HC 110698 – STF –, referente à Guerrilha do Araguaia, foi entendido que a investigação tem o sentido apenas de propiciar o conhecimento da verdade histórica para todas as gerações, de ontem e de hoje, no exercício do denominado “dever de memória”, o que não se submete a prazos de prescrição. O mesmo não acontece com a persecução penal em relação a (supostos) fatos incluídos na anistia da Lei 6.683, de 19/12/1979 e, de resto, sepultados penalmente pela prescrição.³¹

³¹ “PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. CRIME DE SEQUESTRO E CÁRCERE PRIVADO. GUERRILHA DO ARAGUAIA. LEI DA ANISTIA (LEI 6.683/79). AÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 153 – DF. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. 1. Imputa a denúncia ao paciente o cometimento de crimes de seqüestro e cárcere privado (art. 148, § 2º, c/c o art. 69 - CP), cuja consumação, iniciada em 1974, persistiria até o presente, em relação a cinco integrantes de grupo político com atuação clandestina durante o regime militar (Guerrilha do Araguaia), cujo paradeiro é desconhecido. 2. Dispõe a Lei 6.683/79, considerada válida pelo STF em face da Constituição (1988), no julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153 – DF, que ‘É concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 a 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexos com estes.’ (art. 1º), e que ‘Consideram conexos, para efeito deste artigo, os crimes de qualquer natureza relacionados com os crimes políticos ou praticados por motivação política.’ (§ 1º). 3. A persecução penal, vista em face do julgamento do STF, carece de possibilidade jurídica e (assim não fora) de lastro de legalidade penal, dada a evidente prescrição da pretensão punitiva estatal diante do longo tempo decorrido, de então (1974) a esta parte, consubstanciando, por qualquer dos fundamentos, sobretudo pelo primeiro, evidente constrangimento ilegal ao paciente (art. 648, I – CPP). 4. A decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos, impondo ao Estado Brasileiro a realização, perante a sua jurisdição ordinária, de investigação penal dos fatos ocorridos na chamada Guerrilha do Araguaia, não interfere no direito de punir do Estado, nem na eficácia da decisão do STF sobre a matéria, na ADPF 153/DF. 5. A investigação tem o sentido apenas de propiciar o conhecimento da verdade histórica, para todas as gerações, de ontem e de hoje, no exercício do denominado ‘dever de memória’, o que não se submete a prazos de prescrição. Não o da abertura de persecução penal em relação a (supostos) fatos incluídos na anistia da Lei 6.683, de 19/12/1979 e, de resto, sepultados penalmente pela prescrição. 6. O trancamento da ação penal pela via do habeas corpus somente é autorizado na evidência de uma situação de excepcionalidade, vista como ‘a manifesta atipicidade da conduta, a presença de causa de extinção da punibilidade do paciente ou a ausência de indícios mínimos de autoria e materialidade delitivas’ (HC 110698 - STF). Hipótese que ora se apresenta, dada a evidente falta de justa causa para a ação penal. 7. Concessão da ordem de habeas corpus. Trancamento da ação penal (art. 648, I - CPP).”

Com base no julgado, vê-se que a posição dos julgadores é de trazer os fatos ocorridos para conhecimento histórico, porém, pelo tempo em que os crimes aconteceram, nada poderá ser feito penalmente, conforme a ocorrência de uma suposta prescrição.

A dignidade da pessoa humana tem valor imensurável para a pessoa, e, por isso, o direito a protege como Princípio Constitucional quando, na Constituição Federal de 1988, acolheu o convencionado pela declaração dos direitos humanos de 1948, transformando-se para o direito pátrio como direitos fundamentais. Não é possível pensar, nos dias atuais, em reviver um período de trevas aos direitos. A tortura sofrida em tempos remotos marcou a história com sangue, com medo, desrespeito, mordanças, desaparecimentos, perda da liberdade de expressão, entre outros direitos.

A história provou que as torturas sofridas em período ditatorial neste país precisam ser examinadas diante do inferno que se instalou em determinado período. É preciso analisar quais normas, convenções e declarações internacionais foram infringidas e quais os efeitos nocivos à vida humana. Danos físicos, morais, psíquicos e mentais foram causados às vítimas em um período de escuridão nos direitos, quando o poder massacrava aqueles que se colocaram contrários ao mesmo, e as torturas foram aplicadas, criando a desesperança, a perda da liberdade, da vida e da dignidade. A tortura foi utilizada em situações de desigualdades, de destruição de valores, de projetos de vida, ferindo a democracia e a liberdade. A Lei da Anistia colocou um manto de impunidade sobre condutas desumanas e cruéis, mantendo-se incólume sob a proteção da prescrição. É preciso lutar pelos direitos e ver estampar nos olhos das pessoas a esperança de vida, de liberdade interior e de expressão; e a certeza que os direitos fundamentais a protegerão em sua dignidade.

8 CONCLUSÃO

O Brasil viveu um longo período de ditadura militar, quando os direitos à proteção à dignidade humana foram afrontados, com prisões e condenações sumárias sem o direito ao contraditório, prisões ilegais, torturas, mortes e pessoas desaparecidas por crimes políticos e conexos em total confronto ao respeito e proteção à dignidade humana, mesmo estando, em esfera internacional, tal direito protegido pela Declaração Universal dos Direitos Humanos.

As nuvens escuras da ditadura e da tortura no Brasil por crimes políticos sempre estiveram à espreita, nunca totalmente dissipadas, diante de gritos desconexos e de pessoas com vendas nos olhos que tentam reviver tal período negro da história. É preciso analisar o contexto histórico, político e social vivido em período ditatorial, no qual a vida humana não tinha valor, e a preservação do poder levava à tortura toda pessoa que divergisse em pensamento e praticasse qualquer ato que pudesse expor o estado de injustiça que era praticado.

As torturas foram praticadas em total confronto com os direitos humanos tutelados pela Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e da Convenção Internacional de 1984, que foi acolhida pela legislação pátria. O período de escuridão nos direitos existiu até o momento em que a Constituição Federal, promulgada em 1988, instituiu o Princípio da Dignidade Humana, protegendo a pessoa em seus valores morais e projetos interiores.

A Lei 6.683/79 concedeu a anistia a todos quantos, no período compreendido entre 2 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexo com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, de fundações vinculadas ao poder público, aos Servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos Militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares, lembrando que era considerado crime político pensar de forma diferente do partido que estava no poder. Tal lei protegeu os agressores, aqueles que torturaram sob o manto da lei.

Sob a visão do Direito Internacional, todos os atos normativos internos de um país são vontades que devem ser compatíveis com os seus engagements internacionais, de maneira que não se poderá alegar que houve um descumprimento de norma internacional em razão da incompatibilidade com o ordenamento interno, pois há uma supremacia de normas. Explica-se tal visão pela prática de tortura mesmo havendo normas internacionais a coibi-la. Somente após a Constituição Federal recepcionar tais normas, tais direitos passam a ser protegidos.

Com a sentença do caso Gomes Lund e Outros, diversas imposições pela Corte foram impostas, de modo que o Brasil passasse a investigar as mortes e cumprisse, de fato, os ditames da Convenção incorporada no âmbito interno. Em razão de tal imposição, foram criadas a Lei do Acesso à Informação e a Lei da Comissão Nacional da Verdade (nº 12.527/11 e 13.028/11, respectivamente), ambas com o intuito de dar publicidade e transparência aos casos ocorridos durante o regime militar, o qual causou dezenas de mortes sem a devida explicação. Tais leis têm, ainda, o objetivo de evitar que estes casos se repitam.

A dignidade humana precisa ser objeto de defesa contínua. Não se pode esquecer dos efeitos nocivos à sociedade brasileira e à vida humana que as torturas aplicadas no período da ditadura militar geraram. Danos físicos, morais, psíquicos e mentais foram os frutos de tal violência em um período de escuridão nos direitos, quando o poder massacrava aqueles que se colocaram contrários ao mesmo. As torturas criaram a desesperança, a perda da liberdade, da vida e da dignidade. Ela foi utilizada em situações de desigualdades, de destruição de valores, de projetos de vidas, ferindo a democracia e a liberdade. A Lei da Anistia colocou um manto de impunidade sobre aqueles que praticaram as torturas, condutas desumanas e cruéis, mantendo-se incólume sob a proteção da prescrição. É preciso lutar pelos direitos e ver estampar nos olhos das pessoas a esperança de vida, de liberdade interior e de expressão; e a certeza que os direitos fundamentais a protegerão em sua dignidade.

9 REFERÊNCIAS

- ÂMBITO JURÍDICO. *A incorporação da convenção contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes pelo Estado brasileiro em consonância com a justiça global*. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9862. Acesso em: 3 jun. 2018.
- ARBEX, Daniela. *Holocausto brasileiro: vida, genocídio e 60 mil mortes no maior hospício do Brasil*. São Paulo: Geração, 2013. 230 p.
- ARNS, Dom Paulo Evaristo. *Brasil: nunca mais: um relato para a história*. 32. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2001.
- BIBLIOTECA DO MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *Conselho de defesa dos direitos da pessoa humana: uma história de resistência e luta pelos direitos humanos no Brasil*. Brasília: Biblioteca do Ministério da Justiça, 2010. 280 p.

- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153. Ministro relator Eros Grau. Arguente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Arguidos: Presidente da República e Congresso Nacional. Brasília, 29 de abril de 2010. In: *Diário de Justiça Eletrônico*, n. 145/2010. 6 ago. 2010.
- BUENO, Francisco da Silveira. *Minidicionário da língua portuguesa*. São Paulo: FTD, 1996. 703 p.
- CASADO FILHO, Napoleão; BIANCHINI, Alice; GOMES, Luiz Flávio. *Direitos humanos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2012. 154 p.
- CASTILHO, Ricardo. *Direitos humanos: sinopses jurídicas*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- CONSULTOR JURÍDICO. *A lei de anistia viola convenções de direitos humanos*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2011-mar-10/coluna-lfg-lei-anistia-viola-convencoes-direitos-humanos>. Acesso em: 3 jun. 2018.
- DEPARTAMENTO DE ASSUNTOS JURÍDICOS INTERNACIONAIS. *Convenção interamericana para prevenir e punir a tortura*. Disponível em: <http://www.oas.org/juridico/portuguese/treaties/a-51.htm>. Acesso em: 3 jun. 2018.
- DIREITOS FUNDAMENTAIS. *Guerra de gigantes: stf versus cidh (lei de anistia)*. Disponível em: <https://direitosfundamentais.net/2011/02/17/guerra-de-gigantes-stf-versus-cidh-lei-de-anistia/>. Acesso em: 3 jun. 2018.
- DIMOULIS, Dimitri Leonardo Martins. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- HONESKO, Vitor Hugo Nicastro. A proibição da tortura no âmbito global e seu impacto no sistema jurídico brasileiro. In: PIOVESAN, Flávia; IKAWA, Daniela. *Direitos humanos: fundamento, proteção e implementação*. Curitiba: Juruá, 2010. p. 289-305. Cap. 3.
- JURICIC, Paulo. *Crime de tortura*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999. 180 p.
- MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de direitos humanos*. São Paulo: Método, 2014.
- MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Crimes da ditadura militar: uma análise à luz da jurisprudência atual da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 226-242.
- MENEZES, Olindo. *TRF-1 – Habeas Corpus*. Disponível em: <https://trf-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24787506/habeas-corpus-hc-680639220124010000-pa-0068063-9220124010000-trf1/inteiro-teor-112223021>. Acesso em: 3 jun. 2018.
- MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967, tomo I*. Revista dos Tribunais: São Paulo, 1970.
- NÚCLEO DE DIREITOS HUMANOS do Departamento de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (org.). *Jurisprudência da Corte Interamericana de direitos humanos: direito à vida, anistias e direito à verdade*. Rio de Janeiro: Prol Editora Gráfica, 2014. 637 p.
- PIOVESAN, Flávia; IKAWA, Daniela (org.). *Direitos humanos: fundamento, proteção e implementação*. Curitiba: Juruá, 2010. 975 p.
- RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2014.
- SECRETARIA ESPECIAL DOS DIREITOS HUMANOS. *Direito à verdade e à memória: comissão especial sobre mortos e desaparecidos políticos*. Brasília: Comissão Especial Sobre Mortos e Desaparecidos Políticos, 2007. 502 p. (Bibliográfica).

<http://dx.doi.org/10.21527/2317-5389.2020.15.236-254>

Um Debate Metodológico Sobre a Aceitação das Práticas dos Direitos Humanos em Finnis a Partir da Crítica de Beitz às Teorias da Lei Natural

Ayrton Borges Machado

Mestrando em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito pela Universidade Federal do Pará (Ufpa). Bolsista (Capes). Graduado em Direito pela Universidade Federal do Pará. Integrante do Grupo de Pesquisa "Tradição da Lei Natural" (CNPq). Experiência na área de Direito, com ênfase em Filosofia do Direito.
<http://lattes.cnpq.br/5330704084462688>. <https://orcid.org/0000-0003-2828-4909>. ayrtonmachado95@gmail.com

Victor Sales Pinheiro

Professor-adjunto da Universidade Federal do Pará (Ufpa) e do Centro Universitário do Pará (Cesupa), na Graduação e Pós-Graduação. Coordenador dos Grupos de Pesquisa (CNPq) "Tradição da Lei Natural" e "Razão pública, secularização e direitos humanos: casos, princípios e teorias políticas" e vice-coordenador do Grupo "AdmEthics – Ética, Virtudes e Dilemas Morais na Administração". Doutorado em Filosofia pela Uerj. Mestrado em Filosofia pela PUC-RIO. Graduação em Direito no Centro Universitário do Pará. Site de cursos, palestras, artigos e edições: www.dialetico.com.br. <http://lattes.cnpq.br/0416222855469529>. <https://orcid.org/0000-0003-1908-9618>. vvspinheiro@yahoo.com.br

RESUMO

O presente artigo visa a apresentar como a metodologia da lei natural em John Finnis fornece suporte para explicar a incorporação dos direitos humanos como práticas, sem prejudicar a função crítica que uma teoria do direito natural deve desempenhar em relação às instituições. A primeira parte do artigo expõe a metodologia e os pressupostos da lei natural relevantes para o tema, quais sejam, método do caso central, aceitação da normatividade das práticas e direitos ainda que desviantes, tendência descritiva e avaliativa contemporânea de incorporar práticas, e a distinção entre derivação por conclusão e *determinatio*. Na segunda parte expõe-se as críticas de Charles Beitz às teorias naturalistas, com o objetivo de apresentar os tópicos relevantes para o problema em questão. Por fim, aplica-se as considerações metodológicas feitas na primeira parte, de modo a mostrar como uma teoria da lei natural pode explicar a incorporação das práticas dos direitos humanos, sobretudo quanto ao uso da analogia e caso central.

Palavras-chave: John Finnis. Metodologia. Lei natural. Caso central. Práticas.

A METHODOLOGICAL DEBATE ON ACCEPTANCE OF HUMAN RIGHTS PRACTICES IN FINNIS SINCE BEITZ'S CRITICISM TO NATURAL LAW THEORIES

ABSTRACT

This paper aims to present how John Finnis' methodology of natural law provides support for explaining the incorporation of human rights as practices without undermining the critical function that a theory of natural law must play in the face of institutions. The first part of the paper exposes the methodology and assumptions of natural law relevant to the theme, namely, the central case method, acceptance of the normativity of practices and rights, although deviant, contemporary descriptive and evaluative tendency to incorporate practices, and the distinction between derivation by conclusion and *determinatio*. In the second part, Charles Beitz's critiques of naturalistic theories are presented in order to present the topics relevant to the problem in question. Finally, we apply the methodological considerations made in the first part, in order to explain how a theory of natural law can explain the incorporation of human rights practices, especially regarding the use of analogy and central case.

Keywords: John Finnis. Methodology. Natural law. Central case. Practices.

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 A metodologia da lei natural. 3 A crítica de Beitz: tópicos para um debate. 4 Aplicação dos pressupostos e métodos da lei natural aos direitos humanos. 5 Conclusão. 6 Referências.

Recebido em: 29/9/2019

Modificações solicitadas em: 16/12/2019

Aceito em: 7/4/2020

1 INTRODUÇÃO

A nova teoria da lei natural, como verifica-se em Finnis, é expressamente uma explicação não somente dos temas clássicos do direito natural, mas também uma tentativa de adaptá-los às novas circunstâncias e problemas. Ainda que se diga que esses novos problemas já estavam respondidos de uma determinada forma por teorias anteriores do direito natural, a atitude mais correta é reconhecer que eles são novos. A questão aqui tratada é exatamente um assunto deste tipo, ou seja, é um problema novo, trata-se dos direitos humanos. Finnis expressamente incorpora a linguagem dos direitos humanos, como se pode ver em *Natural Law and Natural Rights* (FINNIS, 2011c), quando ele explica o que são direitos no capítulo VIII – Direitos, ou na sua obra *Aquinas* (FINNIS, 1998), quando explica a dignidade e o sentido em direção aos direitos humanos no V – *Towards Human Rights*. Do mesmo modo, Finnis tem todo um volume de ensaios dedicados aos direitos humanos, o *Human Rights and Common Good* (FINNIS, 2011b); mas como a sua teoria pode explicar essa aceitação?

O presente trabalho tem, em grande parte, o caráter de ser metodológico, porque vai até as bases da teoria da lei natural finnisiana e nestas tenta encontrar possíveis respostas para o problema da incorporação das práticas emergentes dos direitos humanos. O problema do artigo, portanto, é: “Como as bases metodológicas da teoria finnisiana sobre direitos humanos, tendo fundamento na lei natural, podem justificar a incorporação das práticas emergentes dos direitos humanos?” Para tanto, utiliza-se, como ponto de vista problematizador, a visão de Beitz (2009), autor que critica a visão naturalista dos direitos humanos, na qual, de alguma forma, Finnis se insere. O objetivo do artigo não é propriamente responder a Beitz por meio da teoria de Finnis. No presente artigo, Beitz é utilizado como autor que apresenta um elenco de questionamentos para estimular as respostas que a teoria de Finnis pode oferecer. Desse modo, tem a utilidade mais de apresentar um *elenco* ou *tópicos* para a análise do que de ser uma crítica direta a Finnis.

Primeiramente realiza-se uma explicação da metodologia da lei natural quanto ao caso central, o uso da analogia, a moderação na desobediência de direitos e pressuposto de tomar as instituições e práticas como pontos de partida, principalmente a partir das obras *Aquinas* (1998), *Natural Law and Natural Rights* (2011c) e *Direito natural em Tomás de Aquino* (2007). Em seguida, expõe-se a crítica de Beitz a partir de *Idea of Human Rights* (2009) e *From practice to theory* (2013) acerca das teorias naturalistas dos direitos humanos e seus entraves às práticas, a fim de pontuar os desafios principais a que Finnis teria de responder (CORREAS, 2015). Por fim, realiza-se uma exposição de como os aspectos metodológicos da *nova teoria da lei natural* aplicam-se aos direitos humanos, e a forma que ela usa para explicar como essa teoria alberga a noção de *práticas*, e em que medida ela própria limita sua aceitação.

2 A METODOLOGIA DA LEI NATURAL

Os pontos metodológicos são relevantes para a presente exposição, porque se trata de perscrutar o que está na fronteira entre ser ou não direitos humanos: se por um lado é cabível aderir a uma descrição acrítica das práticas dos direitos humanos, adotando uma metodolo-

gia estritamente descritivista, ou se é possível, ainda que aceitando as práticas, adotar uma postura crítica quando necessário. Em ambos os casos, o problema de fundo é *como proceder* nessa identificação do limite do que é direito, e, estritamente, o que é direito humano.

Na sua obra *Direito Natural, Ética e Hermenêutica*, Engelmann (2007) percebe bem essa importância metodológica em Finnis. Engelmann (2007, p. 144) sustenta que Finnis “está pretendendo catalogar os princípios da lei natural como uma preliminar ética ou como uma fórmula ética para uma teoria social”. Logo, uma das principais transformações feitas por Finnis nas teorias do direito natural é metodológica, isto é, reformular a orientação para a avaliação dos casos e para a normatividade.

Alguns pontos da metodologia finnisiana são imprescindíveis a esse propósito, e esta exposição propõe-se a comentá-las como preparação para responder o problema. Os temas metodológicos relevantes são: 1. O método do caso central; 2. Aceitação da normatividade de formas defectivas de direito 3. Derivação por *conclusão* e por *determinação*; 4. Tendência finnisiana de aceitar as práticas dadas.

Se se quer pensar como é possível identificar quando é legítimo falar de direitos humanos e quando é impróprio assim chamá-lo, então a explicação do caso central se faz necessária. O *caso central* é o caso exemplar para a avaliação das demais situações que dele se aproximam de modo mais perfeito ou imperfeito. Constitui-se, portanto, como um critério descritivo e avaliativo da prática (CROWE, 2016).

É preciso distinguir caso central de outro método chamado indutivista. O caso central não é um colecionamento das características comuns a abarcar todos os estados de coisas (FINNIS, 2011c, p. 9-10), ou um critério gerado por um método estatístico de frequência e ocorrência (FINNIS, 2011c, p. 10). O interessante de se estabelecer um caso central não é a busca por abarcar o maior número de situações, e, sim, o interesse está em afastar ou aproximar, em graus maiores ou menores, os casos que servem e os que não servem para se promover com razoabilidade uma determinada prática, a exemplo da instituição chamada direitos humanos, que se comenta ao final do artigo, segundo a teoria da lei natura em Finnis.

Nessa análise dialética de aproximação e distanciamento, identifica-se o *significado focal*, que é o princípio que estabelece o porquê de um caso ser central e outros não, à medida que aqueles que se distanciam deste sentido, sendo casos periféricos, adotam *significados secundários* (FINNIS, 2011c, p. 11-12). O desafio que se interpõe à teoria é explicar como esses significados focais são estipulados, e tal tarefa cumpre-se pela identificação do ponto de vista *prático*, em que *prático* significa aquilo que é adequado para o propósito da decisão da ação (FINNIS, 2011c, p. 12). Toda a teoria de Finnis é, de alguma forma, uma fundamentação para a orientação da razoabilidade das ações, das práticas sociais e, em particular, do ponto de vista legal. O método do caso central, que pressupõe um sentido focal, é relevante para explicar como Finnis pode ser, ao mesmo tempo, crítico e incorporador dos direitos humanos enquanto prática dada.

A reflexão sobre o caso central e o significado focal nos leva a um problema específico: o da aceitabilidade da normatividade de casos periféricos. Em primeiro lugar, é preciso entender que, do ponto de vista contingencial, nenhum caso particular jamais pode instanciar perfeitamente o *caso central*, não porque seja impossível a aproximação dos elementos entre um e outro, mas porque logicamente não é possível, pois existe uma limitação de categorias

que os separa. A tarefa da metodologia do caso central em Finnis, todavia, é propriamente a de contribuir para que a pesquisa social reflita em termos de aproximação. Desse modo, todos os casos particulares são defectivos? De certa maneira sim; em sentido próprio é o caso central que é *normativo*, mas os modelos que dele se aproximem em grau máximo também podem ser normativos.

O ponto mais importante acerca da aceitabilidade da normatividade de casos “periféricos” para o debate que se realiza é quando o caso central é relativo ao direito, isto é, o ponto de vista legal (AIYAR, 2000). Afirma Finnis: “Se existe um ponto de vista no qual uma obrigação legal é tratada, pelo menos presumivelmente, como uma obrigação moral, (...) então tal ponto de vista constituirá o caso central do ponto de vista legal” (2011c, p. 14-15. Tradução nossa).¹ A obrigação moral presumível é a sua razoabilidade, isto é, que o direito considere o fundamento de que ele promove alguma razão última para a ação, ou pelo menos não a impeça. Esta razão, todavia, pode ser apenas presumível, e isto significa que: i) se não for flagrantemente oposta aos bens mais básicos, o comando autoritativo para a ação (ex.: um tratado de direitos) ainda gera obrigação; e ii) gera obrigação presumível desde que a desobediência seja mais danosa do que os danos que adviriam obediência, ainda que tal forma de comando da autoridade não seja perfeitamente razoável, apenas o suficiente para ser presumível.

A teoria da lei natural não é dogmática ou peremptória em pensar que somente é normativo aquilo que estritamente esteja de acordo com bens básicos (MURPHY, 2005). Ela, tendo por base a *analogia*, e entende que os sistemas jurídicos particulares não são puros. Como Kaufmann (2004) sustenta, direitos humanos muitos gerais encontram verdadeira dificuldade quando de sua especificação, e é neste momento que se percebe que a analogia é relevante, para se poder medir o grau de aproximação do direito natural que essas especificações dos direitos humanos possuem (KAUFMANN, 2004, p. 286). Os sistemas jurídicos particulares estão sempre nessa zona de aceitabilidade, que está entre o caso central, como modelo *simpliciter* de realizar os propósitos dos bens básicos, e os modelos absolutamente rejeitáveis, aqueles para os quais a questão não é serem imperfeitos na promoção dos bens básicos, mas, sim, que são frontalmente opostos a tais tipos de bens. Estando nessa zona de aceitabilidade, então o direito em questão ainda sustenta sua normatividade presuntiva. Isto se dá, além das razões apresentadas, principalmente porque, enquanto sujeitos particulares, há uma limitação na capacidade de julgar e projetar consequências a ponto de rejeitar normas ou comandos que sustentem dúvidas de sua adequação na promoção dos bens básicos. Logo, apesar das dúvidas que um comando possa produzir, estes ainda podem conseguir gerar algum nível razoável de ordem.

A aceitabilidade dessas circunstâncias duvidosas conduz a outro ponto importante, a forma de derivação da lei natural para a forma de direitos: se esta se dá por *conclusão* ou por *determinação* (*determinatio*) (FINNIS, 1998, p. 266). Distinguir estes dois modos importa em evitar compreensões equivocadas, como aquelas que julgam erroneamente que a teoria da lei natural defende uma aplicação direta da lei natural, como se ignorasse os meios empíricos de realização; pelo contrário, a lei natural precisa da atividade criadora humana e de elemen-

¹ “If there is a point of view in which legal obligation is treated as at least presumptively a moral obligation (...) then such a viewpoint will constitute the central case of the legal viewpoint” (FINNIS, 2011c, p. 14-15).

tos culturais para dar forma à realização do propósito dos bens básicos. Essa derivação da lei natural, cuja inferência tem um grau de discricionariedade, isto é, em que o seu conteúdo é parcialmente determinado pela escolha humana, orientada pela razoabilidade, chama-se *determinatio* (FINNIS, 2007, p. 96-98). Por outro lado, denomina-se *conclusão* o tipo de derivação da lei natural, que implica uma lei cujo conteúdo é completamente inferido e delimitado pela lei natural, prescindindo da atividade criadora humana na construção de seu enunciado, bastando uma dedução direta para a sua inferência.

Por fim, é preciso destacar que Finnis, além de se vincular à filosofia tomista, está na tradição contemporânea da teoria do direito que o influencia em algumas tendências: a primeira é a de não ser crítico aos direitos humanos e não o acusar de ser ideológico, atitude acusatória que tem sido tomada por outras escolhas da teoria do direito natural. A segunda tendência é a de tomar como base para a sua teoria as práticas contemporâneas do direito, como são os próprios direitos humanos, uma prática atual e que por ele é assumida. Isso se dá porque Finnis pretende construir uma teoria do direito (que também é uma teoria política) tal qual outros autores contemporâneos fazem, ou seja, partindo de práticas preexistentes (OLIVEIRA, 2002).

Este ponto é imprescindível para a presente investigação. Partir de práticas existentes é típico de uma filosofia que tem interesse em não ser dogmática a ponto de se fazer prescrita tão logo seus conceitos e esquemas não encontrem efeito no mundo prático. Além disso, é também uma atitude teórica de uma filosofia que não quer ser somente crítica, isto é, que pense somente como os fenômenos deveriam ser ou que tente desmascarar formas jurídicas que escondem tendências ideológicas espúrias. A teoria da lei natural tomista, renovada por Finnis, tem interesse em, além de ser crítica, também ser útil para explicar as práticas atuais sem as acusar de ilegítimas (VALLEJO, 2013).

O ônus dessa adaptação da teoria clássica para essas novas tendências é o de não impoldir as categorias fundamentais da teoria da lei natural e se manter coerente com a tradição de que tanto se aprecia pela sua unidade e completude (SCANDROGLIO, 2012). A afirmação da unidade, contudo, não pode ser dogmática, isto é, não pode apenas firmar doutrinariamente um sistema de conceitos intocável. O próprio método do caso central é um método pelo qual se busca ajustar as novas práticas ao significado focal que deve lhe dar sentido e propósito. Isto significa que não só é aceitável, mas também é aconselhável que uma doutrina que tome como fundamento o sentido analógico, que pretende ser normativa, demonstre o mesmo alcance e teste seus conceitos em novas práticas. A explicação de Finnis sobre a aceitação dos direitos humanos como práticas atuais é um teste e um exercício deste tipo.

3 A CRÍTICA DE BEITZ: TÓPICOS PARA UM DEBATE

Antes de se passar à aplicação dos pontos elencados do método da lei natural à temática dos direitos humanos, é importante elencar as críticas que são feitas ao tratamento dos direitos humanos como direitos naturais, a fim de melhor dirigir a exposição. A crítica apresentada é a realizada por Charles Beitz, em razão de sua clareza e, principalmente, porque toca no ponto metodológico a respeito de como a concepção de direitos humanos como prática

implica desafio à compatibilização de versões fundacionistas. Isto porque o interesse de Beitz não é de descobrir valores específicos, senão focar mais num modo de pensar aberto a esta construção (BEITZ, 2013, p. 29).

Uma vez que Beitz (2009) não se debruça sobre o direito natural enquanto proveniente da teoria da lei natural de modo extenso, sua crítica pode falhar em alguns pontos. Isso significa, principalmente, que a noção de direitos humanos enquanto prática pode, em algum nível, ser satisfeita pela teoria finnisiana. Algumas questões que Beitz critica no direito natural moderno, a teoria da lei natural também critica, tal como a inferência dogmática de direitos naturais, a pressuposição de uma ontologia que parte, de forma direta, do ser humano em abstrato para direitos deduzidos, e a crítica de sua negligência quanto à necessidade das leis positivas e demais elementos empíricos relevantes para a consecução da lei natural. É preciso, contudo, auferir se alguns pontos da crítica são cabíveis, a uma primeira vista, também à teoria da lei natural; desse modo, esses pontos tornam-se *tópicos* relevantes para posterior análise na teoria da lei natural finnisiana.

A crítica de Beitz (2009) direciona-se contra as teorias que equiparam direitos naturais a direitos humanos, gesto feito por Finnis. A teoria de Finnis, no entanto, não é nominalmente atacada pelo autor; então, como é possível partir de Beitz como autor responsável por apresentar as problemáticas de uma teoria jusnaturalista finnisiana a respeito dos direitos humanos? A resposta a essa questão precisa de maiores esclarecimentos.

O que Beitz (2009) critica é o que ele chama de teorias naturalistas, que correspondem a uma categoria geral desenvolvida pelo autor a englobar um maior número de teorias que fazem correspondência entre direitos humanos e direitos naturais. Sua crítica, portanto, incide contra um *tipo de teoria*, aquelas que apresentam um conjunto de características que ele indica; não é preciso que uma teoria apresente todas as características para ser chamada naturalista. É esperado que nenhum jusnaturalista chamasse a si próprio do modo como Beitz o categoriza, a exemplo do autor aqui tratado: o jusnaturalista John Finnis. A intenção de Beitz não é diretamente criticá-lo em particular, assim como não é de criticar qualquer autor em específico, e sim de apresentar coordenadas da crítica a um tipo de teoria como um todo que ele chama naturalista.

O que confirma esse caráter geral da teoria de Beitz é, em especial, sua afirmação de que sua crítica, de um modo geral, volta-se em menor medida para as teorias que pensam o “natural” como a busca pelos fundamentos e princípios do melhor direito idealmente concebido (BEITZ, 2009, p. 51-52), que, em Finnis, é a *razoabilidade* aplicada aos direitos, inclusive na avaliação dos direitos humanos. Ora, este tipo de teoria *parece* ser o tipo de teoria naturalista em que Finnis se baseia. Não é possível, contudo, atribuir certeza de que as críticas de Beitz não se aplicam a Finnis – e o presente artigo julga que várias poderiam ser direcionadas a ele, pois, a uma primeira análise, Finnis concordaria com algumas das características naturalistas que Beitz se propõe criticar. Do mesmo modo, o próprio Beitz (2009, p. 51) admite que as concepções naturalistas, moderna e pré-moderna, podem coincidir em vários aspectos. Logo, não é possível inferir seguramente que Beitz esteja dizendo que suas críticas em absoluto não podem ser dirigidas à Finnis. A atitude mais prudente de uma investigação deve ser, portanto, a de verificar se a crítica se aplica e de que forma Finnis e a teoria da lei natural respondem.

Por apresentar apenas características gerais de teorias, e críticas envolvendo tais características, uma aproximação da análise de Beitz com a teoria de Finnis, a respeito dos direitos humanos, é uma tarefa de um artigo como este. O diálogo entre os autores é feito por meio de uma apresentação das críticas de Beitz, e das respostas de Finnis a elas. É preciso fazer um paralelo de cada uma dessas críticas pontuais com a teoria de Finnis a respeito da metodologia e dos direitos humanos, a fim de verificar como a crítica geral de Beitz às teorias naturalistas alcança, em particular, a teoria de Finnis, seja no todo ou em parte, e verificar como elas servem como argumentação que desafia novas respostas da teoria da lei natural.

Como se responderá na última parte deste artigo, por um lado, entende-se que as críticas não alcançam a teoria de Finnis da forma como Beitz (2009) as direciona às teorias naturalistas em geral. Por outro lado, entende-se que elas alcançam a teoria finnisiana não a ponto de refutá-la, mas para exigir dela novas respostas possíveis a partir da sua metodologia e aparato teórico. As considerações de Beitz (2009), se não abalam a consistência da teoria de Finnis sobre os direitos humanos, pelo menos constituem desafios que exigem respostas novas e que não podem ser contornados sem um aprofundamento da própria teoria em seus pressupostos. Por essa razão, a tarefa que se impõe é a de tomar Beitz (2009) como um autor que elenca cuidadosamente desafios à teoria finnisiana, e testar como tal teoria poderia respondê-las. Uma tarefa como esta é extremamente útil para testar a teoria dos direitos humanos de Finnis, e é isto que justifica o modo como se procede no presente artigo: primeiro apresentando a crítica de Beitz e os desafios a testar a teoria de Finnis, e, depois, a resposta deste ante esses desafios. É dessa forma que se pretende demonstrar a relação entre os autores.

Beitz (2009) expõe cada uma das problemáticas da interpretação dos direitos humanos como direitos naturais, fazendo referência aos problemas que cada uma das características dessa interpretação representa para os direitos humanos como prática internacional. Segundo Beitz (2009), a primeira característica é que “direitos naturais são requerimentos cuja força não depende de convenções morais e leis positivas da respectiva sociedade” (BEITZ, 2009, p. 52, tradução nossa);² na segunda característica, “direitos naturais são pré-institucionais em um sentido lógico (mais do que em um sentido histórico); seus conteúdos são concebíveis independentemente de qualquer referência a características estruturais das instituições” (BEITZ, 2009, p. 52-53, tradução nossa),³ e existem numa situação pré-institucional de um *estado de natureza*; na terceira característica, “direitos naturais são possuídos por pessoas ‘em todos os tempos e lugares’ a despeito do estágio de desenvolvimento de uma sociedade e suas forças produtivas, dos detalhes da sua estrutura política, ou do conteúdo das suas tradições religiosas” (BEITZ, 2009, p. 53, tradução nossa)⁴; e a quarta característica é que “os direitos humanos pertencem às pessoas ‘como tal’ ou, em termos de uma frase comum utilizada

² “natural rights are requirements whose force does not depend on the moral conventions and positive laws of their society” (BEITZ, 2009, p. 52).

³ “natural rights are pre institutional in a logical (rather than a historical) sense: their content is conceivable independently of any reference to the structural features of institutions” (BEITZ, 2009, p. 52-53).

⁴ “natural rights are possessed by persons ‘at all times and in all places,’ regardless of the stage of development of a society and its productive forces, the details of its political structure, or the content of its religious traditions and political culture” (BEITZ, 2009, p. 53).

por Simmons, ‘simplesmente em virtude da sua humanidade’” (BEITZ, 2009, p. 53, tradução nossa).⁵ Essas são características gerais, comuns a alguns tipos de teorias que esposam a versão dos direitos humanos como direitos naturais, mas nem todas as adotam na sua integralidade.

A primeira característica, para Beitz (2009, p. 53-54), é a menos problemática, porque realmente os direitos humanos têm de sustentar um nível não convencional enquanto padrão de crítica, a julgar as sociedades que se desviam de medidas humanitárias e adotam práticas radicalmente violadoras, e por isso os direitos humanos precisam, de alguma forma, superar o nível da convencionalidade. O problema dessa característica é o pressuposto ontológico que ela costuma trazer (BEITZ, 2009, p. 54) por aqueles que defendem uma interpretação por meio dos direitos naturais. Essa pressuposição ontológica aponta para uma referência de justificação exterior à prática, uma referência que a doutrina internacional dos direitos humanos não pode admitir, segundo o autor.

A segunda característica, que estabelece direitos humanos como direitos naturais num sentido pré-institucional, também tem sua plausibilidade, porque não há razão para desconsiderar esta possibilidade *ab initio* ou, talvez, mesmo, ela seja bem-vinda (BEITZ, 2009, p. 56), principalmente porque as teorias do direito natural poderiam estabelecer dois níveis: um abstrato, que pensasse os direitos naturais a partir de uma situação de estado de natureza, e outro que já os pensasse dentro de um arranjo institucional (BEITZ, 2009, p. 56).

Nesse modelo de direito natural em dois níveis, todavia, afirma Beitz (2009), apesar de tentar incluir alguma forma mitigadora de dogmatismo, incorporando algum nível institucional, ainda existe um problema. O requisito de limitar as práticas institucionais a partir de direitos naturais exerce uma pressão a restringir o alcance do conteúdo normativo (BEITZ, 2009, p. 56), isto é, esta característica até inclui um nível institucional, mas o catálogo de direitos ainda permanece intocável pela noção de práticas. Com isso, mantém-se um sentido dogmático que dificulta pensar a construção dos conteúdos dos direitos humanos a partir da historicidade e do desenvolvimento das práticas, noção inabdicável pela doutrina internacional dos direitos humanos.

A terceira característica é altamente criticada por Beitz (2009). Para o autor, é difícil pensar que um direito humano, no modo como ele é formulado na doutrina internacional dos direitos humanos, possa ser válido igualmente para todas as épocas e lugares. Como o autor salienta, “considere, por exemplo, os direitos à seguridade social ou, novamente, a uma educação livre e elementar (artigos 22 e 26) (...) seus criadores não poderiam ter intencionado que a doutrina dos direitos humanos se aplicasse, por exemplo, à Grécia antiga” (BEITZ, 2009, p. 57).⁶ No tópico final, quando se explicar a teoria finnisiana da lei natural, se criticará também essa posição dogmática, e se responderá, contudo, sem dar uma exposição unicamente baseada em prática.

⁵ “human rights belong to persons ‘as such’ or, in the customary phrase used by Simmons, ‘simply in virtue of their humanity’” (BEITZ, 2009, p. 53).

⁶ “consider, for example, the rights to social security or, again, to free elementary education (arts. 22, 26). (...) its framers could not have intended the doctrine of human rights to apply, for example, to the ancient Greeks” (BEITZ, 2009, p. 57).

As críticas correspondentes às três primeiras características, no entendimento de Beitz, referem-se mais caracteristicamente ao direito natural moderno, que é a primeira forma de entender o *natural* dentro do seu plano de exposição. Isso, todavia, isso é diferente quanto à quarta característica, de que há direitos humanos em virtude de sua própria humanidade, que Beitz afirma se aplicar explicitamente mesmo a uma versão de direito natural semelhante à de Finnis (2009, p. 59).

A quarta característica manifesta-se em ambas as formas do direito natural, aquela mais moderna e a outra mais clássica. Beitz (2009, p. 59) expõe essa perspectiva – de que a simples característica de *pessoa como tal* justifica por que alguém tem direitos humanos de dois modos: a *perspectiva da demanda* (*demand side*) e a *perspectiva do suporte* (*supply side*). A perspectiva da demanda busca explicar por quais razões se deveria proteger os direitos humanos como coisas boas para os beneficiários, enquanto a *perspectiva de suporte* tenta explicar por que uma classe de agentes deveria proteger beneficiários de modo a tornar obrigatório e coercitivo os direitos humanos (BEITZ, 2009, p. 59).

As teorias do direito natural, de ambos tipos, tratam que os direitos humanos são aplicados a todos os seres humanos e não dependem da cultura. A ideia fundamental é que há interesses comuns básicos que explicam o porquê de direitos humanos, fundados naqueles interesses, devem ser protegidos, e que isso deveria ser relevante a ponto de exigir a normatividade em relação aos agentes, sejam eles instituições do Estado ou agentes internacionais independentes, como as ONGs. Fundando-se nesses interesses básicos, as teorias do direito natural, em geral, segundo Beitz (2009, p. 64-65), não precisam recorrer a uma ordem global ou à descrição de suas práticas, isto é, não retiram o conteúdo dos direitos humanos desde o modo emergente como eles vão se dando, e sim a partir de uma visão fundacionista.

Estes são alguns dos desafios que Beitz (2009, p. 65) elenca serem imputáveis às teorias do direito natural na perspectiva da demanda: (1) elas não se referem à função discursiva dos direitos humanos na prática global; (2) as teorias do direito natural limitam o alcance dos direitos humanos porque não dão atenção para a função discursiva; (3) as teorias do direito natural chamam e limitam os direitos humanos a uma lista, muitas vezes, ausente na doutrina internacional dos direitos humanos; e (4) quando as práticas dos direitos humanos confrontam com as teses teóricas dos direitos humanos, há uma tendência às teorias do direito natural em sustentar a reforma das práticas, e não a de tentar aceitar a prática e incorporá-las na teoria (BEITZ, 2009, p. 65-67).

A *perspectiva de suporte*, que explica a quem os direitos humanos direcionam-se, não importa à questão aqui debatida, principalmente porque, tendo este artigo um fundo de discussão metodológica e sua aplicação ao problema dos direitos humanos. Logo, o ponto central continua a ser aquela situação em que se expõe propriamente o porquê de se ter direitos humanos e como também os pressupostos explicam a assunção das práticas. Passa-se, então, à resposta que a teoria da lei natural em Finnis tem a dar a alguns desses problemas, principalmente em não se afastar da noção de práticas e tentar explicar como tal teoria parece entender essa necessidade de incorporação, por meio do esforço em afastar esses problemas.

4 APLICAÇÃO DOS PRESSUPOSTOS E MÉTODOS DA LEI NATURAL AOS DIREITOS HUMANOS

Tendo explicado as críticas de Beitz (2009) à concepção naturalista de direitos humanos, chega-se à parte deste trabalho em que se oferecem respostas a esse problema desde a metodologia e pressupostos mais fundamentais da teoria da lei natural em Finnis. O interesse nas respostas que se seguem é tomar as considerações de Beitz (2009) como um padrão geral do que se pode pontualmente criticar nas teorias naturalistas, e realizar um exercício especulativo de como algumas dessas críticas podem ser tomadas para criticar também a teoria da lei natural finnisiana. Frisa-se, portanto, que a intenção em partir de suas críticas é uma escolha metodológica do trabalho em tomá-las como *tópicos* para uma análise de problemas relevantes e, por meio de respostas às críticas, incentivar a teoria a desenvolver melhor sua relação com a aceitação das práticas dos direitos humanos.

A primeira crítica de Beitz (2009) foi que os direitos humanos realmente precisam superar a convencionalidade e a cultura para construir um padrão de crítica às práticas, mas o erro das teorias naturalistas seria tomar um pressuposto ontológico, que é uma referência exterior à prática, referência esta que a doutrina internacional dos direitos humanos não poderia assumir. Essa crítica é completamente afastada em Finnis (2011c), porque, em *Lei natural e direitos naturais* (doravante chamada LNDN) (FINNIS, 2011c), sua metodologia e pressupostos entendem que não é correto começar uma teoria do direito natural desde uma descrição metafísica ontológica do ser humano e daí derivar os direitos. Pelo contrário, Finnis considera que, se fizesse isso, realmente uma teoria da lei natural incorreria na falácia naturalista.

Sua obra, contudo, não é apenas assentada sobre o LNDN. Nesta obra, Finnis parece realmente interessado em afastar o fundo metafísico de sua teoria, o que, de algum modo, por si só seria suficiente para afastar a questão de Beitz. Se, todavia, por um lado sua obra LNDN tem essa característica, na obra *Aquinas* (FINNIS, 1998, p. 176), quando ele debate a dignidade humana, parece fazer uma incorporação de elementos metafísicos e ontológicos. A própria descrição de dignidade humana, que é importante para os direitos humanos em Finnis, parece apontar para um grau de pressuposição ontológica (FINNIS, 1998, p. 178-179).

A descrição da dignidade em Finnis é entendida a partir de uma unidade das capacidades do ser humano enquanto tal, que, realmente, tem um sentido metafísico ou ontológico, e é a noção de alma (*anima*) que está no cerne dessa unidade (FINNIS, 1998, p. 178-179). Isso, porém, não significa, em si, que os direitos humanos sejam, na doutrina de Finnis, dependentes de uma ontologia. A dignidade gera uma exigência de justiça, mas não é a descrição ontológica do homem que explica por que se tem direitos humanos, e sim a dignidade de ser pessoa; nas próprias palavras de Finnis, “seria um equívoco afirmar que nós temos estes direitos [direitos humanos] *porque* somos humanos. É preferível afirmar que cada um os possui porque todo membro individual da espécie tem a dignidade de ser pessoa” (FINNIS, 1998, p. 176). Apesar, portanto, de *Aquinas* (FINNIS, 1998) ser uma obra em que Finnis já insere mais elementos ontológicos e metafísicos, essa pressuposição não é diretamente um fundamento para os direitos humanos, e sim ela é um indicador da nossa condição racional que exige interesses específicos mais fundamentais que baseiam a exigibilidade de um direito humano como se entende (ROHLING, 2015). Desse modo, a ontologia não desempenha uma função de gerar deveres; é a epistemologia que explica como surgem deveres:

Eles sustentam que não há inconsistência aqui e que sua concepção teleológica de natureza não produz enunciados morais normativos. Isto é sustentado por meio de uma distinção rigorosa entre epistemologia e ontologia. Os jusnaturalistas sustentam que, *epistemologicamente* falando, é impossível inferir a existência de bens básicos a partir da natureza humana. Todavia, *ontologicamente* falando, os bens básicos são fundados na natureza. Uma vez que tem sido crítica de Hume que não deveríamos *inferir* normas a partir de fatos, Finnis e Grisez pensam que podem evitar este ônus fazendo uma distinção entre epistemologia e ontologia. Embora normas tenham fundamento na natureza, eles não inferem normas a partir da natureza (WESTERMANN, 1998, p. 254, tradução nossa).⁷

A segunda crítica que Beitz apresenta, e que pode ser norteadora para entender os direitos humanos em Finnis, é aquela que critica os direitos naturais por supostamente serem pré-institucionais, em razão de postularem um estado de natureza, e, com isso, serem de um tipo que mantém um catálogo de direitos humanos restritos e fechados às influências que poderiam ser inferidas das práticas. A primeira parte dessa crítica evidentemente não se aplica à teoria da lei natural de Finnis, porque ele ressalta que a característica de uma teoria do direito natural fazer referência ao *estado de natureza* é típica das teorias modernas do direito natural, e não da teoria clássica tomista a que Finnis se vincula. Contudo, uma vez excluída a parte que não se aplica, a crítica ainda tem pertinência suficiente para desafiar a teoria de Finnis.

Os direitos humanos na teoria de Finnis realmente, em algum nível, são pré-institucionais. Finnis equipara os direitos humanos com os direitos naturais (FINNIS, 2011c, p. 198), e isso significa que é preciso aplicar o método dos direitos naturais para entender os direitos humanos. Os direitos naturais, na teoria finnisiana, são os direitos derivados por modo de conclusão desde os bens básicos, assumindo uma forma de prescrição jurídica que é o que de mais fundamental se vincula ao direito. Isso ele considera ser a parte necessária de todo sistema jurídico, pois se remete aos propósitos mais fundamentais do direito, apresentado em alguns momentos passados como *ius gentium*, em outros momentos como *ius cogens erga omnes* e agora como *direitos humanos fundamentais* (FINNIS, 2007, p. 95). Os direitos humanos, nesse sentido, são pré-institucionais, porque sua dedução provém diretamente dos bens básicos, sem passar pela percepção das práticas, ou pela deliberação política que lhe daria forma. Essa argumentação, no entanto, ainda está incompleta.

Os direitos naturais, que são direitos humanos, não são atemporais como acusados de ser, ou não implicam numa concreção que não faça sentido para as práticas. Isso implica que, para entender os direitos humanos em Finnis, é preciso distinguir e conciliar dois lados, um em que sua fundação é mais substancial, e outra em que há maior aceitação das práticas. O próprio Beitz (2009, p. 56) antecipou que uma das possíveis respostas das teorias do direito natural à sua crítica seria o recurso de separar dois níveis de argumentação: um que pensasse de modo mais abstrato os direitos humanos em seu sentido mais relacionado com

⁷ “They maintain that there is no inconsistency here and that their teleological conception of nature does not give rise to moral ‘ought’-statements. This is argued by means of a rigorous distinction between epistemology and ontology. The natural lawyers assert that, *epistemologically* speaking, it is impossible to infer the existence of basic goods from human nature. But *ontologically* speaking, the basic goods are grounded in nature. Since it has been Hume’s criticism that we should not *infer* norms from facts, Finnis and Grisez think that they can avoid that charge by making a distinction between epistemology and ontology. Although norms are grounded in nature, they do not infer norms from nature” (WESTERMANN, 1998, p. 254).

os direitos naturais, e outra que já o reflete dentro dos arranjos institucionais. Beitz antecipa essa resposta da teoria do direito natural, mas não a supera, porque de fato essa resposta demonstra como o direito natural pode ter um caráter institucional. Ele tenta corrigir isso afirmando que, ainda, sim, seria persistente o problema do catálogo de direitos ser limitado; contudo, este é outro problema, e não o que versa acerca da institucionalidade dos direitos naturais.

As considerações metodológicas feitas no primeiro capítulo são importantes para este problema. Primeiro é preciso considerar a aceitação das práticas. Quando Finnis refere-se a direitos humanos, não só ressalta que eles são direitos naturais, mas enfatiza que eles, de alguma forma, estão já plasmados nas principais declarações de direitos humanos, principalmente na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 (FINNIS, 2011c, p. 214). Nessa afirmação fica claro que o interesse de Finnis não é o de demitir a importância das instituições e práticas para os direitos humanos; pelo contrário; o seu interesse é, antes, o de sempre reconduzir as instituições e práticas para a melhor realização do florescimento humano, mas é preciso aceitar prudencialmente as imperfeições que porventura as instituições internacionais tenham, porque a realização dos interesses mais básicos nunca é feita de modo perfeito (GREEN, 2013).

Finnis, portanto, incorpora, claramente, as práticas internacionais de direitos humanos, principalmente tendo como pilar a DUDH de 1948. Vários dos artigos nela presente apresentam importância fundamental:

Dentre os direitos proclamados na Declaração Universal estão a vida, a liberdade, segurança pessoal (Artigo 3), igualdade perante a lei (Artigo 7), privacidade (Artigo 12), casamento e proteção da vida familiar (Artigo 16), propriedade (Artigo 7), segurança social e a “realização, através dos empreendimentos nacionais e internacionais de cooperação... dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis para a dignidade [de todos] e o livre desenvolvimento de sua personalidade” (Artigo 22), participação no governo (Artigo 21), trabalho, proteção contra o desemprego, remuneração adequada pelo trabalho (Artigo 23), descanso e lazer (Artigo 24), “padrão de vida adequado para... ter saúde e bem-estar...” (Artigo 25), educação (Artigo 26), fruição das artes e um compartilhamento dos benefícios dos avanços científicos (Artigo 27), e “uma ordem social e internacional na qual os direitos e liberdades estabelecidos nesta Declaração possam ser completamente realizados” (Artigo 28). Quando analisamos esta lista, nós percebemos o que o “manifesto” moderno da concepção de direitos humanos valoriza (FINNIS, 2011c, p. 214, tradução nossa).⁸

⁸ “For amongst the rights proclaimed in the Universal Declaration are life, liberty, security of person (Article 3), equality before the law (Article 7), privacy (Article 12), marriage and protection of family life (Article 16), property (Article 17), social security and the ‘realization, through national effort and international co-operation ... of the economic, social and cultural rights indispensable for [everyone’s] dignity and the free development of his personality’ (Article 22), participation in government (Article 21), work, protection against unemployment, favourable remuneration of work (Article 23), rest and leisure (Article 24), ‘a standard of living adequate for... health and well-being...’ (Article 25), education (Article 26), enjoyment of the arts and a share in the benefits of scientific advancement (Article 27), and ‘a social and international order in which the rights and freedoms set forth in this Declaration can be fully realised’ (Article 28). When we survey this list we realize what the modern ‘manifesto’22 conception of human rights amounts to” (FINNIS, 2011c, p. 214).

Finnis apresenta nesta afirmação duas informações importantes: a primeira é que é em um Tratado real, proveniente da construção pelas práticas, que podemos encontrar orientações adequadas sobre os aspectos mais relevantes da vida humana e os direitos mais fundamentais, e não em uma ideia abstrata ou a partir de filósofos ilustrados. A segunda informação é que os direitos humanos apresentam-se, de modo especial, enquanto manifesto moderno, e mesmo assim a teoria da lei natural continua a enxergar neles o ponto de partida mais relevante. Finnis chega mesmo a afirmar que tais direitos humanos da Declaração são formas de esboçar os contornos do bem comum (FINNIS, 2011c, p. 214). Finnis, portanto, não se distancia das práticas dos direitos humanos; ao contrário, busca aproximar-se delas.

O método do caso central de Finnis contribui para essa compreensão. O caso central do direito positivo é aquele que mais se aproxima do direito natural, e nesse caso os direitos humanos. É preciso aceitar, todavia, que o caso central nunca vai se realizar plenamente, de onde se conclui que a teoria da lei natural aceita casos desviantes de direito como normativos, em prol de sua realização prática efetiva mesmo que num nível mediano. Essa é a razão pela qual a desobediência civil não é indiscriminadamente apoiada pelo direito natural, porque, ainda que algumas leis sejam desviantes, é preciso reconhecer que algum bem da lei elas continuam a realizar, de sorte que o seu descumprimento importaria em um dano maior. Isso ocorre porque a obrigação moral de conformidade sobre as leis positivas é apenas presumível, e não retira toda sua força da lei natural (FINNIS, 2007, p. 96).

Os direitos humanos que Finnis considera que assim merecem ser chamados de modo *central*, são aqueles que coincidem com os direitos naturais, isto é, não necessariamente aqueles provenientes das práticas – apesar de não desprezar sua importância –; são, antes, aqueles direitos humanos cujo conteúdo provém de uma derivação por conclusão direta desde a lei natural e, principalmente, dos bens básicos que a integram. A primeira vista, isso parece significar que os direitos humanos, segundo Finnis, não comportam aspectos de práticas, mas essa crítica não é completamente verdadeira. De alguma forma, as práticas e formas institucionais precisam ser avaliadas e ratificadas como direitos humanos. Como ocorre com a positivação, entretanto, a necessidade de ensejar alguma ordem não pode esperar, de modo que, mesmo alguns direitos humanos que não estejam no seu *caso central*, isto é, que não sejam conclusões diretas dos direitos naturais, sendo eles formas defectivas que ainda guardam alguma relação com o que de mais fundamental há nos direitos, não podem ser simplesmente descartados como *não direitos* humanos. Isso demonstra que a teoria da lei natural finnisiana possui um grau de realizabilidade institucional e de aceitação das práticas, porque não é uma teoria dogmática do direito natural, como são as teorias modernas jusnaturalistas.

Quanto à institucionalidade especial da ordem internacional e dos direitos humanos que dela se valem para sua execução, Finnis (2011c) não sustenta que a institucionalidade valha apenas para a autoridade das comunidades internas a um Estado-nação; pelo contrário, ele afirma que “há relações entre pessoas que transcendem as fronteiras de todas as *poleis*, reinos, ou Estados” (2011c, p. 149-150. Tradução nossa).⁹ Logo, Finnis reconhece, evidentemente, que o Estado-nação não é uma comunidade completa, no sentido de ser tão autossuficiente quanto se julgava ser; o bem comum é contemporaneamente dependente

⁹ “there are relationships between persons which transcend the boundaries of all *poleis*, realms, or states” (2011c, p. 149).

dos direitos humanos, pois existe um bem de toda a humanidade, e Finnis (2011c, p. 155-156) explicita bem a incompletude do Estado-nação para esse bem comum total. Com efeito, o período contemporâneo explicita, melhor do que qualquer outra época, que as relações entre as pessoas, que ultrapassam as fronteiras, mostram-se verdadeiramente globais, e, principalmente, que os direitos não são apenas os proclamados internamente pela institucionalidade do Estado, mas há uma institucionalidade internacional a ser realmente levada em conta, e os direitos humanos por ela promovidos são relevantes. Finnis não rejeita, portanto, a institucionalidade dos direitos naturais, tampouco a institucionalidade da ordem internacional; antes, pela teoria da lei natural, explicita sua relevância.

A terceira crítica também é respondida pelas considerações anteriores. Os direitos humanos, enquanto direitos naturais, isto é, na sua formulação mais conclusiva e aproximada dos bens básicos, realmente são independentes de tempo e lugar. Não é apenas esta forma, contudo, que importa para a teoria da lei natural. Assim como as leis positivas são indispensáveis para a ordem jurídica, e é assim porque somente a lei humana pode cumprir uma função coercitiva, os direitos humanos, nas formas de tratados e declarações em geral, e suas *concreções históricas*, precisam ser assumidos pela teoria da lei natural. Isso é uma necessidade metodológica: o caso central precisa, ao mesmo tempo, aceitar como normativa algumas formas defectivas e análogas, algumas práticas ligeiramente desviantes, aquelas que são direitos humanos apenas em analogia, bem como acreditar que os direitos humanos, em suas formas temporais, não diretamente direitos naturais, em algum nível, guardam sua normatividade.

Engelmann (2007) faz uma análise da lei natural a partir de Finnis de um modo interessante, integrando sua teoria com a *historicidade*.¹⁰ O autor ressalta que são os princípios da lei natural que não estão sujeitos à histórica, sendo, por isso, ahistóricos (ENGELMANN, 2007, p. 151). O modo, porém, como a lei positiva, e mesmo os tratados internacionais em geral e, em particular, os de direitos humanos, vão percebendo quais direitos devem resguardar, mostra historicidade e decisão prudencial. A teoria da lei natural, diferente do direito natural moderno dogmático, pretende oferecer os princípios para as decisões razoáveis, inclusive para orientar os direitos humanos e as práticas jurídicas globais. Em nada pretende, de antemão, todavia, impedir a influência prudencial das circunstâncias históricas. Como afirma Kaufmann (2000, p. 43 *apud* ENGELMANN, 2007, p. 140),

que o Direito seja histórico não significa que, em qualquer parte, se desenvolve de forma reservada no tempo, senão que o caminho deve ter um objetivo totalmente determinado, o caminho do Direito para o Direito Natural. O Direito natural e a historicidade, portanto, não são inimigos um do outro, a historicidade do Direito lhe conduz a um maior esclarecimento ao Direito Natural, com vistas a alcançar o inalcançável, o que é possível justamente aqui e agora: o *Direito jurídico temporal*.

Finnis é um dos autores do direito natural mais consciente de que a lei natural fornece os princípios e não já as conclusões específicas do que deve ser feito. A aceitação das práticas dos direitos humanos, dos arranjos globais institucionais como factualmente indelévels, somente são possíveis para uma teoria do direito natural que entendeu que a ahistoricidade da

¹⁰ Tal caráter perpassa por toda sua obra, uma vez que, como o próprio título da obra sustenta, Engelmann (2007) pretende fornecer uma abordagem hermenêutica do direito natural.

lei natural não tolhe a historicidade dos direitos humanos, dos tratados; antes orienta fornecendo os princípios para um posterior julgamento. Engelmann acredita que Finnis entendeu que não existe oposição instrínseca entre direito natural e direito positivo, ou direitos humanos, isto é “o direito natural não precisaria ser visto como outra parte da moeda” (ENGELMANN, 2007, p. 142) ante o direito positivo ou os tratados de direitos humanos.

A lei natural, portanto, não se opõe à historicidade dos direitos humanos; antes “estes princípios da lei natural possibilitam o julgamento da história humana” (ENGELMANN, 2007, p. 152), e, conseqüentemente, dos direitos humanos na história. No dizer de Castanheira Neves (2003), o direito natural e o direito positivo devem convergir, de tal modo que se possa falar do direito positivo como *direito natural vigente* (p. 45-46); parafraseando-o, o direito natural e os direitos humanos, enquanto provenientes de tratados e arranjos institucionais globais, deveriam convergir a ponto de que os direitos humanos fossem, em verdade, *direitos naturais vigentes na ordem global*.

Do mesmo modo, o que atesta essa aceitação das práticas dos direitos humanos na ordem internacional (este “direito natural vigente na ordem global) é o modo como Finnis, por exemplo, opta por analisar a autoridade dos costumes (FINNIS, 2011c, p. 238-245). O debate é longo, e não é preciso entrar em maiores detalhes. Finnis (2011c, p. 243-244) vai sustentar que não é suficiente que haja argumentos morais que justifiquem a autoritatividade de um costume; é preciso de uma *autoritatividade legal*: “A autoritatividade geral do costume depende do fato de que a formação do costume tenha sido adotada na comunidade internacional como um método apropriado de produção de regras” (FINNIS, 2011c, p. 244, tradução nossa).¹¹ A partir disto, dado que os direitos humanos dependem dos costumes, Finnis deixa claro que sua teoria dos direitos humanos depende claramente da prática e do *framework* internacional, como ele próprio afirma (FINNIS, 2011c, p. 244).

Quanto à última crítica de Beitz, que este entende ser diretamente também aplicável a uma teoria do direito natural do tipo adotada por Finnis, é preciso entender que seu ataque tem uma descrição inadequada e insuficiente para derrubar a consistência da teoria de Finnis, principalmente pelas razões já apresentadas a respeito de sua incorporação institucional de práticas. A crítica fundamental, apontada por Beitz (2009), é que, para aqueles que sustentam que os direitos humanos se estendem a todos em razão da sua humanidade como tal, os direitos humanos independem da cultura e não precisam fazer referência a uma ordem global.

Essa última afirmação não se aplica a Finnis porque sua teoria reconhece o papel indelével das formas concretas da lei humana, do *framework* das práticas e costumes internacionais já explicados nos parágrafos anteriores, e dos tratados internacionais, para a coerção dos direitos naturais, bem como na sua melhor especificação (DUKE, 2013). Por isso os direitos humanos, para uma teoria da lei natural, tanto não independem completamente da cultura quanto também não dispensam a relevância da ordem global. Talvez Beitz (2009) esteja fazendo referência mais ao conteúdo dos direitos humanos, todavia sua crítica parece estar mais abrangente do que isso. É preciso frisar que não somente a temática do conteúdo é

¹¹ “the general authoritativeness of custom depends upon the fact that custom-formation has been adopted in the international community as an appropriate method of rule-creation” (FINNIS, 2011c, p. 244).

importante para os direitos humanos; sua efetivação também o é, e por isso a teoria da lei natural ressalta a relevância das formas concretas de lei emanadas por uma autoridade, isto é, considera, sim, relevante fazer referência em algum nível à ordem global internacional.

Uma última colocação de Beitz (2009) dedica-se a atacar uma suposta tendência das teorias do direito natural, inclusive a finnisiana, de afastar um direito como direito humano em razão da sua colisão com a concepção que essas teorias sustentam de direitos naturais, isto é, quando uma prática ou instituição diz que algo é direito humano, mas isto não é abarcado como direito natural; então, segundo Beitz (2009), uma teoria desse tipo tenderia a rejeitá-la como direito humano. Essa visão é um pouco exagerada, porque, mesmo para os defensores modernos do direito natural (que são mais dogmáticos), de alguma forma cabe às instituições a interpretação da conformidade dos direitos com os direitos humanos, de modo que há uma dialética entre essas instâncias, até porque as contingências dão respostas diferentes acerca da conformidade ou não com o direito natural.

É preciso reconhecer que realmente a teoria da lei natural visa a realizar, sim, esse tipo de crítica sobre o direito instituído; nesse caso o direito humano instituídos pelas práticas, Tratados e instituições internacionais. A tendência crítica, contudo, não desabona a capacidade de explicar a incorporação de práticas ou uma certa visão institucional, principalmente porque a própria posição de Beitz (2009, p. 105-106) é a de que uma teoria dos direitos humanos também precisa saber ter uma posição crítica a respeito de alguns direitos humanos, de modo que não pode ser absolutamente descritiva e acrítica. Isso significa que uma *concepção baseada em práticas* de Beitz (2009) não está menos disposta a criticar as práticas defecivas dos direitos humanos do que uma *concepção baseada na lei natural*.

Por todo o exposto, fica claro que Finnis não dispensa as práticas dos direitos humanos; antes a incorpora, tanto na sua linguagem de direitos quanto na aceitação da institucionalidade da ordem global dos direitos humanos. Disto, há alguns avanços que se pode observar a partir da inserção da teoria da lei natural nesse debate de incorporação de práticas.

Como ressalta Engelmann (2007), a teoria em Finnis não é uma reflexão sobre as versões do direito natural. A lei natural é uma realidade dos princípios práticos, que, de formas diversas, servem à ética, política e ao direito; com efeito, tais princípios alcançam os direitos humanos de um modo especial. Dessa maneira, a teoria prática da lei natural fornece uma riqueza em instrumentos teóricos e práticos para descrever e avaliar os direitos humanos. Por exemplo, os bens básicos podem funcionar como um balizador para identificar os direitos humanos mais relevantes e urgentes. Isso não significa que toda teoria da lei natural seja estrita em aceitar apenas os direitos humanos que estejam dentre estes bens; contudo, pode-se propor uma hierarquia de direitos humanos mais importantes e de outros menos centrais, por meio mesmo da aplicação do método do caso central e caso periférico.

Outro importante avanço é quanto ao método enquanto tal. Isto, de alguma forma, já foi evidenciado neste artigo, mas pode voltar a ser destacado. A metodologia do caso central e do sentido focal, e a aplicação da analogia aos direitos humanos, fornece um instrumento teórico capaz de avançar tanto na descrição de fenômenos quanto na sua avaliação. As bases metodológicas da lei natural são tanto descritivas quanto avaliativas. Os direitos humanos ganham com essas reflexões, na medida em que, dentro da pluralidade de direitos, os direitos humanos pretendem ser aqueles mais fundamentais (mais *centrais*) para toda vida humana,

de tal modo que, para isto, é preciso uma linguagem que avalie que há direitos mais fundamentais que outros, e que descreva os centrais e os periféricos, avaliando-os simultaneamente. A teoria da lei natural propicia este método para sustentar que os direitos humanos são mais centrais que o direito positivo ou um comando emanado de uma autoridade, e não podem ser preteridos por estes.

Estritamente quanto às implicações práticas, pode-se ressaltar a função que Finnis atribui aos direitos humanos. Finnis (2011c, p. 236) sustenta que os direitos humanos integram, diretamente, o bem comum. E isto não é apenas uma assertiva teórica; uma vez que tal é a sua função; os direitos humanos também são a base da fundamentação da autoridade política, dos comandos do Estado e da produção das leis positivas, pois é o *bem comum* que é a justificação da autoridade política. Em tempos em que os direitos humanos se tornam cada vez mais consensuais, e não apenas aceitos convencionalmente, mas reconhecidos como fonte de justiça, uma teoria que explica como eles integram a justificação da autoridade ganha proeminência.

Com efeito, os direitos humanos, a partir da teoria da lei natural, tomam a função de serem avaliadores e críticos dos Estados, e fornecem para as instituições globais de direitos humanos instrumentos conceituais e categorias para fazer essas análises. Do mesmo modo, como Finnis pensa os direitos humanos como requisitos do bem comum político, logo sua teoria tem maior facilidade de explicitar o alcance interno à política Estatal. Os direitos humanos não são apenas um mecanismo de intervenção na soberania para evitar a violação a direitos; eles são justificadores da autoridade interna. Algumas práticas dos direitos humanos precisam dessa correlação, a exemplo do chamado *controle de convencionalidade*. Uma vez que os direitos humanos são vistos por Finnis com tamanha importância para a integração da política interna de um Estado para com o bem comum de toda a humanidade, abrem-se caminhos para facilitar práticas que visam a integrar o global e o local em torno da justiça dos direitos humanos.

5 CONCLUSÃO

O presente artigo expôs como a teoria de Finnis explica a incorporação dos direitos humanos como prática emergente, apesar de sua fundamentação na teoria da lei natural. O itinerário até a resposta precisou passar, principalmente, por pontos da metodologia da lei natural em Finnis, mormente porque o problema do artigo versa sobre as bases do modo de raciocínio da teoria da lei natural e sua maneira de proceder nas justificativas que apresenta. Esses pontos metodológicos foram, em especial, o método do caso central, a distinção entre derivação por conclusão e determinação, a tendência de uma teoria da lei natural crítica, mas também descritiva que exige a aceitação de práticas, e as práticas dos direitos humanos principalmente.

Como forma de elencos e etapas à pergunta, elegeu-se a obra de Beitz para apresentar as dificuldades que uma teoria naturalista tem em incorporar práticas. A partir de suas críticas, submeteu-se os problemas elencados à teoria de Finnis, utilizando as categorias metodológicas apresentadas na primeira parte para mostrar como o autor explica o caráter institucional dos direitos humanos e a aceitação das práticas, mesmo tendo uma teoria fundada na lei natural. Embora Finnis não tenha em sua obra dado diretamente uma exposição acerca da

incorporação das práticas atuais dos direitos humanos, foi possível expor como uma teoria da lei natural pode fazer a incorporação de tais práticas lançando mão de seus pressupostos e recursos metodológicos, sobretudo de pesquisa social. Ainda que sua teoria permaneça crítica a determinadas formas de direitos humanos, ela tem recursos para explicar como a normatividade de tais formas se mantém, e como a analogia e o seu método do caso central podem servir para uma teoria dos direitos humanos fundada em direitos naturais que seja menos dogmática do que aquela diretamente criticada por Beitz em sua obra.

Desse modo, a pesquisa não representou uma pura e simples defesa da teoria da lei natural e de Finnis ante as críticas de Beitz. De fato, reconheceu-se que as críticas têm pertinência, que são problema que devem ser assimilados para que a teoria da lei natural se renove. As teorias do direito natural várias vezes recaem em um *fundacionismo*, isto é, partem de preceções metafísicas, antropológicas ou principiológicas, e não fornecem um aparato para pensar os direitos humanos desde as práticas; mas é esta visão que se quer superar.

Pensar direitos humanos como direitos naturais, como demonstrou-se, pode ser mais do que impor um direito supra-histórico conhecido; pelo contrário, pode significar que os princípios da lei natural sejam norteadores para as práticas históricas. É este modelo que se julga ser o adotado por Finnis, e, a partir das críticas de Beitz, pretendeu-se avançar na direção de que a teoria da lei natural tem de preterir uma análise dogmática do direito natural, e, uma vez que se considerou equivalente direitos naturais e direitos humanos, é preciso olhar não somente para os princípios do primeiro, mas para as *práticas do segundo*.

Uma crítica a uma teoria não serve apenas para refutá-la, mas talvez para fazê-la repensar o uso de seus próprios pressupostos. A crítica de Beitz não refuta a teoria da lei natural como um todo, mas serve para orientar melhor as interpretações acerca da lei natural. Sobre esta há inúmeras interpretações; umas mais dogmáticas, mais alinhadas a uma visão supratemporal e supralocal dos direitos humanos, e outras que consideram que as práticas podem ser um ponto de partida viável, sem abandonar os princípios. Uma crítica consistente, como a de Beitz, serve para chamar a atenção mais para o segundo tipo de interpretação e revelar os problemas da primeira. Fazer essa interpretação da teoria da lei natural, como o presente artigo pretendeu, exige estruturar a metodologia de Finnis para a aceitação das práticas, de modo que suas pressuposições de caso central e sentido focal, por exemplo, talvez precisem ser menos dogmáticas e mais dialógicas com as formas sociais das práticas dos direitos humanos e instituições que se apresentam concretamente a elas.

Com efeito, não é apenas uma questão de interpretação, mas isso guia a teoria da lei natural a se empenhar cada vez mais no sentido das práticas, e isso exige, por sua vez, inovação da teoria a partir de seus pressupostos. Por exemplo, se deu mais atenção à normatividade dos casos periféricos, isto é, do reconhecimento que as formas históricas de direitos humanos menos próximas dos direitos naturais, mas ainda assim não completamente afastadas, podem ter força normativa. Uma visão mais dogmática do direito natural não tenderia a essa interpretação; tenderia, logo, a acusar tais direitos humanos como ideológicos e desarrazoados. Ao contrário, a crítica de Beitz, tomada pela lei natural de Finnis, tende a sensibilizá-la para a historicidade dos direitos humanos, reconhecendo a normatividade. O presente artigo

entende que a *nova teoria da lei natural* deve caminhar, portanto, em direção a uma teoria efetivamente prática dos direitos humanos, por meio de uma interpretação mais compreensível com as práticas e menos dogmática.

6 REFERÊNCIAS

- AIYAR, S. The problem of law's authority: John Finnis and Joseph Raz on legal obligation. *Law and Philosophy*, v. 19, p. 465-489, jul. 2000.
- BEITZ, Charles. *The Idea of Human Rights*. New York: Oxford University Press, 2009.
- BEITZ, Charles R. From Practice to Theory. *Constellations*, v. 1, n. 20, p. 27-37, mar. 2013.
- CASTANHEIRA NEVES, A. A crise actual da filosofia do direito no contexto da crise global da filosofia: tópicos para a possibilidade de uma reflexiva reabilitação. *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*. Coimbra: Coimbra, 2003.
- CORREAS, Carlos Massini. Derechos Humanos y Bienes Humanos. In: *Teoría del Derecho y Derechos Humanos*. Peru: ARA Editores, 2011. p. 25-55.
- CORREAS, Carlos Massini. La concepción normativa del gobierno del Derecho: nuevas objeciones al rule of law y una respuesta desde las ideas de John Finnis. *Persona y Derecho*, vol. 73, p. 203-230, fev. 2015.
- CROWE, J. Natural Law Theories. *Philosophy Compass*, v. 11/2, p. 91-101, fev. 2016.
- DUKE, George. Finnis on the Authority of Law and the Common Good. *Legal Theory*. v. 19, p. 44-62, mar. 2013.
- ENGELMANN, Wilson. *Direito natural, ética e hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- FINNIS, John. *Aquinas: Moral, Political and Legal Theory*. Oxford: Oxford University Press, 1998.
- FINNIS, John. Direito natural em Tomás de Aquino: sua reinserção no contexto do juspositivismo analítico. Trad. Leandro Cordioli e revisão Elton Somensi de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2007.
- FINNIS, John. Human rights and their enforcement. In: *Human rights and Common – Collected essays v. III*. Oxford: Oxford University Press. 2011a. p. 19-467.
- FINNIS, John. Limited Government. In: *Human rights and Common – Collected essays vol. III*. Oxford: Oxford University Press. 2011b. p. 83-107.
- FINNIS, John. *Natural Law and Natural Rights Good*. 2. ed. New York: Oxford University Press, 2011c.
- GREEN, Leslie. The Nature of Limited Government. In: GEORGE, R. P.; KEOWN, J. (ed.). *Reason, Morality, and Law: The Philosophy of John Finnis*. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 186-203.
- KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do direito*. Tradução Antônio Ulisses Cortês. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.
- MURPHY, M. The Common Good. *Review of Metaphysics*, v. 59, p. 133-164, set. 2005.
- ROHLING, Marcos. Pluralismo e direitos: a necessidade da ordem jurídica para o bem comum em Finnis. *Sapere Aude*, v. 6, n. 11, p. 299-319. 2º Sem. 2015.
- OLIVEIRA, Elton Somensi de. *Bem comum, razão prática e direito: a fundamentação do conceito de bem comum na obra de John M. Finnis*. 2002. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Programa de Pós-Graduação em Direito, Porto Alegre, 2002.
- SCANDROGLIO, Tommaso. *La teoría neoclassica sulla legge naturale di Germain Grisez e John Finnis*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2012.
- VALLEJO, Iván Garzón. “Bien común, pluralismo y derechos”. In: ETCHEVERRY, Juan B. (ed.). *Ley, moral y razón*. Estudios sobre el pensamiento de John M. Finnis a propósito de la segunda edición de *Ley natural y derechos naturales*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2013. p. 141-160.
- WESTERMAN, Pauline C. *The Disintegration of Natural Law Theory: Aquinas to Finnis*. Leiden; New York; Köln: Brill, 1998.

<http://dx.doi.org/10.21527/2317-5389.2020.15.255-271>

Estado Democrático de Direito e a Participação Popular no Brasil: Uma Análise a Partir do Conceito de Luigi Ferrajoli

Luciana Oliveira de Campos

Advogada pública. Mestrado em Direito pela Universidade La Salle – Canoas/RS. Especialização em Direito Público pela Faculdade IDC. <http://lattes.cnpq.br/3807057574671613>. <https://orcid.org/0000-0002-2432-0012>. luciana47853@gmail.com

Leonel Pires Ohlweiler

Mestrado e Doutorado em Direito pela Unisinos. Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Professor da Universidade La Salle – Canoas/RS. <http://lattes.cnpq.br/7121357651277765>. <https://orcid.org/0000-0002-2296-675X>. leonelpires@terra.com.br

RESUMO

O presente estudo tem como objetivo propor uma reflexão sobre o Estado Democrático de Direito e o exercício da democracia direta no Brasil à luz do garantismo como paradigma teórico. A análise dar-se-á com base nos aportes de Luigi Ferrajoli, segundo o qual as garantias constitucionais limitam e vinculam os poderes, com implicações de ordem jurídica e democrática, compreendendo desde a separação entre existência e validade nos aspectos formal e substancial, até uma teoria quadridimensional da democracia fundada nos direitos políticos, civis, de liberdade e sociais. Sob esse olhar garantista, a participação popular, realizada mediante a aproximação dos cidadãos dos centros de decisão, que está para além do exercício da democracia de forma direta assegurada no texto constitucional, deve ser considerada importante instrumento nos processos de efetivação dos direitos fundamentais, especialmente dos direitos sociais constitucionalmente assegurados. Adota-se a metodologia qualitativa e a coleta dos dados por meio de pesquisa bibliográfica.

Palavras-chave: Estado Democrático de Direito. Constitucionalismo. Garantismo.

RIGHT OF DEMOCRATIC STATE AND POPULAR PARTICIPATION IN BRAZIL: AN ANALYSIS FROM THE LUIGI FERRAJOLI CONCEPT

ABSTRACT

This study aims to propose a reflection on the Democratic State of Law and the exercise of direct democracy in Brazil in the light of the guaranteeism as a theoretical paradigm. The analysis will be based on the contributions of Luigi Ferrajoli, according to which constitutional guarantees limit and bind powers, with juridical and democratic implications, ranging from the separation between existence and validity in the formal and substantial aspects until a four-dimensional theory of democracy founded on political, civil, freedom and social rights. Under this garantism view, the popular participation achieved by bringing citizens closer to decision centers is beyond the exercise of democracy directly guaranteed in the constitutional text, must be considered as an important instrument in the processes of realization of fundamental rights, especially of social rights constitutionally ensured. The qualitative methodology and the data collection are adopted through bibliographic research.

Keywords: Democratic State of Law. Constitutionalism. Guaranteeism.

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 Estado Democrático de Direito e o novo paradigma constitucional. 3 Os direitos fundamentais e o modelo de democracia quadridimensional. 4 Participação popular no Brasil sob a ótica do novo paradigma constitucional. 5 Considerações finais. 6 Referências.

Recebido em: 6/7/2017

Aceito em: 7/4/2020

1 INTRODUÇÃO

Após a Segunda Guerra Mundial, mudanças voltadas especialmente a assegurar direitos fundamentais restaram instituídas nas constituições de um grande número de países, as quais foram transformadas em constituições rígidas com força normativa, tutelares de princípios e direitos fundamentais positivados. Essas mudanças provocaram inúmeros reflexos sobre o Estado de Direito e sobre a concepção de democracia. Desde então, tais alterações são objeto de estudo, sobre o qual se debruçam inúmeros e renomados juristas.

Na condição de norma suprema, essas constituições trazem, em seus textos positivados, além de direitos de liberdade, os direitos sociais com carga obrigacional imposta a todos os poderes. Os princípios e direitos fundamentais, reconhecidos nessa nova concepção de constituição, estão envolvidos por um manto de proteção de tal forma que não podem ser alterados ou excluídos dos textos constitucionais, nem mesmo por decisão de maioria.

Ante essa nova realidade, Luigi Ferrajoli aborda o constitucionalismo como um novo paradigma. O autor sustenta que o garantismo, o qual surgiu na Itália, no campo do direito penal e processo penal, como teoria de oposição à redução de garantias de direitos de liberdade, “deve ser ampliado em sede de teoria geral do direito para todo o campo dos direitos da pessoa” (2015, p. 30).

O garantismo, como teoria geral do direito, tem como base as garantias constitucionais, as quais impõem uma série de limites e vinculações a todos os poderes – Executivo, Legislativo e Judiciário – voltados a assegurar a efetividade dos direitos e princípios constitucionais, avançando para além dos direitos de liberdade, no sentido de impor um dever prestacional de efetivação de direitos sociais.

A subordinação da atividade legislativa à constituição dá nova dimensão à democracia. Sob o manto das garantias, os direitos assegurados são protegidos até mesmo de uma decisão majoritária, infligindo, assim, relevantes mudanças sobre a concepção de democracia, a qual deixa de ser apenas formal (representativa), devendo ser também substancial.

Este estudo, que adota a metodologia de pesquisa bibliográfica, tem como objetivo propor uma reflexão sobre o Estado Democrático de Direito e o exercício da democracia direta no Brasil por meio de mecanismo de participação popular à luz do conceito de Luigi Ferrajoli. Com tal intuito, pretende-se desenvolver o presente trabalho em três tópicos. No primeiro, far-se-á uma breve síntese acerca do Estado Democrático de Direito e do novo paradigma constitucional. Na sequência, procurar-se-á discorrer sobre a inclusão de direitos fundamentais no texto constitucional e o modelo de democracia quadridimensional. Por fim, pretende-se abordar a participação popular no Brasil, entendida como o exercício da democracia direta sob a ótica do novo paradigma constitucional, notadamente da democracia substancial.

2 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E O NOVO PARADIGMA CONSTITUCIONAL

No Estado Democrático de Direito estão contidos os elementos formadores do Estado de Direito, o qual nasceu a partir do desejo da burguesia de impor limites ao absolutismo da monarquia, tendo como principais características o império da lei, a divisão dos poderes e as garantias de liberdade. Há, contudo, um avanço importante relacionado à inclusão de garan-

tias de direitos fundamentais dos indivíduos, típicas do Estado Social, no sentido de assegurar além dos direitos de liberdade e de um regime político em que o poder provenha da vontade geral do povo para incluir direitos prestacionais.

A democracia, centrada na soberania popular, em que o “poder político é exercido pelo povo” (BOBBIO, 1987, p. 135), é, na verdade, um conceito que sofre alterações ao longo da história, guardando relação direta com os direitos políticos, com a participação na vida política e com a limitação do poder.

Norberto Bobbio (1987, p. 140), com base no conceito axiológico de “democracia dos antigos”, discorre acerca de diferentes posições registradas no que se refere à democracia, como a posição de Platão, o qual, no oitavo livro da República, descreveu a forma democrática como “degenerada”, e a manifestação de Péricles durante discurso em homenagem aos mortos da guerra do Peloponeso, momento em que teria elogiado a forma democrática, destacando a paridade de direitos civis e a meritocracia na administração do Estado¹ como qualidades desse regime.

Com a concepção do governo republicano dos Estados Unidos da América, quebrou-se a ideia que permeava a democracia dos antigos de uma democracia direta, de um “governo de assembleias” que se mostrava insustentável nos grandes Estados². A “democracia dos modernos”, contraposta à “democracia dos antigos”, inaugurou, com o governo republicano, uma democracia representativa, “exatamente aquela forma de governo que hoje nós – convencidos de que nos grandes Estados não é possível outra democracia senão a representativa, embora em alguns casos corrigida e integrada por institutos de democracia direta” (BOBBIO, 1987, p. 150) – adotamos como modelo.

Assim, a “democracia dos modernos” nasceu a partir da concepção de que, em um Estado de vasto território e população numerosa, a única maneira de evitar um governo autocrático é por meio da instituição de um “governo de representação, que é uma forma de governo democrático corrigido, temperado ou limitado” (BOBBIO, 1987, p. 151). A forma de democracia, até então conhecida, era exercida por intermédio da participação direta nas assembleias populares; a partir do conceito de república, passou a existir a democracia na forma representativa, sistema pelo qual um reduzido número de cidadãos é eleito para representar o todo.

A crítica, que facilmente encontra-se na doutrina³ em relação à democracia representativa anterior às constituições rígidas é, de modo geral, centrada na questão da vontade majoritária, ou seja, na decisão de acordo com a vontade da maioria. Tal fato ocorre basicamente

¹ Trecho do discurso de Péricles à honra dos mortos na guerra do Peloponeso: “Temos uma constituição que não emula as leis dos vizinhos, na medida em que servimos mais de exemplo aos outros do que de imitadores. E como ela é dirigida de modo a que os direitos civis caibam não a poucas pessoas, mas à maioria, ela é chamada democracia: diante das leis, naquilo que diz respeito aos interesses privados, a todos cabe um plano de paridade, enquanto que no que diz respeito à consideração pública na administração do Estado, cada um é escolhido conforme tenha se destacado num determinado campo, não por ser proveniente de uma dada classe social, mas sim por aquilo que vale” (BOBBIO, 1987, p. 140).

² Grandes Estados, neste contexto, significa Estados com grande extensão territorial e população numerosa, em contraposição aos pequenos Estados, onde era possível reunir facilmente os cidadãos em uma assembleia popular.

³ Neste sentido: JULIOS-CAMPUZANO, Afonso de. *Constitucionalismo em tempo de globalização*. Tradução José Luís Bolzan de Moraes e Valéria Ribas do Nascimento. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009; FERRAJOLI, Luigi. *A democracia através dos direitos: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político*. Tradução Alexandre Araújo de Souza et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015 e BOBBIO, Norberto. *Estado, governo, sociedade: por uma teoria geral da política*. Tradução Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

porque, ante as constituições flexíveis, a vontade da maioria é ilimitada e poderá assumir o potencial perigoso de servir como instrumento de dominação ou, até mesmo, de eliminação de uma minoria.

Ao analisar o Constitucionalismo francês, que surgiu com a Revolução Francesa, Afonso de Julios-Campuzano (2009, p. 24) destaca o princípio majoritário como “fragilidade”; porquanto, ao se traduzir a “onipotência da maioria” no mundo jurídico em “onipotência do legislador” elevado à condição de representante da vontade da maioria, a lei é convertida em “elemento central da produção jurídica, e o legislador é elevado à categoria de artífice da nova ordem”.

No Estado de Direito, a preocupação fundamental é a limitação do poder e a tutela da liberdade dos indivíduos. Destarte, as garantias constitucionais são circunscritas a determinadas proibições, que têm como fundamento a proteção do indivíduo contra as ações do Estado; uma restrição ao poder do Estado sobre o indivíduo, tutelando basicamente os direitos de liberdade, por isso conhecido como Estado Liberal.

Em que pese o objetivo fundamental de limitar o poder mediante a submissão à lei, no Estado Liberal de Direito o modelo formal e as constituições flexíveis, desprovidas de força normativa, eram fatores que, ante a “onipotência do legislador”, permitiam que a lei fosse naturalmente modificável, posto que, de acordo com essa regra, era o “legislador quem, em última instância”, decidia “sobre a modificação da Constituição que, ao final”, era “revestida sob a forma de uma simples lei, desprovida de mecanismos especiais de proteção” (JULIOS-CAMPUZANO, 2009, p. 14).

Tal cenário sofreu grandes transformações com a introdução do modelo de constituições rígidas e supremas, as quais passaram a ter força normativa, incluindo em seus textos princípios e direitos fundamentais. Nessa conjunção, Luigi Ferrajoli trabalha o garantismo como novo paradigma teórico geral, segundo o qual as garantias constitucionais representam “o conjunto dos limites e dos vínculos impostos a quaisquer poderes, idôneos a garantir a máxima efetividade de todos os direitos e de todas as promessas constitucionais” (FERRAJOLI, 2015, p. 31).

Em sua obra intitulada *A democracia através dos Direitos: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político*, Luigi Ferrajoli (2015) trata de um novo paradigma teórico – o paradigma constitucional –, com implicações nas ordens jurídica e democrática. Para explicar o novo paradigma, inicia discorrendo sobre três modelos teóricos ou três paradigmas do direito: o jurisprudencial, o legislativo e o constitucional.

O paradigma jurisprudencial da pré-modernidade é atribuído ao período durante o qual inexistia monopólio sobre a produção normativa; havia apenas máximas como princípios jurídicos e precedentes judiciais, os quais eram transmitidos culturalmente bem como pela jurisprudência e pela doutrina. Nesse contexto, existência e validade das normas estavam diretamente relacionadas à sua “substância ou ao seu conteúdo prescritivo” (FERRAJOLI, 2015, p. 18), ou seja, havia uma lógica interna de justiça e adequação a partir do caso concreto, característica do jusnaturalismo.

Já o modelo legislativo teria surgido como sucessão ao jurisprudencial, situação em que o Estado passou a ser o único legítimo produtor das normas, estabelecendo, assim, o monopólio da produção da lei, consubstanciado no princípio da legalidade atrelado à forma de produção legislativa, dando início ao juspositivismo como filosofia do direito e separando o direito da moral. De acordo com esse modelo, consolidado com base no princípio da legalidade, uma norma era posta como existente e válida a partir do exame formal, cuja análise realizada era restrita à forma da produção normativa, desconsiderando o conteúdo nessa apreciação (IPPOLITO, 2011).

Por fim, surge o novo paradigma constitucional, o qual impõe a sujeição das leis a uma constituição rígida, o que significa mudanças profundas que alteram, inclusive, a conformação do exercício do poder democrático. Com esse novo modelo teórico, foram alteradas as condições de validade das leis. No plano interno, passa a haver duas condições – a de existência e a de validade –, enquanto no plano externo também há divisão – neste caso entre justiça e validade.

As constituições rígidas, que incorporaram em seus textos direitos fundamentais e sistemas de controle da constitucionalidade, são fruto da revisão dos sistemas jurídicos instituídos após a Segunda Guerra Mundial, momento em que havia um grande abalo provocado pelas atrocidades da guerra e uma necessidade latente de ver protegidos direitos e garantias fundamentais contra um eventual regime totalitário.

No que diz respeito às garantias constitucionais, Luigi Ferrajoli (2014) esclarece que são elas que asseguram a rigidez imposta pelos princípios e direitos constitucionais sobre os poderes estatais (Legislativo, Executivo e Judiciário) e, com isso, alocam as constituições em condição de superioridade em relação às demais normas que compõem o ordenamento jurídico, ou seja, no topo da hierarquia das fontes. Essa rigidez constitucional é assegurada por duas garantias: uma primária e uma secundária. A garantia primária consiste na proibição de derrogação e impõe a obrigação de aplicação de princípios, direitos e institutos consagrados na Constituição. Por outro lado, a garantia secundária assegura o controle judicial de constitucionalidade das leis, as quais devem estar de acordo com a norma constitucional.

As alterações das condições de validade, decorrentes da efetivação das constituições rígidas como normas hierarquicamente superiores identificadas no modelo constitucional, incluem, além da já conhecida validade formal, atrelada à forma de produção legislativa, a validade substancial, ou seja, aquela que leva em consideração o conteúdo por meio da aferição da necessária coerência dos conteúdos das leis com os princípios e direitos fundamentais constitucionais (CADEMARTORI, 2007). Dessa maneira, estabeleceu-se uma distinção entre a existência diretamente relacionada ao aspecto formal de produção normativa e a validade que impõe a adequação do conteúdo das leis às disposições constitucionais.

Tais mudanças não afetam a característica monodinâmica do sistema jurídico, de modo que a existência de uma norma permanece condicionada à observância da forma estabelecida; o que muda é que, a essa conformidade formal, é acrescentada a “dimensão *nomostática*”, ante a qual a norma produzida indevidamente ou, ainda, não produzida de acordo com a constituição, deve ser “removida” do ordenamento jurídico (FERRAJOLI, 2015). Esse caráter nomostático decorre do reconhecimento das garantias constitucionais como instrumento que

impõe a todos os Poderes do Estado tanto o dever de omissão (não lesão), a exemplo dos direitos de liberdade, quanto o dever prestacional de dar efetividade a determinados direitos, como os direitos sociais.

O novo paradigma constitucional, em clara oposição ao jusnaturalismo, é apresentado por Luigi Ferrajoli (2015) como juspositivismo ampliado. A ampliação, ou complementação, consiste na extensão da subordinação de todos os Poderes, o que no velho juspositivismo se limitava à forma, e no positivismo ampliado inclui a subordinação substancial. Ou seja, além da forma, deve ser observado o conteúdo e a sua consonância com os princípios e os direitos fundamentais positivados na Constituição.⁴

Nesse cenário, a jurisdição é subordinada à legislação, e esta, por sua vez, é subordinada à Constituição, tanto no seu aspecto formal quanto no seu aspecto substancial. A partir dessas premissas de subordinação formal e substancial, Luigi Ferrajoli (2015) sustenta que o juspositivismo ampliado é unido ao sistema político por dois eixos, sendo um estrutural, ligado ao Estado de Direito fundado no princípio da legalidade, e o outro instrumental, ligado à democracia, em que forma e conteúdo são relevantes na produção normativa.

O eixo estrutural tem sua base no princípio da legalidade, o qual, a partir do novo paradigma constitucional, passa a ter uma configuração mais abrangente do que aquela que tinha no Estado Legislativo do governo *per leges*, caracterizado pelas leis gerais e abstratas. A partir desse novo contexto de governo *sub leges*, o princípio da legalidade deve ser compreendido como dois princípios, que são ao mesmo tempo distintos e conexos: o da “*mera legalidade*”, que possui sentido “lato, fraco ou formal”, e o da “*legalidade estrita*”, cujo sentido é “estrito, forte ou substancial” (FERRAJOLI, 2015, p. 32).

O princípio da “*mera legalidade*”, cujo sentido é lato, fraco ou formal, está relacionado à existência do direito no seu aspecto formal, ou seja, é análogo ao princípio da positividade,⁵ forma já conhecida antes do constitucionalismo, presente até mesmo nos regimes totalitários. Significa que todo poder somente será concedido por lei e na exata forma da lei (CADEMARTORI, 2007, p. 13).

Diferente é a aplicação do princípio da “*legalidade estrita*”, que ultrapassa o aspecto lato, fraco ou formal e avança sobre o conteúdo como forma de garantia, situação em que o sentido passa a ser estrito, forte ou substancial, colocando a lei como limitadora do poder ao estabelecer, além da forma, aquilo que pode ou não ser definido por lei de hierarquia inferior, o que significa uma inversão importante na medida em que o poder deixa de dispor

⁴ Susana Pazzolo, na obra *Neoconstitucionalismo(s)*, organizada por Miguel Carbonal, ao analisar as teses neoconstitucionalistas de interpretação moral da constituição, alerta que “el imperialismo de la moral, típico del neoconstitucionalismo, no me parece que haga nada más que elevar um nuevo “rei” por encima del Derecho, y quien tuviera la “sapiência” para acceder al “conocimiento moral podría transformarse en un déspota mucho más peligroso que la terrana autoridade política” (2009, p. 210).

⁵ Na forma do princípio da *mera legalidade*, ligado à positividade, “é direito tudo e somente o que é posto ou produzido por intermédio do exercício dos poderes *conferidos* pela lei e nas *formas* estabelecidas” (FERRAJOLI, 2015, p. 32).

livremente do direito e passa a ser limitado pelo direito (CADEMARTORI, 2007, p. 13-15). Sobre esse aspecto, além do exame da existência do direito, acresceu-se o exame da validade substancial.⁶

Daniela Mesquita Leutchuk Cademartori e Sérgio Cademartori (2006, p. 150), ao analisarem o modelo de Estado que passou a existir a partir do Constitucionalismo, baseados na concepção de Estado de Direito da obra *Derecho y razón*, de Luigi Ferrajoli, fazem uma síntese em que abordam o plano formal e o plano substancial como “fontes de legitimação” aos quais são correlatos “dois modelos de legalidade: legalidade em sentido amplo (mera legalidade), segundo a qual a lei é condicionante, e legalidade em sentido estrito (legalidade estrita), por força da qual a lei se encontra condicionada”.

O eixo instrumental liga a democracia ao positivismo jurídico, cuja ressalva importante, feita por Luigi Ferrajoli (2015), esclarece que o paradigma constitucional é um modelo teórico, e como tal não é o bastante para garantir conteúdos democráticos, posto que uma constituição compreende um conjunto de normas de cunho hierárquico, sem assegurar que sejam necessariamente democráticas.⁷ São compreendidos como conteúdos democráticos normas positivadas que assegurem direitos imprescindíveis aos cidadãos, ou seja, o *dever ser* do direito.

Apenas com a inclusão de normas formais e substanciais na Constituição e, devido “ao consequente caráter artificial de umas e de outras, foi possível inserir, nos dois paradigmas do Estado de Direito, formas e conteúdos democráticos” (FERRAJOLI, 2015, p. 35). No positivismo jurídico ampliado está presente, além do *ser* condizente com a forma de produção normativa, o *dever ser* do direito, aquilo que deve ser observado como conteúdo a ser assegurado.

O *ser* indica a legitimidade formal da produção legislativa, definindo as condições de validade afetas à forma de governo definidas e aferidas a partir das regras de *quem* pode decidir e *como* pode decidir. O *dever ser* indica a legitimidade substancial da norma e a conformidade do conteúdo com o texto constitucional, o qual limita o *que* pode ou não ser decidido (CADEMARTORI; CADEMARTORI, 2006, p. 151).

A inclusão de princípios e direitos fundamentais no texto constitucional, elevada à condição de norma suprema com força normativa, imposta indistintamente a todos os Poderes, inclusive ao Legislativo, o qual deve observar não apenas a forma, mas, sobretudo, o conteúdo, retirou do mundo jurídico a presunção de legitimidade da lei fundada no processo legislativo formal. Eis que podem existir lacunas e antinomias (CADEMARTORI, 2007, p. 105), as quais são examinadas no plano do *dever ser*, o que significa que haverá um conflito entre

⁶ Considerando o princípio da legalidade sobre o viés da “mera legalidade” associado ao da “legalidade substancial”, resta clara a submissão de todos os poderes, inclusive o legislativo, aos princípios e direitos fundamentais positivados na constituição, o que significa a extinção da “última forma do governo dos homens, que no antigo paradigma legislativo se manifestava na onipotência do legislador” (FERRAJOLI, 2015, p. 34). Sobre o governo dos homens, quando Bobbio fala da Antiguidade e sobre a pergunta que havia no sentido de saber qual seria o melhor governo, o dos homens ou o das leis, busca uma citação bastante elucidativa em Platão, o qual, ao distinguir um governo bom de um governo mau, discorre que: “Onde a lei é súdita dos governantes e privada de autoridade, vejo pronta a ruína da cidade [do Estado]; e onde, ao contrário, a lei é senhora dos governantes e os governantes seus escravos, vejo a salvação da cidade e a acumulação nela de todos os bens que os deuses costumam dar às cidades” (PLATÃO *apud* BOBBIO 1987, p. 96).

⁷ Luigi Ferrajoli destaca que, assim como podem existir leis antiliberais e antidemocráticas, também pode haver constituições com essas características, ou seja, constituições que não sejam democráticas (2015, p. 35).

normas de hierarquias diferentes quando uma norma inferior não observar as condições de validade substancial, e ao ignorar ou ferir determinados valores positivados, por exemplo, os relativos à igualdade, o que, por sua vez, autoriza o controle do *dever ser* da atividade legislativa por parte do Poder Judiciário.

Um exemplo que bem ilustra a atuação do Judiciário pode ser extraído do julgamento do Recurso Extraordinário 586.224 SP, realizado pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal, em que o relator ministro Luiz Fux, ao discorrer acerca da expansão da atuação do Poder Judiciário ante a força de aplicação imediata dos direitos fundamentais e o caráter de exigibilidade destes, faz referência expressa à teoria garantista nos seguintes termos: “Como leciona Luigi Ferrajoli, com a finalidade de guardar a Constituição, esta Corte jamais poderá se furtar de garantir um direito fundamental, sob pena de negar-lhe existência” (RE 586.224 SP, Plenário – STF, 05.03.2015).

Essa nova concepção de controle sobre o *dever ser* normativo levou Luigi Ferrajoli a trabalhar um novo paradigma teórico de democracia, advindo do constitucionalismo rígido, com separação de validade e vigência. O jurista sustenta a articulação da noção de democracia em dimensões, mais especificamente em quatro dimensões, de acordo com os direitos fundamentais positivados, divididos, igualmente, em quatro grupos.

3 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O MODELO DE DEMOCRACIA QUADRIDIMENSIONAL

Com a adoção do modelo de constituições rígidas que asseguram direitos e garantias, a mudança do paradigma, seja no direito, seja na democracia, está na distinção entre o *ser* e o *dever ser*, em que a vigência tem relação direta com o *ser*, isto é, com a forma de produção da norma, enquanto a validade é relacionada ao *dever ser* constitucional, ou seja, a validade substancial a partir da adequação aos direitos e às garantias constitucionais (CONPETTI NETO, 2013). Sob o viés do paradigma constitucional e da separação entre vigência e validade, há um avanço no sentido de que passou a existir, além do exame da validade formal, já existente no Estado de Direito, o exame sob a validade substancial, o que permite afirmar que é possível a existência de leis inválidas.

Luigi Ferrajoli (2015, p. 55), partindo das premissas de que na democracia formal a conformidade é aferida por meio dos critérios de “quem” e “como”, elementos que estão relacionados à forma de governo, e de que na democracia substancial o critério para aferição é o de “que coisa”, sendo este, então, conexo à substância daquilo que é decidido, de modo que seja resguardada a coerência com os direitos e princípios constitucionais, propõe uma noção de democracia quadridimensional. Essas quatro dimensões da democracia, para o autor, dividem-se em duas formais, também classificadas como secundárias ou instrumentais, e duas substanciais, qualificadas como primárias ou finais. São elas: política, civil de aspecto formal, civil de aspecto liberal e social de aspecto substancial. Essas quatro dimensões representam, respectivamente, os direitos fundamentais: políticos, civis, de liberdade e sociais (FERRAJOLI, 2015).

A dimensão política, primeira dimensão formal de esfera pública, é conexa com os direitos políticos e o sistema representativo, ou seja, com o sufrágio universal e o princípio da maioria, já conhecidos no Estado de Direito, tratando-se do controle de *quem* e *como*.

Esse controle não é o bastante ante o paradigma constitucional, uma vez que representa apenas uma das condicionantes de validade de uma lei, bem como apenas um sentido de democracia.

A segunda dimensão é a dimensão civil, também formal, mas de esfera privada, em que igualmente se dá o exame de *quem* e *como*, só que, neste caso, relacionado aos direitos civis voltados a assegurar a autonomia dos cidadãos detentores de capacidade de agir, isto é, de pactuar negócios, como celebrar contratos entre privados, constituindo “direitos-poderes exercidos por intermédio de atos que interferem na liberdade dos outros, por causa dos efeitos obrigatórios por eles produzidos” (FERRAJOLI, 2015, p. 57).

A dimensão liberal, terceira dimensão da democracia, segundo a teoria garantista, assim como a quarta, é uma dimensão substancial. Nesse contexto, as decisões são analisadas sob a ótica de conteúdo ou substância, isto é, *que coisa*. A dimensão substancial é “delimitada pelos limites e vínculos jurídicos, de substância ou de conteúdo, impostos aos poderes políticos majoritários” (FERRAJOLI, 2015, p. 11).

A limitação do princípio da maioria,⁸ característica da dimensão substancial da democracia, eleva princípios e direitos positivados na constituição ao patamar de garantia, de modo que não possam ser eliminados nem sonegados. Constitui, assim, o que Luigi Ferrajoli (2015, p. 11) conceituou como “*esfera do não decidível*”, aquilo que está assegurado no texto constitucional sobre o que “nenhuma maioria pode validamente decidir, isto é, a violação ou a restrição dos direitos de liberdade, e aquilo que nenhuma maioria pode legitimamente deixar de decidir, isto é, a satisfação dos direitos sociais constitucionalmente estabelecidos”.

Tendo presentes essas máximas, percebe-se facilmente que o princípio da maioria, no modelo garantista, é limitado tanto pela *esfera do indecidível* quanto pela *esfera do indecidível que não*, o que significa limites impostos à regra da maioria, quer dizer, à existência de garantias constitucionais capazes de assegurar que a maioria, em nenhuma hipótese, poderá decidir de modo a abolir direitos de uma minoria, seja na forma de garantia negativa (ex.: direito de liberdade), seja na forma de garantia positiva (ex.: direito à saúde⁹).

O que diferencia as duas dimensões substanciais é que, na terceira dimensão, o exame sobre conteúdo ou substância das decisões ocorre sob o enfoque dos direitos de liberdade positivados na Constituição. São os direitos fundamentais relacionados à liberdade e à autonomia dos indivíduos a partir dos quais são vedadas determinadas decisões, isto é, são direitos protegidos, contemplados na *esfera do indecidível*. Enquanto isso, a dimensão social, quarta da classificação quadridimensional e segunda substancial, é composta pelos direitos sociais positivados em uma constituição como “expectativas positivas”. São os direitos que possuem

⁸ Adriano de Bortoli, ao discorrer sobre a redefinição do conceito de democracia a partir do garantismo, fala que o “ponto central da definição garantista da democracia é a relativização da utilização da regra segundo a qual a maioria, direta ou indiretamente, decide sobre tudo”. Aborda o fato de que nem sobre tudo é possível decidir, da mesma forma que “nem sobre tudo se pode deixar de decidir, nem por maioria”, de modo que a regra da maioria se aplicará apenas para o “restante das decisões que não estejam limitadas substancial e democraticamente” (2008, p. 5.995).

⁹ Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto, ao discorrer acerca das transformações provocadas pelo constitucionalismo, aborda a questão que afeta a ideia de democracia: “Ao se adotar a rigidez como característica principal de uma Constituição, não se poderá mais admitir que a simples maioria pudesse determinar a supressão de qualquer direito, evidenciando-se assim a necessidade de respeito aos direitos de minoria” (2012, p. 1.903).

encargo obrigacional no sentido de impor à esfera pública deveres de agir; são aqueles direitos que devem ser efetivados e, por isso, são integrantes da *esfera do não decidível que não*, eis que é proibido decidir não agir (FERRAJOLI, 2015, p. 58).

A Constituição, elevada à condição de norma suprema com um forte sistema de garantias, produz reflexos significativos sobre a concepção de democracia, como sintetiza Luigi Ferrajoli: “O princípio da democracia política, relativo a *quem* decide, é, em suma, subordinado aos princípios da democracia social relativos ao *que não é lícito decidir* e ao *que não é lícito não decidir*” (2006, p. 788).

Daniela Cademartori e Sérgio Cademartori (2015, p. 233), ao discorrem acerca do modelo quadridimensional da democracia, sintetizam, de maneira muito elucidativa, a teoria de Luigi Ferrajoli ao classificarem as duas primeiras dimensões de ordem formal, relacionadas à titularidade de *quem* decide e ao procedimento de *como* se decide, em “democracia política e democracia civil”. Quanto as duas dimensões substanciais, ambas afetas ao conteúdo, ou seja, ao *que* se decide, os autores classificam em “democracia liberal ou liberal-democracia e democracia social ou socialdemocracia”.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 possui essa característica de constituição rígida, elevada à condição de norma suprema, contendo diversos princípios e direitos fundamentais positivados, constituindo um campo protegido por garantias negativas e assegurado por garantias positivas, cujas repercussões se fazem sentir, também, sobre o exercício da democracia.

4 PARTICIPAÇÃO POPULAR NO BRASIL SOB A ÓTICA DO NOVO PARADIGMA CONSTITUCIONAL

No texto constitucional brasileiro, como primeira disposição, é declarado que o Brasil “constitui-se em Estado Democrático de Direito”, cujos fundamentos básicos são a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa e o pluralismo político. Dispõe, ainda, que todo poder emana do povo na forma representativa ou direta.¹⁰

O princípio democrático positivado na Constituição Brasileira assegura o exercício da democracia por todos os cidadãos em igualdades de condições, tanto na sua forma procedimental, por meio do sufrágio universal, quanto na sua forma direta, posto que, em relação a esta, alguns instrumentos são igualmente positivados no texto constitucional.

O exercício da democracia na sua forma direta significa a possibilidade de participação direta dos cidadãos tanto nos procedimentos afeitos às tomadas de decisão quanto no exercício do controle do poder. José Joaquim Gomes Canotilho (2003, p. 290) descreve o princípio

¹⁰ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I – a soberania;

II – a cidadania;

III – a dignidade da pessoa humana;

IV – os valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa;

V – o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente nos termos desta Constituição.

democrático como um “princípio de organização”, tanto no que diz respeito à titularidade quanto no que concerne ao exercício do poder, de tal modo que “o poder político é constituído, legitimado e controlado por cidadãos (povo), igualmente legitimados para participarem no processo de organização da forma de Estado e de governo”.

A participação popular, seja como instrumento de controle do Poder, seja na forma de participação ativa nos processos de tomadas de decisão, uma vez interpretada pelo viés da teoria garantista, deve ser vista como importante instrumento constitucionalmente positivado. Essa participação cidadã, a partir do paradigma constitucional, também está submetida aos princípios e direitos fundamentais tutelados, independente de se tratar do interesse de uma maioria ou de uma minoria, e deve, sim, estar em sintonia tanto no aspecto formal quanto no substancial com a norma constitucional.

Como abordado anteriormente, também ao cidadão aplica-se a regra da *esfera do indecidível* e do *indecidível que não*, a qual não pode ser alterada nem mesmo pela vontade unânime.¹¹ Tanto no que diz respeito à democracia representativa quanto ao que está afeto à democracia participativa, os direitos e as garantias assegurados constitucionalmente, em um ordenamento jurídico, são limitadores dos Poderes na medida em que formam uma esfera em relação à qual, sob o manto da proteção constitucional, não pode haver ingerência, nem mesmo pela vontade da maioria do povo ou pela totalidade do povo. Esse espaço de proteção integral da norma constitucional sobre determinados direitos e garantias, que no Brasil é conhecido por cláusulas pétreas, é denominado, por Luigi Ferrajoli (2015, p. 58), como *esfera do indecidível*, enquanto Ernesto Garzón Valdés (1989, p. 209) o chama de “*el coto vedado*”.

Adotando o modelo quadridimensional da democracia, percebe-se que o exercício da democracia representativa – aquela que se dá por meio do sufrágio universal e do princípio da maioria – enquadra-se na dimensão política, isto é, na primeira dimensão formal. Outros aspectos, contudo, precisam ser considerados, e pelo menos em um deles, na dimensão substancial dos direitos sociais, a participação popular de forma direta pode ser um elemento importante.

No artigo 6º da Constituição Federal Brasileira de 1988, foram positivados os seguintes direitos sociais: a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados. No ano de 2000, por meio da Emenda à Constituição nº 26, foi acrescentado o direito à moradia. Outro direito social – o direito à alimentação – foi acrescido, em 2010, por intermédio da Emenda nº 64, e, recentemente, após inúmeras e expressivas manifestações populares relacionadas ao transporte público, o “passe livre” foi inserido, com a Emenda nº 90, como direito ao transporte na relação de direitos sociais positivados.

¹¹ Luigi Ferrajoli afirma que existem duas falácias ideológicas sobre a concepção apenas formal da democracia: “A ideia de que o poder do povo seja bom e justo e o autogoverno que, por estas formas, resultaria garantido”. Especificamente sobre autogoverno (autonomia e autodeterminação) popular, visto como a “liberdade positiva do povo de não estar sujeito a outras decisões que não sejam deliberadas por eles mesmos”, segundo o autor, somente existiria em uma democracia direta em que todas as decisões fossem unânimes, o que seria uma destruição muito mais grave do espírito da democracia, posto que o que caracteriza democracia é muito mais o livre-dissenso que o livre-consenso (2015, p. 39-43).

Especificamente no que concerne aos direitos sociais, aqueles sobre os quais é imposto um dever de agir com vistas à sua efetividade, tem-se, segundo a teoria garantista, na dimensão social da democracia, um dever de agir sobre o que não é possível decidir, uma vez que são direitos que compõem a *esfera do indecível*, mais precisamente a *esfera do não decidível que não*.

Acerca da *esfera do indecível*, no que diz respeito aos direitos sociais, é preciso registrar que estes formam “a esfera do *indecível que não*, determinada pelo conjunto dos direitos sociais, os quais impõem a obrigação, enquanto expectativas positivas, das decisões destinadas a satisfazê-los”. Isso significa que só é decidível, ou seja, somente pode ser objeto da discricionariedade do administrador público, da disponibilidade privada, de decisão por maioria, de liberdade de empresa e de autodeterminação econômica, aquilo que não está contido na *esfera do indecível* (FERRAJOLI, 2015, p. 58).

Como se vê, os direitos sociais positivados são mais que uma mera expectativa de direito a ser concretizado; são, em verdade, mandamentos constitucionais que devem ser efetivados, observada a consonância tanto no que se refere à forma quanto ao conteúdo, ou seja, à esfera substancial. Esse dever de agir é imposto a todos os Poderes, inclusive ao Legislativo, e, de igual sorte, naquilo que é vedado decidir que não; nem mesmo a decisão amparada no princípio da maioria é admissível.

Em relação à instituição e à efetivação dos direitos sociais constitucionalmente tutelados, a participação popular ativa pode ocorrer e é salutar que se faça presente nos processos de tomadas de decisão, em que há liberdade para decidir, isto é, quando existe um espaço que não esteja coberto pela *esfera do indecível*.

A Constituição Federal, em alguns dispositivos, faz referência expressa sobre a participação cidadã, seja como diretriz, seja como objetivo ou até mesmo na fiscalização de alguns processos referentes a direitos sociais, como os artigos 79 e 82, que preveem a participação da sociedade civil na gestão dos Fundos de Erradicação da Pobreza (BRASIL, 1988).

Dois outros dispositivos, estes relacionados ao direito ao trabalho, trazem consigo mandamentos de processos participativos. São o artigo 10, que assegura a participação de trabalhadores e empregadores nos órgãos públicos colegiados, em que seus interesses sejam profissionais, sejam previdenciários e estejam em processo de discussão ou deliberação, e o artigo 187, que prevê a participação efetiva de produtores, trabalhadores rurais e toda a cadeia de produção no planejamento e na execução da política agrícola (BRASIL, 1988).

No que diz respeito ao direito à seguridade social, o artigo 194, parágrafo único, inciso VII, incluído por meio da Emenda Constitucional nº 20, dispõe sobre a gestão quadripartite, incluindo, nos órgãos colegiados, trabalhadores, empregados, aposentados e representantes do governo, de modo a assegurar o caráter democrático e descentralizado da administração (BRASIL, 1988).

De igual sorte, ao tratar do direito à saúde, conforme previsto no artigo 198, inciso II, a participação da comunidade está definida como uma das diretrizes. Não é diferente quando, por meio do artigo 204, inciso II, a Constituição Federal dispõe acerca da participação popular na definição das políticas públicas e no exercício do controle das ações na área da assistência

social. E, ainda, não menos importante, sobre o direito social à educação, no artigo 206, inciso VI, a participação popular está prevista como princípio à gestão democrática do ensino público (BRASIL, 1988).

Outros dispositivos da Constituição Brasileira fazem referência à participação popular, como o artigo 58, § 2º, inciso II, que prevê a realização de audiências públicas com entidades da sociedade civil por parte das Comissões Parlamentares. No artigo 216-A, acrescido pela Emenda Constitucional nº 71 de 2012, no parágrafo único, inciso X, a participação e o controle popular na democratização dos processos decisórios constam definidos como um dos princípios do Sistema Nacional de Cultura (BRASIL, 2012).

Em todos esses dispositivos constitucionais supramencionados, identificam-se objetivos e diretrizes voltados à inserção do cidadão nos processos de decisão. Tanto no que se é possível decidir (não limitados pela *esfera do indecidível*) quanto no que se é obrigado a decidir (*esfera do indecidível que não*), a contribuição popular pode ser um elemento rico na construção da efetividade dos direitos sociais positivados. Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2014), respeitado jurista brasileiro, ao discorrer sobre relações entre Poderes e democracia, enfatiza a importância da participação popular direta em processos de formulação de políticas públicas como medida de ampliação da própria legitimidade das decisões políticas.

A participação popular ativa, à medida que aproxima a comunidade dos centros de decisão, permite aos poderes públicos disporem de visões diversificadas acerca de determinado tema ou situação posta, podendo, assim, examinar, sob diversos ângulos, desde a opinião da maioria até a da minoria, dos mais favorecidos e dos menos favorecidos, dos mais esclarecidos e dos menos esclarecidos, o que pode representar um ganho significativo, seja na definição de políticas públicas ou até mesmo nos processos de normatização, tendo sempre presentes os princípios e direitos fundamentais assegurados. Conforme ensina José Joaquim Gomes Canotilho (2003, p. 288), “o princípio democrático implica democracia participativa, isto é, a estruturação de processos que ofereçam aos cidadãos efectivas possibilidades de aprender a democracia”.

Ainda sobre a participação social nos processos de tomadas de decisão, mas não necessariamente relacionados aos direitos sociais, o artigo 14 da Constituição dispõe sobre a soberania popular e seu exercício em igualdade de condições por meio do sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, bem como por meio de plebiscito, referendo e iniciativa popular, regulamentados pela Lei nº 9.709, de 18 de novembro de 1998 (BRASIL, 1998). No caso do plebiscito e do referendo, a participação popular é deliberativa, uma vez que, sempre que houver necessidade de decidir sobre alguma matéria de acentuada relevância de natureza constitucional, legislativa ou administrativa, deve ser consultada a população e decidido pelo princípio da maioria. A diferença entre ambos está no fato de que o primeiro deve ser realizado antes de elaborado o ato legislativo ou administrativo, enquanto o segundo é posterior à elaboração. Assim, a decisão será no sentido de ratificar ou rejeitar. Já a iniciativa popular consiste na faculdade a qual a população dispõe de apresentar projeto de lei à Câmara dos Deputados, de acordo com as regras previstas na Lei nº 9.709, de 18 de novembro de 1998 (BRASIL, 1998).

No Brasil, ainda há muito a ser feito no tocante aos direitos sociais na busca da efetividade dessas garantias. A definição de políticas públicas¹² e a efetivação dos direitos, na maioria das vezes, não depende de lei, e sim de ação pública, ou seja, é uma atividade de gestão pública. É nesse espaço da dimensão social da teoria garantista que o exercício da democracia, por meio da participação direta do cidadão, deve se fazer presente.

Entre os estudiosos do direito administrativo brasileiro, muitos falam da constitucionalização e da importância da participação cidadã e do exercício da democracia para legitimar os atos dos gestores públicos¹³. Consoante Diogo Moreira Neto (2007), entre democracia e legitimidade existe uma relação direta. O autor destaca que a legalidade consiste no limite determinado pela lei, estabelecido na ordem jurídica com o Estado de Direito, enquanto no Estado Democrático, de formação pluriclasse, a legitimidade é o limite imposto, “dependente do consenso sócio-político” (MOREIRA NETO, 2007, p. 40).

Já Fernando José Rodrigues de Oliveira Neto (2012, p. 1.932) destaca que, após as mudanças efetivadas na ordem democrática, as quais levaram à ampliação da submissão do legislativo à constituição além dos aspectos afetos à formalidade, passando a abarcar também o dever de conformidade de seu conteúdo, restaram “duas possibilidades de atuação: 1) a inércia ou 2) o desenho legislativo para implementar direitos, já que a retirada é inviável em um quadro de respeito à ordem constitucional”. Segundo o autor, entre essas possibilidades a mais comum é a inércia ante ao que a alternativa social é na “pressão popular”, no sentido de fazer com que o Legislativo atue de forma a efetivar os direitos.

Entende-se que, tendo o constitucionalismo como paradigma e considerando a democracia quadridimensional, no que concerne especificamente à dimensão social que afeta diretamente os direitos sociais positivados, a participação popular deve se dar de duas formas: no que estiver sobre o manto da *esfera do indiciável*, a atuação deve se dar na forma de fiscalização, e no que estiver na *esfera do decidível*, como a definição de políticas públicas, por exemplo, deve haver participação direta dos cidadãos, não no modo de decisão da maioria, mas de participação como contribuição no debate, como elemento de coleta de contribuição, engajamento social e maior aceitação.¹⁴

¹² Sobre o conceito de políticas públicas no Brasil, José Sérgio da Silva Cristóvam (2011, p. 55) é bastante elucidativo ao dissertar que “as políticas públicas podem ser entendidas como o conjunto de planos e programas de ação governamental voltados à intervenção no domínio social, por meio dos quais são traçadas as diretrizes e metas a serem fomentadas pelo Estado, sobretudo na concretização dos objetivos e direitos fundamentais insculpidos na Constituição”. O autor ainda destaca que “no Estado constitucional de direito, a função fundamental da Administração Pública é a concretização dos direitos fundamentais positivos, por meio de políticas públicas gestadas no seio do Poder Legislativo ou pela própria Administração, políticas estas orientadas pelos princípios e regras dispostos na Constituição” (2011, p. 56).

¹³ Cláudio Mastrangelo (2005, p. 20), em sua obra intitulada *Agências Reguladoras e Participação Popular*, analisa com profundidade a participação popular como elemento de legitimação das decisões das agências reguladoras no Brasil. O parágrafo que ora se destaca ilustra muito bem seu posicionamento: “No âmbito da Administração Pública, o prestígio da participação popular coincide com o alvorecer de um novo tempo, ainda não percebido por muitos, mas que introduz concepção moderna, no sentido de ensejar à cidadania uma posição ativa nas tomadas de decisão e no próprio controle sobre suas ações. A essa altura, o destinatário deixa de ser espectador e mero alvo para se constituir em protagonista, assumindo posição interativa com a Administração Pública”.

¹⁴ Gustavo Binenbojm (2005, p. 15), em *Agências Reguladoras Independentes e Democracia no Brasil*, destaca a importância da participação popular como mecanismo de legitimação das decisões pelo procedimento, situação em que defende que “os mecanismos fundamentais de participação e controle social sobre a atividade administrativa são as audiências públicas, as consultas públicas e os conselhos consultivos”.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No Estado de Direito Liberal, o conceito de garantias tem conteúdo diverso do que possui no Estado Constitucional de Direito. Sob a égide do Estado de Direito, a concepção de garantia restringia-se ao aspecto formal, à pura submissão da lei, conhecido como o império da lei, desprovido de qualquer exame de conteúdo.

O exame da legalidade, quanto à forma, mantém como base o Estado Constitucional de Direito. O princípio da legalidade, todavia, é ampliado, indo além do mero aspecto formal, adentrando no aspecto substancial (conteúdo) e impondo a subordinação de toda produção normativa à Constituição, seja no aspecto formal, seja no seu conteúdo material.

O então império da lei é aprimorado no Estado Constitucional de Direito, no qual passa a existir a supremacia da Constituição rígida, cujos princípios e direitos fundamentais vinculam todos os Poderes. Essa submissão à Constituição vai além do aspecto formal: tem alcance material, especialmente no que se refere aos direitos fundamentais consagrados.

Os direitos fundamentais, como garantias, a partir do Estado Constitucional de Direito, deixam de tratar apenas de assegurar um direito negativo, de não agir, no resguardo do direito de liberdade. Também passam a ser parte das garantias os direitos sociais, o que significa uma ampliação do antigo Estado de Direito, incluindo o dever de agir na promoção e na concretização desses direitos sociais constitucionalmente tutelados, de modo que o texto constitucional, com força normativa, passa a funcionar como limitador de poder e garantidor de direitos.

Aqui, sobressai a importância de que sejam assegurados tanto a forma quanto os conteúdos democráticos como elementos limitadores do princípio da maioria, bem como dos atos de todos os Poderes, evitando, com isso, a abertura de espaço para a instalação de regimes antidemocráticos, como os já registrados ao longo da história.

A Constituição Brasileira de 1988 expressamente declara o Brasil como um Estado Democrático de Direito, cujo exercício da democracia é assegurado tanto na forma representativa quanto na direta. A partir do novo paradigma constitucional e da dimensão quadridimensional da democracia, a participação popular na forma direta ganha papel relevante nos processos de efetivação dos direitos sociais. A inclusão do cidadão nos processos de efetivação dos direitos sociais tem o potencial de promover a cidadania, de dar voz às minorias, de aproximar os centros de decisão das realidades locais – muitas vezes desconhecidas – e agregar legitimidade às decisões.

A inserção do cidadão de modo ativo nos processos normativos, como aqueles que conduzem à definição e/ou à instituição de políticas públicas, além de estar em consonância com o exercício da democracia, tem o potencial de assegurar a validade substancial, isto é, do conteúdo, e, com isso, assegurar a constitucionalidade tanto formal quanto substancial, garantindo, assim, a efetividade dos direitos.

6 REFERÊNCIAS

- BINENBOJM, Gustavo. Agências Reguladoras Independentes e Democracia no Brasil. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, n. 3, p. 1-20, ago./set./out. 2005. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/redae-3-agosto-2005-gustavo%20binenbojm.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2016.
- BOBBIO, Norberto. *Estado, governo, sociedade: por uma teoria geral da política*. Tradução Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.
- BORTOLI, Adriano de. Garantismo Jurídico, Estado Constitucional de Direito e Administração Pública. CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 16., 2008, Florianópolis. *Anais [...]*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008. p. 5.282-6.010. Disponível em: [https://s3.amazonaws.com/conpedi2/anteriores/XVI+Congresso+Nacional+-+Belo+Horizonte+\(15%2C+16+e+17+de+novembro+de+2007\).pdf](https://s3.amazonaws.com/conpedi2/anteriores/XVI+Congresso+Nacional+-+Belo+Horizonte+(15%2C+16+e+17+de+novembro+de+2007).pdf). Acesso em: 13 out. 2015.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 11 ago. 2013.
- BRASIL. *Lei nº 9.709*, de 18 de novembro de 1998. Regulamenta a execução do disposto nos incisos I, II e III do art. 14 da Constituição Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9709.htm. Acesso em: 24 maio 2016.
- BRASIL. *Emenda Constitucional nº 71*, de 29 de novembro de 2012. Acrescenta o art. 216-A à Constituição Federal para instituir o Sistema Nacional de Cultura. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc71.htm. Acesso em: 13 out. 2015.
- BRASIL. *Recurso Extraordinário 586.224 SP*, Brasil. Supremo Tribunal Federal. Recorrentes: Estado de São Paulo e Sindicato da Indústria da Fabricação do Alcool do Estado de São Paulo – Sifaesp. Recorridos: Câmara Municipal de Paulina e Município de Paulina. Relator ministro Luiz Fux. Julgamento 5.3.2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8399039>. Acesso em: 24 maio 2016.
- CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk de, CADEMARTORI, Sérgio. A relação entre Estado de Direito e democracia no pensamento de Bobbio e Ferrajoli. *Revista Sequência*, UFSC, nº 53, p. 145-162, Florianópolis, dez. 2006. Disponível em <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15097>. Acesso em: 13 out. 2015.
- CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk de, CADEMARTORI, Sérgio. Democracia formal, substancial e ambiental: a configuração de um debate. CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 24., 2015, Belo Horizonte. *Anais [...]*. Belo Horizonte: UFS, 2015. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/publicacoes/c178h0tg/2g6i4xpi/Xr-87133g9jUf5FGW.pdf>. Acesso em: 25 maio 2016.
- CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de Direito e Legitimidade*. 2. ed. Campinas: Millennium Editora, 2007.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Edições Alameda, 2003.
- CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. Direitos sociais e controle jurisdicional de políticas públicas: uma abordagem a partir dos contornos do estado constitucional de direito. *Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina*, v. 18, n. 24, 2011. Disponível em: <http://www.revista.esmesc.org.br/re/article/view/23/29>. Acesso em: 7 nov. 2015.
- COMPETTI NETO, Alfredo. O paradigma constitucional garantista em Luigi Ferrajoli: a evolução do constitucionalismo político para o constitucionalismo jurídico. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*. Curitiba, v. 14, n. 14, p. 409-241, jul./dez. 2013.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: Teoria do Garantismo Penal*. Tradução Ana Paula Zomer Sica et al. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- FERRAJOLI, Luigi. *Poderes selvagens: a crise da democracia italiana*. Tradução Alexandre Araújo Souza. São Paulo: Saraiva, 2014.
- FERRAJOLI, Luigi. *A democracia através dos direitos: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político*. Tradução Alexandre Araújo de Souza et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*. Trad. Perfecto A. Ibañez et al. Título original: Diritto e ragione. Madrid: Trotta, 1995. 991p.
- IPPOLITO, Dario. O garantismo de Luigi Ferrajoli. Tradução Hermes Zaneti Júnior. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito – RECHTD*, Unisinos, jan./jun. 2011. Disponível em: <http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/733>. Acesso em: 25 maio 2016.
- JULIOS-CAMPUZANO, Afonso de. *Constitucionalismo em tempo de globalização*. Tradução José Luis Bolzan de Moraes e Valéria Ribas do Nascimento. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- MASTRANGELO, Cláudio. *Agências reguladoras e participação popular*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito administrativo*. 13. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Relações entre Poderes e Democracia: crise e superação*. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de. A consolidação do estado constitucional de direito no Brasil. *Revista Eletrônica Direito e Política*, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da Univali, Itajaí, v. 7, n. 3, 3º quadrimestre de 2012. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica. ISSN 1980-7791. Acesso em: 15 maio 2016.

PAZZOLO, Susana. Un constitucionalismo ambiguo. In: CARBONAL, Miguel (org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2009.

VALDÉS, Ernesto Garzón. Algo más acerca del “coto vedado”. *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 6, p. 209-213, 1989. Disponível em: http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01361620813462839088024/cuaderno6/Doxa6_12.pdf. Acesso em: 16 nov. 2015.

<http://dx.doi.org/10.21527/2317-5389.2020.15.272-289>

Da Capacidade da Pessoa com Deficiência Para o Exercício do Direito à Família e Suas Singularidades no Brasil

Alcineia Rodrigues dos Santos

Alcineia Rodrigues dos Santos: Doutorado em História pela Universidade Federal de Goiás (UFG). Graduanda em Direito pela Universidade do Estado do Rio Grande do Norte (Uern). <http://lattes.cnpq.br/8553980821234163>. <https://orcid.org/0000-0001-7033-8267>. aneia@outlook.com

Aurélia Carla Queiroga da Silva

Mestre em Direito pela UFRN- Universidade do Estado do Rio Grande do Norte. Especialista em Direito Processual Civil pela UFCG- Universidade Federal de Campina Grande. Professora de Direito Civil e da Área Propedêutica da Uern – Universidade do Estado do Rio Grande do Norte. Coordenadora do Projeto de Extensão “Debate, Café e Cinema”. Rio Grande do Norte – Brasil. <http://lattes.cnpq.br/9035393776493541>. <http://orcid.org/0000-0002-3473-1659>. aureliacarla@yahoo.com.br

Mariana Albuquerque Melo

Graduanda em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). <http://lattes.cnpq.br/6011974303726579>. <https://orcid.org/0000-0002-7484-7293>. mariana_albuquerque9@hotmail.com

RESUMO

A Constituição Federal de 1988 possui por fundamento a dignidade humana e, nesta perspectiva, garante a cada um a proteção à personalidade jurídica individual, da qual emanam os atos negociais e existenciais próprios. Com a Lei n. 13.146/2015, as pessoas com deficiência passam a ser consideradas plenamente capazes de fato na área do Direito Civil. Busca-se analisar, pelo método dedutivo, as inovações legais em prol da difusão dos direitos fundamentais da pessoa com deficiência, sobretudo no que concerne ao exercício do direito à família e à afetividade. Do exposto, verifica-se que as recentes alterações normativas estimulam a cultura inclusiva e atuam decisivamente na concretização da atuação cidadã das pessoas com deficiência, pela realização autônoma das atividades cotidianas simples e complexas, com repercussões nas realidades jurídica e prática.

Palavras-chave: Pessoa com deficiência. Capacidade. Família. Inclusão.

OF THE CAPACITY OF THE DISABLED PERSON FOR THE EXERCISE OF THE RIGHT TO THE FAMILY AND THEIR SINGULARITIES IN BRAZIL

ABSTRACT

The Federal Constitution of 1988 is based on human dignity and, from this perspective, guarantees to each one the protection to the individual legal personality, from which emanates the own existential and negotiating acts. With Law n. 13.146/2015, people with disabilities are considered to be fully capable of de facto, in the area of Civil Law. It seeks to analyze, by the deductive method, the legal innovations in favor of the diffusion of the fundamental rights of the person with disability, above all, with respect to the exercise of the right to the family and the affectivity. From the above, it can be seen that the recent normative changes stimulate the inclusive culture and act decisively in the realization of the citizens' performance of people with disabilities, by the autonomous accomplishment of simple and complex daily activities, with repercussions in legal and practical realities.

Keywords: Disabled person. Capacity. Family. Inclusion.

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 Aspectos Constitucionais da Tutela da Pessoa com Deficiência. 3 Inovações da Lei nº 13.146/15 no Cenário Brasileiro. 4 Pessoa com Deficiência e o Exercício do Direito à Família, à Afetividade e à Sexualidade no Brasil. 5 Conclusão. 6 Referências.

Recebido em: 21/9/2017

Aceito em: 7/4/2020

1 INTRODUÇÃO

A inclusão das pessoas com deficiência na sociedade, de forma ampla e irrestrita, vem tomando rumos cada vez mais humanistas e pragmáticos. Mais do que um fator jurídico de garantia de absoluta capacidade civil e de atuação em condição de igualdade nas esferas do cotidiano, o Estatuto da Pessoa com Deficiência, regulado pela Lei 13.146 (BRASIL, 2015a), sustenta e protege a personalidade jurídica, civil e, sobretudo, existencial, da pessoa com deficiência. A teoria das incapacidades torna-se obsoleta perante a novel legislação. Os atos inerentes à própria pessoa humana passam a ser, no geral, por ela decididos, qualificando-se como intransferíveis e estritamente personalíssimos (TARTUCE, 2019).

O presente estudo terá por escopo principal a análise científica, por meio do método dedutivo, das repercussões legais da referida Lei de Inclusão para as pessoas com deficiência. As pesquisas perpassam pela criticidade das alterações advindas dessa legislação no plano da esfera do Direito Civil, bem como serão analisados os fundamentos basilares contidos na Constituição Federal (BRASIL, 1988), e, ainda, posicionamentos doutrinários dos civilistas pátrios em torno da problemática, para fins de divulgar, no âmbito acadêmico, as recentes conquistas da pessoa com deficiência.

De forma específica, o trabalho estudará as implicações da referida Lei para o âmbito civil dos direitos à afetividade, à sexualidade e de constituição e exercício do direito à família das pessoas com deficiência. São aspectos vinculados à dignidade da pessoa humana, e, por isso, fundamentais à existência singular e digna de cada um. Logo, têm por respeito a autonomia da pessoa com vulnerabilidade de deficiência física, sensorial, psicológica e/ou mental.

As implicações sociais da temática são tais que irão causar profundas alterações na visão dos cidadãos para com a vulnerabilidade, bem como nas experiências com as pessoas com deficiência, uma vez que a estas ficam asseguradas a igualdade e a capacidade para consecução das diversas atividades cotidianas. A essência e o escopo da legislação em análise, portanto, constituem-se na amenização de eventuais discriminações decorrentes de fatores atitudinais e sociais, envolvendo as pessoas que apresentam alguma limitação psíquica, mental, física e/ou sensorial.

2 ASPECTOS CONSTITUCIONAIS DA TUTELA DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

O legislador da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988) tratou de estabelecer um tratamento diferenciado e protetor à pessoa com deficiência (art. 24, inciso XIV, CF). A assistência social tem por objetivo o seguinte aspecto: “a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária” (art. 203, inciso IV, CF).

Esse tratamento específico constitui-se por meio de princípios fundamentais individuais que servem de guia ao Estado e à administração pública, bem como às relações entre os particulares. A Constituição Federal preceitua o pilar da dignidade da pessoa humana e o direito à igualdade, e a vedação a qualquer tipo de discriminação advinda de características física, mental, intelectual ou sensorial. Sobre essa base, destaca-se:

Sem a concretização dos direitos sociais não se poderá alcançar jamais “a Sociedade livre, justa e solidária”, contemplada constitucionalmente como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (art. 3º). O mesmo tem pertinência com respeito à redução das desigualdades sociais, que é, ao mesmo passo, um princípio da ordem econômica e um dos objetivos fundamentais de nosso ordenamento republicano, qual consta respectivamente do art. 170, VII, e do sobredito art. 3º (BONAVIDES, 2011, p. 657).

Desse modo, e como aponta Bonavides, é parâmetro contido na Constituição Federal a “promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade, e quaisquer outras formas de discriminação”, conforme o referido artigo 3º (BRASIL, 1988).

De forma imediata, a Constituição de 1988 impôs direitos sociais, dentre os quais estabelece o Direito à Seguridade Social, relacionando-se com tal tutela constitucional das pessoas com deficiência. Engloba o direito à saúde, à previdência e à assistência social, ramos de direitos sociais que contribuem, no geral, para o melhor usufruto das liberdades individuais. Estando tais direitos inseridos no rol dos direitos sociais e coletivos, pautam-se nos objetivos de bem-estar e de justiça sociais. Nesse sentido, escreve com clareza Uadi Bullos (2014, p. 809) sobre a importância e a eficácia dos direitos sociais:

A finalidade dos direitos sociais é beneficiar os hipossuficientes, assegurando-lhes situação de vantagem, direta ou indireta, a partir da realização da igualdade real. Partem do princípio de que incumbe aos Poderes Públicos melhorar a vida humana, evitando tiranias, arbítrios, injustiças e abusos de poder. Visam, também, garantir a qualidade de vida, a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, o lazer, a moradia, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade, à infância e a assistência aos desamparados. Por isso, servem de substrato para o exercício de incontáveis direitos humanos fundamentais [...]

Das palavras de Bullos pode-se observar que para o Direito atingir sua função de justiça, sendo, portanto, democrático, necessita que ele atenda a comunidade como um todo. Nesse sentido, e considerando o princípio da valorização da vida humana como uma das principais bases em que se apoia o ordenamento jurídico brasileiro, influenciando todo o sistema infraconstitucional, mostra-se, assim, que é possível a todo indivíduo que sofra de determinada limitação os benefícios e facilidades garantidoras de seu bem-estar social.

Como visto, vincula-se a tutela constitucional das pessoas com deficiência ao consagrado direito à igualdade entre todos, atuando-se para sanar desigualdades materiais. É a isonomia jurídica. Defende Tavares (2012, p. 838) que tais direitos sociais, na medida em que exigem do Estado uma atuação positiva, consagram a efetivação da igualdade social dos hipossuficientes, numa perspectiva prestacional estatal (p. 838).

Quanto ao regime de previdência social, que passou a ser organizado pelo conduto geral, o indivíduo deve estar na condição de contribuinte direto para ser beneficiário. Desde que acarretado por alguma incapacidade mental ou física e laboral, invalidez, dentre outras condições, que dificultem o alcance dos meios indispensáveis à subsistência da pessoa humana, poderá a pessoa com deficiência ser assistida pela previdência social (MARTINEZ, 1989, p. 99).

Há algumas singularidades aduzidas no regime de previdência social para as pessoas com deficiência, por motivo de diferenças na execução das diversas atividades do mercado de trabalho, e ficando a depender de cada caso. O ordenamento jurídico estabeleceu, nesse sentido, uma aposentadoria especial, com base no artigo 201, § 1º, CF (BRASIL, 1988):

Art. 201, § 1º – É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos beneficiários do regime geral de previdência social, ressalvados os casos de atividades exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física e quando se tratar de segurados portadores de deficiência, nos termos definidos em lei complementar.

De forma universal, ao contrário da previdência social – que é de caráter contributivo do trabalhador beneficiário e das respectivas empresas –, o direito à assistência social, o terceiro fator da ordem social, constitui-se no mais abrangente, por ser um verdadeiro seguro social. Deve-se promover a integração ao mercado de trabalho e a reabilitação das pessoas com deficiência, e, na hipótese de não possuir meios de prover a própria subsistência, o Estado deve conceder remuneração (TAVARES, 2012, p. 873).

Assim, a Constituição Cidadã inaugura uma fase de ensejamento de redução das discriminações no que concerne à condição das pessoas com deficiência. É o esgotamento do modelo assistencialista e paternalista, no qual reinava a exclusão e a falta de proteção delas, desprovido de estímulo à independência delas (FERRAZ; LEITE, p. 143, 2015a). Destarte, impôs uma tutela especial às pessoas com deficiências, a fim de se atingir a igualdade material pela concessão de oportunidades.

Um tratamento desigual pelo Estado legislador pode restar justificado se corresponder a um limite constitucional ao direito fundamental à igualdade e se o método de limitação usado pelo legislador atender ao critério da proporcionalidade como um limite ao seu poder de limitar o direito decorrente de seu próprio vínculo ao direito fundamental (MARTINS, 2012, p. 58).

Assevera Martins (2012) a imperiosa necessidade de se tratar as pessoas com base no princípio da Igualdade, previsto no artigo 5º da Constituição, a partir do qual observa-se a importância de se tratar os iguais na medida de sua igualdade e, do mesmo modo, os desiguais na exata medida de suas desigualdades, sendo vedadas as diferenciações. Compete ao Estado, em consonância com os direitos fundamentais da CF 88, dar condições a que se assegure e se concretize a dignidade humana, o que certamente motivou o legislador a refletir com as questões relacionadas à pessoa com deficiência.

3 INOVAÇÕES DA LEI Nº 13.146/15 NO CENÁRIO BRASILEIRO

O Estatuto da Pessoa com Deficiência, instituído pela Lei 13.146 (BRASIL, 2015a), cuja promulgação data de 6 de julho de 2015 e a vigência deu-se a partir de janeiro de 2016, trouxe diversas e profundas alterações para o ordenamento jurídico brasileiro, particularmente no tocante ao exercício jurídico do âmbito civil das pessoas com deficiência.

Não obstante os avanços legais, a novel legislação infraconstitucional tem por desafio a mudança social de mentalidade e de atitudes para com esse público-alvo, de modo que as pessoas com deficiência sejam reconhecidas e valorizadas como sujeitos de direito e de fato, capazes e autônomos no dia a dia, ideia compreensível a partir de uma análise minuciosa dos preceitos dessa Lei. Surge um novo paradigma da capacidade civil. O foco da Lei é sintetizado de forma clara por Stolze (2015):

A nova Lei veio em boa hora, ao conferir um tratamento mais digno às pessoas com deficiência, verdadeira reconstrução valorativa na tradicional tessitura do sistema jurídico brasileiro da incapacidade civil. Mas o grande desafio é a mudança de mentalidade, na perspectiva de respeito à dimensão existencial do outro.

O Estatuto constitui-se na internalização advinda da ratificação internacional da Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência (CDPD), da Organização das Nações Unidas, e que, ao se tratar de tratado internacional de direitos humanos, aprovado pelo Congresso Nacional, pelo Decreto Legislativo nº 186 (BRASIL, 2008) em quórum qualificado, a norma adquiriu status constitucional, conforme artigo 5º, §3º, CF (BRASIL, 1998). A referida convenção tem por fundamentos princípios de Direitos Humanos, como *ratio* “*in dubio pro capacitas*” e a intervenção mínima.

A CDPD inova ao conceber uma visão da deficiência vinculada à estrutura arquitetônica, à mentalidade, à atitude e ao ordenamento jurídico da sociedade – aspectos relacionados às limitações funcionais/biológicas da pessoa com deficiência. Sustenta que a deficiência não deve ser motivo de exclusão e de diferenciações sociais, e veda políticas que tenham por intuito a “normalização” das pessoas, como o era no chamado “modelo médico”:

O objetivo humanista da CDPD consagra inovadora visão jurídica a respeito da pessoa com deficiência. Nesse modelo, a deficiência não pode se justificar pelas limitações pessoais decorrentes de uma patologia. A ideia fulcral parece ser a de substituir o chamado “modelo médico” – que busca desenfreadamente reabilitar a pessoa anormal para se adequar à sociedade –, por um modelo “social humanitário” – que tem por missão reabilitar a sociedade para eliminar os entraves e os muros de exclusão, garantindo ao deficiente uma vida independente e a possibilidade de ser inserido em comunidade. Nesse sentido reconheceu o preâmbulo da CDPD que “*a deficiência é um conceito em evolução e que a deficiência resulta da interação entre pessoas com deficiência e as barreiras devidas às atitudes e ao ambiente que impedem a plena e efetiva participação dessas pessoas na sociedade em igualdade de oportunidades com as demais pessoas*”. Por tudo isso, fundado nas melhores lições do direito civil constitucional, o Estatuto da Pessoa com Deficiência intensifica a chamada “repersonalização do direito civil”, colocando a pessoa humana no centro das preocupações do Direito (RIBEIRO, 2015, p. 58).

Nesse contexto de uma nova visão social na conceituação das deficiências, torna-se necessária a crítica para a exclusividade dos fatores sociais como determinantes no processo de socialização das pessoas com deficiência. Há casos severos em que a inclusão da pessoa com deficiência não poderá ser de maneira independente, posto que a própria individualidade funcional não poderá ser suprida por qualquer fator disponível pelo meio social. Algumas limitações decorrem de fatores individuais e biomédicos da pessoa com deficiência (FERRAZ; LEITE, 2015b, p. 103).

O Estatuto reafirma que as políticas sociais passem a se voltar aos fatores externos à pessoa com deficiência. É o respeito à Democracia e à pluralidade das pessoas:

Num Estado Democrático de Direito, o pluralismo demanda o respeito pelas diferenças e não o seu aniquilamento. O Estatuto da Pessoa com Deficiência não eliminou a teoria das incapacidades, porém, adequou à Constituição Federal e à CDPD. Tratando-se a incapacidade de uma sanção normativa excepcionalíssima, que afeta o estado da pessoa a ponto

de restringir o exercício autônomo de direitos fundamentais, o que corretamente a Lei n. 13.146/15 impôs foi a necessidade da mais ampla proteção ao direito fundamental à capacidade civil (ROSENVALD, 2015a, p. 6).

O argumento de Rosenvald (2015a) recai principalmente sobre a questão do respeito à diferença. Partindo daí, a constituição de direitos é alargada para que haja uma maior abrangência, pois respeitar os direitos fundamentais de primeira dimensão é um dever do Estado. Por conseguinte, no plano do modelo social, as pessoas com deficiência ficam num patamar equiparado às outras pessoas, e, dessa forma, suas peculiaridades são respeitadas como pessoa humana e com todos os valores inerentes ao homem. Deixa-se de atribuir caráter negativo à atipicidade do corpo e da mente, e a diversidade torna-se o elemento unificador das pessoas (FERRAZ; LEITE, 2015b, p. 98).

A Lei 13.146 (BRASIL, 2015a) reitera a capacidade civil das pessoas com deficiência, como regra geral, conforme o disposto em seu artigo 6º: “A deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa”, e no artigo 84: “A pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas”. Com esta inovação jurídica, o instituto da curatela – antes procedimento para interdição da capacidade civil – tornou-se excepcional, sem qualquer esfacelamento do direito fundamental à capacidade jurídica, no caso de a pessoa com deficiência não puder conformar ou expressar a sua vontade. A autonomia privada somente será limitada desde que haja impossibilidade real e duradoura para seu exercício. A pessoa deixa de ser reduzida a uma esfera clínica de dificuldade psíquica ou intelectual.

O efeito básico do direito fundamental à igualdade é assegurar uma posição jurídica de natureza público-subjetiva ao indivíduo, pelo direito de resistir ao tratamento desigual perante a lei (na sua aplicação pelo Executivo e Judiciário) ou pela lei discriminatória injustificada (MARTINS, 2012, p. 57). É esta a perspectiva do Estatuto da Pessoa com deficiência.

Gonçalves (2016, p. 112) escreveu acerca do Estatuto, e, apesar de reconhecer a evolução nos planos da igualdade e da autonomia, critica-o como excessivo para o quadro de vulnerabilidade persistente:

Pretendeu o legislador, com essas inovações, impedir que a pessoa deficiente seja considerada e tratada como incapaz, tendo em vista os princípios constitucionais da igualdade e da dignidade humana. Todavia, têm elas sido objeto de pesadas críticas formuladas pela doutrina, pelo fato, principalmente, de desproteger aqueles que merecem a proteção legal.

Uma rápida análise dessas dimensões, à luz da reflexão proposta por Gonçalves (2016), demonstra quão dinâmico e dialético pode ser o processo de reconhecimento dos direitos da pessoa com deficiência, caracterizado por contradições, ajustes e reajustes. Sendo assim, a positivação desses direitos passa a ser um momento fundamental para a efetivação do princípio da igualdade. Para Tartuce (2018), a alteração na teoria das incapacidades no Código Civil, advinda da Lei em comento, tem por fim a inclusão concreta das pessoas com deficiência, uma vez que a dignidade-liberdade substitui a dignidade-vulnerabilidade.

É por meio dessa premissa justificativa, eminentemente social, que o artigo 2º do Estatuto da Pessoa com Deficiência (BRASIL, 2015a) conceitua a pessoa com deficiência numa visão social:

Art. 2º – Considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

Do mesmo modo, a CDPD, pelo Decreto nº 6.449 (BRASIL, 2009) impõe o caráter biopsicossocial na determinação da existência de deficiência intelectual, mental, física ou sensorial, num verdadeiro conceito dinâmico, tendo em vista que depende do meio social, das funções corporais e das restrições existentes:

Art. 2º, §1 – A avaliação da deficiência, quando necessária, será biopsicossocial, realizada por equipe multiprofissional e interdisciplinar e considerará:

- I – os impedimentos nas funções e nas estruturas do corpo;
- II – os fatores socioambientais, psicológicos e pessoais;
- III – a limitação no desempenho de atividades; e
- IV – a restrição de participação.

O instituto da capacidade civil e o da autonomia privada preveem atos civis do tipo patrimonial e do tipo existencial. Enquanto os atos civis patrimoniais têm repercussões na esfera disponível do sujeito, aqueles de âmbito existencial são irrenunciáveis e intransmissíveis pela proteção da personalidade humana (BRASIL, 2002, art. 11).

Nesse sentido, há uma forte correlação entre os atos existenciais e os princípios da dignidade humana, igualdade, autonomia para relações jurídicas e à vida íntima e privada de cada um. Por isso, o Estatuto reconhece a capacidade civil para os atos existenciais de maneira quase absoluta, tendo interferências mínimas das eventuais deficiências:

Não se pode mais admitir uma incapacidade legal absoluta que resulte em morte civil da pessoa, com a transferência compulsória das decisões e escolhas existenciais para o curador. Por mais grave que se pronuncie a patologia, é fundamental que as faculdades residuais da pessoa sejam preservadas, sobremaneira às que digam respeito as suas crenças, valores e afetos, num âmbito condizente com o seu real e concreto quadro psicofísico. Ou seja, na qualidade de valor, o *status personae* não se reduz à capacidade intelectual da pessoa, posto funcionalizada à satisfação das suas necessidades existenciais, que transcendem o plano puramente objetivo do trânsito das titularidades (ROSENVALD, 2015a, p. 7).

A nova Lei não suscita a ideia de substituição da vontade das pessoas com deficiência em relação aos atos existenciais pelo seu caráter essencialmente pessoal, tampouco suscita em representação civil para esses atos. Em contrapartida, há a previsão de assistência às tomadas de decisão, tanto pelo CDPD quanto pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, sem se cogitar em restrição da capacidade desse público de forma geral:

A depender do tipo de ato civil, exige-se um certo e específico nível de compreensão. Grosso modo, o discernimento que se requer para a prática dos atos civis de matiz patrimonial não é o mesmo que se exige para a prática de atos existenciais – situam-se em domínios diferentes. Os primeiros envolvem informações mais técnicas e jurídicas, menos subjetivas; enquanto os segundos, estão mais relacionados aos vínculos pessoais, às preferências individuais e às circunstâncias específicas da personalidade de cada um, enfim, ao seu próprio modo de ser. Por essa razão, é mais fácil justificar que uma pessoa com limitação intelectual ou psíquica tenha mais dificuldade de compreender as implica-

ções presentes na formação de um contrato de compra e venda, nos atos de administração societária e, assim, necessite da interferência do curador ou do apoio de alguém. Por outro lado, é possível que essa mesma pessoa reúna condições de compreender e decidir sobre assuntos pertinentes à sua vida pessoal e afetiva, identificando, por exemplo, o sujeito que lhe inspira mais confiança para exercer o *múnus* de sua curatela, as pessoas com quem deseja morar, o lugar de sua residência, o seu parceiro afetivo etc. (MENEZES, 2015, p. 7).

Na própria concepção de relação jurídica, Gonçalves (2016, p. 98) atenta para a necessidade de interesses humanos para a consecução de institutos civis, com impactos sociais. O homem está na condição de ente social.

Assim, os atos jurídicos resultantes das vontades das partes, ou desde que tenham repercussões na esfera existencial da pessoa com deficiência, devem ser preferencialmente constituídos por elas próprias. Inverte-se a prática corrente: a interdição deve ser total apenas nos casos de estado vegetativo, em que é impossível qualquer manifestação de vontade pessoal (GONDIM, 2015, p. 118).

As limitações excepcionais atingem somente a esfera patrimonial para a pessoa com deficiência. Nessa hipótese, a capacidade civil deverá ser decretada de forma relativa:

Por uma imposição ética, o Estatuto da Pessoa com Deficiência atraiu todos aqueles que não podem se autodeterminar para o setor da incapacidade relativa. O princípio da Dignidade da Pessoa Humana não se compatibiliza com uma abstrata homogeneização de seres humanos em uma categoria despersonalizada de absolutamente incapazes, que por sua própria conformação é infensa a qualquer avaliação concreta acerca do estatuto que regulará a condução da vida da pessoa deficiente após a curatela. A incapacidade absoluta, por essência, é incompatível com a regra da proporcionalidade (ROSENVALD, 2015a, p. 8).

A pessoa com deficiência passa a ser considerada num contexto moral e de autonomia pessoal. São valores éticos previstos pelo regime constitucional do Estado Democrático:

A Convenção da ONU, pautada no modelo social da deficiência, redefiniu os preceitos norteadores da capacidade civil, estabelecendo sistemática que pode, sem nenhum exagero, ser definida como inovadora e verdadeiramente revolucionária. Em primeiro lugar, fica claro que a norma em comento, no art. 3º, ao definir como princípios gerais “o respeito pela dignidade inerente”, “a autonomia individual”, “a liberdade de fazer as próprias escolhas” e a “independência”, estabelece como paradigma o reconhecimento da autonomia moral das pessoas com deficiência. Além disso, se houver necessidade de intervir na capacidade civil dessas pessoas, isso se dará sob o modelo de auxílio na tomada de decisões, e não de substituição, como outrora (FERRAZ; LEITE, 2015b, p. 105).

Como uma medida jurídica essencial diante da vulnerabilidade, sem, contudo, retirar-lhes o poder de expressar suas vontades e constituir situações civis jurídicas, a Tomada de Decisão Apoiada (TDA) surge como instituto inovador com escopo de favorecer e fazer predominar as vontades individuais da pessoa com deficiência:

Cuida-se de figura bem mais elástica do que a tutela e a curatela, pois estimula a capacidade de agir e a autodeterminação da pessoa beneficiária do apoio, sem que sofra o estigma social da curatela, medida nitidamente invasiva à liberdade da pessoa. Não se trata de um modelo limitador da capacidade de agir, mas de um remédio personalizado para as necessidades existenciais da pessoa, no qual as medidas de cunho patrimonial

surgem em caráter acessório, prevalecendo o cuidado assistencial e vital ao ser humano. Enquanto a curatela e a incapacidade relativa parecem atender preferentemente à sociedade (isolando os incapazes) e à família (impedindo que dilapide o seu patrimônio), em detrimento do próprio curatelado, a tomada de decisão apoiada é uma medida promocional de autonomia que resguarda a liberdade e dignidade da pessoa com deficiência, sem amputar ou restringir indiscriminadamente os seus desejos e anseios vitais (ROSENVALD, 2015b).

Em comparação à curatela, o instituto configura medida pouco interventiva. Permanece a autonomia civil de exercício da pessoa com deficiência, e suas decisões são dotadas de eficácia nos atos civis. Sua função é o auxílio do indivíduo nas decisões, mas de uma forma meramente opinativa e não vinculativa:

Em verdade, o que o Estatuto pretendeu foi, homenageando o princípio da dignidade da pessoa humana, fazer com que a pessoa com deficiência deixasse de ser “rotulada” como incapaz, para ser considerada – em uma perspectiva constitucional isonômica – dotada de plena capacidade legal, ainda que haja a necessidade de adoção de institutos assistenciais específicos, como a tomada de decisão apoiada e, extraordinariamente, a curatela, para a prática de atos na vida civil (STOLZE, 2015).

As discussões em torno da questão da dignidade humana desde muito vêm sendo propagadas. O tema tem sido debatido em âmbito internacional, com ações que visam a garantir, dentre outros, os princípios da igualdade e da liberdade. Essa ideia, na verdade, é uma preocupação mundial, sendo, inclusive, tema de ordenamentos jurídicos pátrios de países como a Itália, que, já em sua Constituição de 1947, estabelece que “todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei”. Esse direito intangível também encontra-se observado na Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada em 10 de dezembro de 1948 e assinada pelo Brasil na mesma data (ONU, 1948).

Com vistas ao acompanhamento e apoio aos atos da vida civil, serão determinadas, na TDA, pelo menos, duas pessoas lúcidas, que exerçam o papel de apoiadores às necessidades e aos atos cotidianos relativos à pessoa com deficiência. O Estatuto prevê que tais apoiadores deverão ter vínculos afetivos para com o apoiado:

Art. 1.783-A – A tomada de decisão apoiada é o processo pelo qual a pessoa com deficiência elege pelo menos 2 (duas) pessoas idôneas, com as quais mantenha vínculos e que gozem de sua confiança, para prestar-lhe apoio na tomada de decisão sobre atos da vida civil, fornecendo-lhes os elementos e informações necessários para que possa exercer sua capacidade (BRASIL, 2002).

Ademais, a novel legislação respeitou a possibilidade de a própria pessoa apoiada solicitar o término da decisão apoiada. Dessa forma, constitui um direito potestativo do indivíduo, uma vez que o magistrado estará vinculado à decisão da pessoa apoiada, assim como os próprios apoiadores. É, pois, uma decisão unilateral do apoiado, e respeita a determinação da vontade do beneficiário em admitir apoiadores para lhe auxiliar nos atos civis.

Nesse processo, o juiz deverá analisar oitiva do Ministério Público, bem como o requerente e as pessoas que serão apoiadores deverão relatar ao juiz para que este decida sobre a TDA e se pronuncie sobre o caso concreto (BRASIL, 2002, art. 1.783-A, § 3º). Ademais, para qualquer prejuízo moral ou patrimonial ao apoiado, desde que resultante de tentativa de se

aproveitar de atos realizados pelo apoiador, ou de coação psicológica deste para que o apoiado aja de acordo com seus interesses pessoais, a Lei n. 13.146 prevê de maneira específica a possibilidade de investigação dos feitos civis pelo Ministério Público – artigo 1.783-A, §7º: “Se o apoiador agir com negligência, exercer pressão indevida ou não adimplir as obrigações assumidas, poderá a pessoa apoiada ou qualquer pessoa apresentar denúncia ao Ministério Público ou ao juiz” (BRASIL, 2002).

No intuito de garantir-se a segurança jurídica e a boa-fé contratual, cujo fundamento se encontra no próprio Código Civil e nos princípios da boa-fé e da eticidade, há proteção ao terceiro. Este poderá solicitar a contra-assinatura e a respectiva ciência, pelos apoiadores, da constituição da relação jurídica contratual cuja realização seja constituída pela pessoa com deficiência – § 5º do artigo 1.783-A: “Terceiro com quem a pessoa apoiada mantenha relação negocial pode solicitar que os apoiadores contra-assinem o contrato ou acordo, especificando, por escrito, sua função em relação ao apoiado” (BRASIL, 2002).

Quanto às possíveis diferenças de opiniões dos apoiadores, a questão problemática poderá ser objeto de ajuizamento, e a decisão será em conformidade com a razoabilidade e a proporcionalidade aos moldes do artigo 1.783, § 6º. Destaca-se o adendo a respeito da questão:

Retornando ao § 6º, do art. 1.783-A, ao prever possibilidade de “divergência de opiniões entre a pessoa apoiada e um dos apoiadores”, infere-se que, eventualmente, os apoiadores terão percepções distintas sobre decisões que refletirão na vida da pessoa apoiada. Por tal razão, não obstante o silêncio da norma, será recomendável que o termo de apoio estabeleça uma ordem de prioridade, ou um critério de resolução de conflitos. Essa hierarquia será necessária também para acautelar a pessoa apoiada nos casos de ocasional indisponibilidade do apoiador principal para a tomada de decisões, transferindo a responsabilidade da escolha para o apoiador subsidiário (ROSENVALD, 2015b, p. 11-19).

Em contraposição à TDA, a curatela será aplicada de forma extraordinária, nos casos extremos de restrições dos atos das pessoas com deficiência. Deverá ser proporcional à necessidade específica de cada pessoa, e com duração mínima possível. Configurar-se-á a incapacidade relativa para o interditando, sem importar em incapacidade absoluta por motivo de deficiência intelectual, física, mental ou sensorial. Eis a principal mudança legal do Estatuto da Pessoa com Deficiência: “Se o sujeito estiver com dificuldades concretas ao exercício de sua capacidade legal, antes de ver ceifada a sua autonomia, poderá adotar o processo de tomada de decisão apoiada, medida de apoio mais branda (art. 84)”. Excepcionalmente, verificada a ausência do discernimento, por meio das cautelas devidas e, no âmbito do devido processo legal, é que será possível restringir-lhe a autonomia e fixar-lhe a curatela. Aqui teríamos uma medida protetiva mais extremada com o efeito de restringir a capacidade para a prática dos atos civis. No entanto, será sempre proporcional à demanda específica do curatelado e durará pelo menor tempo possível. Ainda assim, conforme se verá, o curatelado terá direito a que as decisões praticadas em seu nome visem alcançar os seus interesses fundamentais (ROSENVALD, 2015b).

Ao conferir liberdade e dignidade às pessoas com deficiência, são valorizados seus interesses, a depender do grau de discernimento delas. A presunção é a capacidade plena, mediante a autonomia, que qualifica e individualiza a pessoa humana, em consonância com o

artigo 1º, Código Civil (BRASIL, 2002). Tais princípios não denotam apenas uma construção constitucional, pois se constituem, enquanto premissa, um elemento que acompanha a vida humana, tal como a própria pessoa, como um pressuposto à ideia de justiça social.

A curatela deve ser usada de forma subsidiária, quando a situação concreta exigir apoio maior à pessoa com deficiência, em casos excepcionais. Deve ser instituída como um apoio de atuação no âmbito civil, cujos interesses sejam patrimoniais e não personalíssimos. Então, aos atos negociais, poderá haver a possibilidade de o curador agir pelos interesses do curatelado. Aos direitos pessoais, o interessado é exclusivamente a pessoa com deficiência:

Enquanto mecanismo protetivo extremo e extraordinário, a curatela não implica, necessariamente, a interdição da pessoa, mas a viabilização de um cuidado especial. Nesse aspecto, o Código Civil prevê a possibilidade da curatela especial (curatela por representação e não por interdição), sem prejuízo da capacidade civil, para as pessoas com deficiência física, a requerimento dela própria ou de um parente, dando-se-lhe um curador que possa cuidar de todos ou de alguns de seus negócios ou bens (art. 1.780). A considerar o princípio da igualdade e o reconhecimento da autonomia para todas as pessoas com deficiência, entende-se que também é possível a curatela por representação para aqueles sujeitos com deficiência no âmbito psíquico ou intelectual. Nesse aspecto, distinguir-se-ia da “tomada de decisão apoiada” pelo fato de conferir poder ao curador para, em nome do curatelado, firmar o negócio jurídico e não apenas conferir apoio (MENEZES, 2015, p. 4).

A Lei n. 13.146 suscita controvérsia sobre a quais condições a pessoa com deficiência ficaria submetida na curatela, gerando uma lacuna sobre a medida da capacidade civil. Apesar da garantia da plena capacidade de fato, e o estabelecimento de que a incapacidade absoluta só se dará em situação de menores com idade menor que 16 anos conforme o artigo 3º do Código Civil (BRASIL, 2002), então a capacidade do curatelado teria por limites a relatividade. Em contrapartida, há a abertura para a especificidade do caso e as reais necessidades do curatelado:

A considerar que a representação legal depende de prévia determinação na lei e que as pessoas com deficiência psíquica e/ou intelectual foram retiradas do rol dos absolutamente incapazes, assinalado no art. 3º do Código Civil, a curatela não poderia assumir poderes de representação. Mas importa destacar que o Estatuto da Pessoa com Deficiência previu a possibilidade de delinear uma curatela aberta à demanda do curatelado, inclusive, para atender às necessidades daquela pessoa absolutamente faltosa de juízo crítico e autonomia. Assim, é possível que nos autos do processo, o juiz reconheça a necessidade de confiar ao curador mais amplos poderes (art. 84, § 3º.) – fixando os limites da curatela na proporção das necessidades e das circunstâncias do caso sob exame. Por uma questão formal, no entanto, esses poderes não serão nominados como representação legal (MENEZES, 2015, p. 4).

A curatela deverá atender às peculiaridades da pessoa com deficiência. O novo Código de Processo Civil dispõe sobre a interdição e coloca como fundamento aos atos do âmbito civil a situação do indivíduo. Nisso, vincula direta e absolutamente a interdição às necessidades reais da pessoa com deficiência, como se pode verificar no seguinte dispositivo do Código de Processo Civil (CPC) (BRASIL, 2015b):

Art. 755 – Na sentença que decretar a interdição, o juiz:

l – nomeará curador, que poderá ser o requerente da interdição, e fixará os limites da curatela, segundo o estado e o desenvolvimento mental do interdito;

// – considerará as características pessoais do interdito, observando suas potencialidades, habilidades, vontades e preferências.

§ 1º A curatela deve ser atribuída a quem melhor possa atender aos interesses do curatelado.

Logo, é disso que surge a aparente contradição entre as duas novas legislações: enquanto o CPC estabelece a interdição fundamentada privativamente no estado de desenvolvimento mental, o Estatuto da pessoa com deficiência alterou o Código Civil (CC) e veda expressamente a incapacidade absoluta do indivíduo.

Outra alteração ocorreu nos artigos 1.768 e 1.772 do CC, ao admitir a possibilidade de propositura da curatela à pessoa com deficiência, e com a faculdade de indicar quem a exercerá. Reflete o princípio da não discriminação por motivo de deficiência, a autonomia e a capacidade legal, bem como o acesso à justiça: “Art. 1.768 – O processo que define os termos da curatela deve ser promovido: IV – pela própria pessoa” (BRASIL, 2002).

Diante das evoluções legais, cabe ao juiz o discernimento dos limites da curatela e a determinação dos âmbitos de atuação do curador no caso concreto, cujo foco principal é o interesse do curatelado em detrimento do curador e da sociedade. Torna-se indispensável, pois, o respeito aos direitos de personalidade do indivíduo submetido à curatela, de maneira a evitar a verdadeira morte civil da pessoa, pela proporcionalidade e razoabilidade do caso.

Deverão ser sopesadas as características específicas do indivíduo, as habilidades, as potencialidades, as vontades e as preferências, de modo a compreender a singularidade intelectual e necessidades civis específicas do interditando:

Art. 1.772 – O juiz determinará, segundo as potencialidades da pessoa, os limites da curatela, circunscritos às restrições constantes do art. 1.782, e indicará curador.

Parágrafo único. Para a escolha do curador, o juiz levará em conta a vontade e as preferências do interditando, a ausência de conflito de interesses e de influência indevida, a proporcionalidade e a adequação às circunstâncias da pessoa (BRASIL, 2002).

Ante o exposto, o escopo do Estatuto é a inclusão desse público na sociedade, de modo a garantir a plena isonomia jurídica e a dignidade da pessoa humana acometida de limitações físicas, biológicas e intelectuais. A deficiência decorre de aspectos estruturais e atitudinais, e, por isso, estimular a igualdade civil constitui um fator positivo para amenizar esse quadro de exclusão real.

4 PESSOA COM DEFICIÊNCIA E O EXERCÍCIO DO DIREITO À FAMÍLIA, À AFETIVIDADE E À SEXUALIDADE NO BRASIL

Com as modificações do Estatuto da Pessoa com Deficiência, para todo o ordenamento jurídico estabelecem-se garantias expressivas para os âmbitos do direito à família, à afetividade e à sexualidade para as pessoas com deficiência. Tais fatores constituem uma forma de possibilitar a independência e a liberdade para o exercício do amor, do afeto e da sexualidade desse grupo. O artigo 6º da Lei 13.146 aduz explicitamente esses avanços (BRASIL, 2015a):

Art. 6º – A deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para: I – casar-se e constituir união estável;

- II – exercer direitos sexuais e reprodutivos;
- III – exercer o direito de decidir sobre o número de filhos e de ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar;
- IV – conservar sua fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória;
- V – exercer o direito à família e à convivência familiar e comunitária;
- VI – exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.

A respeito do dispositivo supramencionado, explicita Tartuce (2016, p. 53) suas implicações para o Direito de Família: “em suma, no plano familiar, para os atos existenciais, há uma inclusão plena das pessoas com deficiência”.

Os aspectos inclusivos e inovadores para o Direito de Família, interferem no âmbito de diversos institutos civis e, com isso, surge uma nova concepção de protagonismo da pessoa com deficiência no seio familiar:

Com efeito, partindo-se para a análise dos efetivos reflexos do Estatuto no direito positivo, parece indiscutível que houve verdadeira reestruturação na teoria das incapacidades, além de notórias repercussões em diversos institutos do direito de família, como o casamento, a interdição e a curatela (RIBEIRO, 2015, p. 59).

Ademais, quanto ao exercício do direito de família e de nela ser incluído em condições de igualdade perante os demais membros, há de se destacar outra disposição legal relacionada ao direito ao casamento, com as mudanças suscitadas pelo Estatuto: “Art. 1.550, § 2º – A pessoa com deficiência mental ou intelectual em idade núbia poderá contrair matrimônio, expressando sua vontade diretamente ou por meio de seu responsável ou curador” (BRASIL, 2015a).

Ressalte-se, no entanto, que a vontade do contraente do casamento – caracterizando-se este um ato jurídico existencial – deveria ser intransponível e insubstituível. Porém, o artigo supracitado, porém, vai de encontro a esta ideia, conforme o seguinte adendo:

Novamente temos um problema na redação do parágrafo segundo acima transcrito: segundo o artigo 85 do Estatuto o curador do deficiente só atuará nos atos de natureza patrimonial e negocial, mas o parágrafo segundo que receberá o artigo 1550 do CC prevê que vontade de casar pode ser expressa pelo curador. Clara a contradição entre os dispositivos. A vontade é elemento essencial ao casamento e ninguém se casa senão por vontade própria. Admitir a vontade do curador como elemento suficiente para o casamento do deficiente é algo ilógico e contraria a pessoalidade do casamento, além de permitir fraudes perpetradas pelo casamento decorrente apenas da vontade do curador. O dispositivo deve ser interpretado restritivamente de acordo com a natureza personalíssima do casamento (SIMÃO, 2015).

Há manifesta desconsideração de o negócio jurídico do casamento constituir uma relação jurídica inteiramente voltada aos interesses pessoais, e tão somente à personalidade dos sujeitos/partes desse vínculo criado. Para Ribeiro (2015), permitir ao curador expressar a vontade pela pessoa com deficiência carece de justificativa jurídica, contrariando a natureza personalíssima do casamento. É incompatível com o artigo 85 do Estatuto, pois este restringe aos atos patrimoniais e negociais a atuação do curador.

Do mesmo modo, com o artigo 1.557, III, o casamento que haja sido pactuado não será tornado inválido se houver desconhecimento de deficiência física, e esta não configura agora um erro essencial sobre a pessoa. Com isto, a deficiência será fator incapaz de anular o casamento.

Logo, o casamento, ato jurídico bilateral, cujos pressupostos básicos são a boa-fé e a confiança entre as partes (artigo 113, CC), elimina o motivo da deficiência como aspecto substancial para invalidar a pactuação. Sobrepõe-se o princípio da igualdade entre todos, incluindo a pessoa com deficiência. O modificado inciso III, artigo 1.557, diferentemente, possibilitava que a deficiência física fosse elemento de anulabilidade do casamento:

Art. 1557 – Considera-se erro essencial sobre a pessoa do outro cônjuge:

III – a ignorância, anterior ao casamento, de defeito físico irremediável que não caracterize deficiência ou de moléstia grave e transmissível, por contágio ou por herança, capaz de pôr em risco a saúde do outro cônjuge ou de sua descendência (BRASIL, 2002).

Nesta mesma seara, o artigo 1.548 teve o inciso I expressamente revogado, tendo em vista que o artigo 84 do Estatuto estabelece a capacidade plena às pessoas com deficiência, sendo a antiga redação daquele assim transcrita: “Art. 1.548 – É nulo o casamento contraído: I – pelo enfermo mental sem o necessário discernimento para os atos da vida civil” (BRASIL, 2002).

Houve revogação do inciso IV, do artigo 1.557, do Código Civil. Com isso, a doença mental grave não mais será fator válido de provocar vício de consentimento para a celebração do casamento, nem de anular o referido negócio jurídico. A seguir, o inciso revogado:

Art. 1.557. Considera-se erro essencial sobre a pessoa do outro cônjuge:

IV – a ignorância, anterior ao casamento, de doença mental grave que, por sua natureza, torne insuportável a vida em comum ao cônjuge enganado (BRASIL, 2002).

Quanto à referida alteração, opina Tartuce (2018) sobre a inclusão promovida e assegurada para o casamento das pessoas com deficiência. Como decorrência natural da possibilidade de a pessoa com deficiência mental ou intelectual se casar, foram alterados dois incisos do art. 1.557, dispositivo que consagra as hipóteses de anulação do casamento por erro essencial quanto à pessoa. O seu inciso III passou a ter uma ressalva, eis que é anulável o casamento por erro no caso de “ignorância, anterior ao casamento, de defeito físico irremediável que não caracterize deficiência ou de moléstia grave e transmissível, por contágio ou por herança, capaz de pôr em risco a saúde do outro cônjuge ou de sua descendência”.

Do mesmo modo, processou-se a modificação do artigo 1.518, e não se menciona mais os curadores com o poder de anular o casamento da pessoa com deficiência, sendo a nova redação do artigo dada do seguinte modo: “Art. 1.518 – Até a celebração do casamento podem os pais ou tutores revogar a autorização” (BRASIL, 2002).

No tocante aos direitos à sexualidade, além do transcrito artigo 6º, o qual garante a identidade de gênero e a escolha sexual, visando à proteção de todos esses direitos às pessoas com deficiência, o artigo 18 reitera o necessário respeito às suas opções sexuais. Além disso, no inciso IV do artigo 6º, destaca-se a autonomia da pessoa com deficiência para questões reprodutivas, como a decisão sobre ter filhos ou não. Tal inciso relaciona-se diretamente

àquele artigo, na medida em que neste último veda-se a esterilização compulsória e, ao mesmo tempo, garante-se juridicamente a fertilização da pessoa com deficiência. A redação do artigo 18 traz:

Art. 18, § 4º As ações e os serviços de saúde pública destinados à pessoa com deficiência devem assegurar:

VI – respeito à especificidade, à identidade de gênero e à orientação sexual da pessoa com deficiência;

VII – atenção sexual e reprodutiva, incluindo o direito à fertilização assistida; (BRASIL, 2015a).

Então, pelo seu caráter de relevância para com a autodeterminação das decisões existenciais de vida da pessoa com deficiência, talvez o mais impactante da Lei 13.146/15 esteja no âmbito do Direito de Família, tendo em vista que este é o ramo civil que mais tem influência do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, pois lida recorrentemente com o subjetivo, o íntimo da pessoa e com o afeto. É o que se verifica a partir da seguinte análise:

A dignidade da pessoa humana encontra na família o solo apropriado para florescer. A ordem constitucional dá-lhe especial proteção independentemente de sua origem. A multiplicação das entidades familiares preserva e desenvolve as qualidades mais relevantes entre os familiares – o afeto, a solidariedade, a união, o respeito, a confiança, o amor, o projeto de vida comum -, permitindo o pleno desenvolvimento pessoal e social de cada partícipe com base em ideais pluralistas, solidaristas, democráticos e humanistas (DIAS, 2015, p. 45).

Logo, a Lei de Inclusão reafirma a capacidade das pessoas com deficiência para a prática de atos civis, não somente patrimoniais, mas, principalmente, do tipo existenciais, o que se relaciona diretamente com os aspectos da dignidade humana e o Direito de família, como o instituto do casamento, o qual teve grandes implicações geradas pela Lei n. 13.146. A conquista perpassa pela esfera social e de direitos individuais das pessoas com deficiência, como bem colocado nas seguintes ressalvas:

Com efeito, portadores de moléstia mental permanente (revogado o artigo 1.548, I, CC) poderão contrair núpcias ou conviver em união estável, reconhecido o direito de constituírem família. Como observado, o casamento é aspecto relevante no processo de inserção social que portadores de doenças e deficiências mentais devem obter. Mais que simples exercício de um direito, constitui uma afirmação de suas individualidades. Que assim seja, por dignidade de sua condição humana, para que se concretizem como pessoas. Suficiente entender que a expressão da vontade começa pelo permissivo da nova lei (ALVES, 2015).

No que se refere aos institutos civis das tomadas de decisão apoiadas e da curatela, também houve mudanças que repercutem efeitos para o exercício do Direito de Família, a sexualidade e a afetividade das pessoas com deficiência. Não obstante a possibilidade de restrições civis às pessoas com deficiência, por intermédio de decretação de curatela específica a cada situação concreta, é inequívoco que tal instituto legal ainda protegerá os direitos de família da pessoa com deficiência. Esta permanecerá, portanto, no gozo de direito de constituir família de forma livre, bem como de demais atos jurídicos existenciais. É o que defende Lôbo (2015):

Essa específica curatela apenas afetará os negócios jurídicos relacionados aos direitos de natureza patrimonial. A curatela não alcança nem restringe os direitos de família (inclusive de se casar, de ter filhos e exercer os direitos da parentalidade), do trabalho, eleitoral (de votar e ser votado), de ser testemunha e de obter documentos oficiais de interesse da pessoa com deficiência. O caráter de excepcionalidade impõe ao juiz a obrigatoriedade de fazer constar da sentença as razões e motivações para a curatela específica e seu tempo de duração.

Ainda na área do Direito Civil, frise-se que a curatela será suscitada quando das necessidades específicas da pessoa com deficiência, sem retirar-lhe a inteira capacidade para atos da vida civil, uma vez que somente haverá restrições naqueles da esfera patrimonial. Dessa forma, atos existenciais e inerentes à personalidade do sujeito ficam garantidos estritamente à pessoa com deficiência:

Não há que se falar mais de “interdição”, que, em nosso direito, sempre teve por finalidade vedar o exercício, pela pessoa com deficiência mental ou intelectual, de todos os atos da vida civil, impondo-se a mediação de seu curador. Cuidar-se-á, apenas, de curatela específica, para determinados atos (LÔBO, 2015).

Em síntese, o Estatuto da Pessoa com Deficiência (BRASIL, 2015a) constitui marco legal decisivo para mudanças nas relações jurídicas constituídas pelas pessoas com deficiência. São garantidos todos os direitos de exercício da família, da afetividade e da sexualidade para as pessoas com deficiência, mediante sua plena autonomia para os atos e negócios jurídicos que envolvam interesses personalíssimos. A vontade da pessoa com deficiência interdita não pode ser substituída pela de terceiro. É o reconhecimento do exercício do Direito de Família, e do direito à afetividade e à sexualidade para as pessoas com deficiências físicas, sensoriais, mentais ou intelectuais, para sua atuação cidadã, com tratamento jurídico isonômico e garantista da dignidade humana, em prol de uma sociedade democrática e pluralista.

5 CONCLUSÃO

O Estado Democrático de Direito Constitucional, instituído pela Constituição Federal de 1988, inaugura um período de garantia de igualdade e de dignidade humana para as pessoas com deficiência. A antiga visão de isolamento e assistencialismo a esse grupo fica ultrapassada, e, por isso, valoriza-se a pessoa com deficiência nas suas peculiaridades.

Não obstante esses esforços legais, o avanço real para a inclusão social daqueles acometidos com deficiência física, sensorial, mental e/ou intelectual terá por marco a Convenção da Pessoa com Deficiência (CDPD) da ONU. Adota-se uma visão dinâmica de deficiência a partir do modelo social, no qual os fatores estruturais e atitudinais são determinantes na deficiência. O antigo modelo médico – deficiência vinculada a uma patologia funcional – será extinto, na medida em que a deficiência resulta do despreparo social para atender às necessidades específicas da pessoa com deficiência.

Com a Convenção, a Lei n. 13.146 adequa essa nova visão ao ordenamento jurídico brasileiro, por meio de alterações na teoria das capacidades civis. As pessoas com deficiência serão plenamente capazes no âmbito civil. Suas implicações são diversas no exercício do direito

de família, na afetividade e na sexualidade do grupo na constituição de relações jurídicas. O instituto da curatela sofre alteração e as tomadas de decisão apoiadas surgem para melhor realizar a mudança.

O estudo teve por objeto o Estatuto da Pessoa com Deficiência, instituído pela Lei n. 13.146, seus fundamentos constitucionais e legais e a pesquisa das doutrinas, bem como suas repercussões jurídicas e práticas para a inclusão social da pessoa com deficiência. Analisa-se os dispositivos criados e revogados pela novel legislação, assim como as teses doutrinárias e as expectativas a respeito do tema. Nisso, a partir da autodeterminação da pessoa com deficiência, instituída pelo referido Estatuto, poderá haver avanços atitudinais no entendimento e no respeito aos interesses individuais dela, e, de fato, atingir-se-á o patamar da igualdade jurídica do referido grupo.

6 REFERÊNCIAS

- ALVES, Jones Figueirêdo. Proteção à pessoa com deficiência e permissão de casamento. *Família e sucessões*. Disponível em: <http://www.familiaesucessoes.com.br/?p=2399>>. Acesso em: 20 jan. 2017.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 26. ed. São Paulo: Malheiros. Editores, 2011.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 31 jul. 2020.
- BRASIL. *Decreto Legislativo nº 186, de 9 de julho de 2008*. Aprova o texto da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova Iorque, em 30 de março de 2007. Brasília, DF: Presidência do Senado Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/CONGRESSO/DLG/DLG-186-2008.htm. Acesso em: 1º ago. 2020.
- BRASIL. *Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009*. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em 30 de março de 2007. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm. Acesso em: 1º ago. 2020.
- BRASIL. *Lei nº 10.406*. Institui o Código Civil, de 10 de janeiro de 2002. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 31 jul. 2020.
- BRASIL. *Lei nº 13.146*. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência), de 6 de julho de 2015. Brasília, DF: Presidência da República, 2015a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm. Acesso em: 31 jul. 2020.
- BRASIL. *Lei nº 13.105*. Institui o Código de Processo Civil, de 16 de março de 2015. Brasília, DF: Presidência da República, 2015b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 31 jul. 2020.
- BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.
- FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão (org.). A proteção jurídica da pessoa com deficiência como uma questão de direitos humanos. *Direito à diversidade*. São Paulo: Atlas, 2015a.
- FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão (org.). Direito à educação inclusiva: uma análise contemporânea em favor da diversidade e da cidadania plural. *Direito à diversidade*. São Paulo: Atlas, 2015b.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2016. 14. ed. Vol. 1.
- GONDIM, Eugênia Augusta. A pessoa com deficiência e o direito à acessibilidade. *Direito à diversidade*. São Paulo: Atlas, 2015.
- LÔBO, Paulo. Com avanços legais, pessoas com deficiência mental não são mais incapazes. *In: Consultor Jurídico*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-ago-16/processo-familiar-avancos-pessoas-deficiencia-mental-nao-sao-incapazes>. Acesso em: 15 jan. 2017.
- MARTINEZ, Wladimir Novaes. *A seguridade social na Constituição Federal*. 2. ed. São Paulo: LTR, 1989.
- MARTINS, Leonardo. *Liberdade e estado constitucional: leitura jurídico-dogmática de uma complexa relação a partir da teoria liberal dos direitos fundamentais*. São Paulo, SP: Atlas, 2012.

MENEZES, Joyceane Bezerra de. O direito protetivo no Brasil após a convenção sobre a proteção da pessoa com deficiência: impactos do novo CPC e do estatuto da pessoa com deficiência. *In: Civilística.com*. Rio de Janeiro, a. 4, n. 1, jan./jun. 2015. Disponível em: <http://civilistica.com/o-direito-protetivo-no-brasil/>. Acesso em: 20 dez. 2016.

ONU. Organização Das Nações Unidas. *Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 10 de dezembro de 1948*. Nova Iorque: ONU, 1948. Disponível em: https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf. Acesso em: 1º ago. 2020.

RIBEIRO, Moacyr Petrocelli de Ávila. Estatuto da Pessoa com deficiência: a revisão das teorias das incapacidades e os reflexos jurídicos na ótica do notário e do registrador. *In: Notariado*, 2015. Disponível em: <http://www.notariado.org.br/>. Acesso em: 11 dez. 2016.

ROSENVALD, Nelson. *Em 11 perguntas e respostas: tudo que você precisa para conhecer o estatuto da pessoa com deficiência*. Centro de Apoio Operacional às Promotorias de Justiça Cíveis, Fundações e Eleitorais (CAOCIFE), n. 13, p. 5-10, 2015a. Disponível em: https://www.mpba.mp.br/sites/default/files/conteudo/boletim/boletim_informativo_13.pdf. Acesso em: 31 jul. 2020.

ROSENVALD, Nelson. A tomada de decisão apoiada – primeiras linhas sobre um novo modelo jurídico promocional da pessoa com deficiência. *In: Revista IBDFAM Famílias e Sucessões*, Belo Horizonte: IBDFAM, v. 10, p. 11-19, jul./ago. 2015b.

SIMÃO, José Fernando. Estatuto da Pessoa com Deficiência causa perplexidade. *In: Consultor Jurídico*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-ago-07/jose-simao-estatuto-pessoa-deficiencia-traz-mudancas#author>. Acesso em: 17 jan. 2017.

STOLZE, Pablo. O Estatuto da Pessoa com Deficiência e o sistema jurídico brasileiro de incapacidade civil. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, a. 20, n. 4.411, 30 jul. 2015. ISSN 1518-4862. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/41381>. Acesso em: 28 jun. 2017.

TARTUCE, Flávio. *Alterações do Código Civil pela lei 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Repercussões para o Direito de Família e Confrontações com o Novo CPC. Parte I*. 2015. Disponível em: <http://flaviotartuce.jusbrasil.com.br>. Acesso em: 20 nov. 2016.

TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. 8. ed. São Paulo: Método, 2018. (Volume único).

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: lei de introdução e parte geral*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. V. 1.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

<http://dx.doi.org/10.21527/2317-5389.2020.15.290-307>

Direitos da Personalidade das Mulheres Sob a Perspectiva da Dignidade da Pessoa Humana como Axioma Justificante

Dirceu Pereira Siqueira

Coordenador e professor permanente do Programa de Doutorado e Mestrado em Direito do Centro Universitário Cesumar (UniCesumar). Pós-Doutorado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (Portugal). Doutorado e Mestrado em Direito Constitucional pela Instituição Toledo de Ensino (ITE/Bauru). Especialização em Direito Civil e Processual Civil pelo Centro Universitário de Rio Preto. Pesquisador bolsista – Modalidade Produtividade em Pesquisa para Doutor (PPD), do Instituto Cesumar de Ciência, Tecnologia e Inovação (Iceti). Professor nos cursos de Graduação em Direito da Universidade de Araraquara (Uniarara), do Centro Universitário Unifafibe e do Centro Universitário da Fundação Educacional de Barretos (Unifeb). Professor convidado do Programa de Mestrado em “Gestão Estratégica de Empresas – Master of Science in Administrative Studies (MSAS)” – University Missouri State – EUA. Editor-chefe da Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (Qualis B1). Consultor jurídico. Advogado. <http://lattes.cnpq.br/3134794995883683>. <https://orcid.org/0000-0001-9073-7759>. dpsiqueira@uol.com.br

Sabrina Medina Andrecioli

Bacharel em direito pela Universidade Estadual de Maringá. Especialista em Direito Aplicado pela Escola da Magistratura do Paraná. Mestre em Ciências Jurídicas- Direitos da Personalidade e seu Alcance na Contemporaneidade do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas Mestrado da UniCesumar. Graduanda em Letras – Português/Inglês pela UniCesumar. Pós-graduanda em Docência em Ensino Superior: Tecnologias Educacionais e Inovação pela UniCesumar. Professora de Direito de graduação e pós-graduação. Advogada. <http://lattes.cnpq.br/2263740228017008>. <https://orcid.org/0000-0001-9230-0083>. sah_andri@hotmail.com

RESUMO

A sociedade plural atual impõe ao Direito inovações em suas reflexões e respostas a temas que atingem a existência humana. Diante de um cenário de grande violência e violações de direitos, que as mulheres ainda vivenciam na atualidade, é que se constata a real importância de se tratar da temática e dos direitos humanos dessa parcela da população. Verifica-se que a atual estrutura social continua a basear-se num modelo patriarcal no qual persistem papéis e estereótipos que colocam as mulheres numa posição claramente inferior em relação aos homens e que, portanto, criou uma situação de discriminação contra as mulheres em razão do seu gênero. A vulnerabilidade levou a situações de abuso de poder e inclusive a situações que transcendem a esfera privada, abrangendo também a esfera pública do indivíduo. Esta realidade social, na qual a verdadeira igualdade tem se destacado pela sua ausência, foi fomentada pela falta de uma cultura jurídica sobre os direitos humanos das mulheres. Este trabalho tem por objetivo, portanto, a análise da evolução dos direitos humanos e do seu caráter universal, bem como o levantamento dos instrumentos internacionais de proteção dos direitos da mulher e suas especificidades na busca da efetividade dos direitos humanos. Empregou-se, para tanto, o método dedutivo de abordagem e o método funcional de procedimento, e, quanto aos métodos de investigação, utilizou-se o bibliográfico e o documental.

Palavras-chave: Direitos da personalidade. Direitos humanos. Dignidade da pessoa humana. Mulheres.

RIGHTS PERSONALITY OF WOMEN UNDER THE PERSPECTIVE OF HUMAN DIGNITY AS A JUSTIFICANT AXIOMA

ABSTRACT

Oday's plural society imposes innovations on law in its reflections and responses to themes that affect human existence. Faced with a scenario of great violence and violations of rights, which women still experience today, is the real importance of addressing the issue and human rights of this portion of the population. It appears that the current social structure continues to be based on a patriarchal model in which roles and stereotypes persist that place women in a significantly lower position than men and therefore created discrimination against women because of their gender. Vulnerability has led to situations of abuse of power and even situations that transcend the private sphere, also encompassing the public sphere of the individual. This social reality, in which true equality has been highlighted by its absence, has been fostered by the absence of a legal culture on women's human rights. Therefore, this paper aims to analyze the evolution of human rights and their universal character, as well as the survey of international instruments for the protection of women's rights, and their specificities in the pursuit of the effectiveness of human rights. The deductive method of approach, the functional method of procedure and the research methods were used for bibliographic and documentary.

Keywords: Personality rights. Human rights. Dignity of human person. Women.

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 Direitos humanos e a dignidade da pessoa humana. 3 Da universalidade dos direitos humanos. 4 Os direitos humanos e as mulheres. 4.1 Dos instrumentos de proteção internacionais dos direitos das mulheres. 5 Considerações finais. 6 Referências.

Recebido em: 6/11/2019

Aceito em: 8/4/2020

1 INTRODUÇÃO

Em pleno século 21, apesar de existirem instrumentos jurídicos e sistemas de garantia destinados à proteção dos direitos humanos das mulheres, verificam-se casos e fatos de muita violação e agressão à dignidade humana das mulheres, desrespeitando seus direitos mais fundamentais.

Mulheres em todo o mundo sofrem violência física, emocional, econômica, sexual, verbal, psicológica ou simbólica. O atraso na integração da perspectiva de gênero no direito internacional dos direitos humanos dificultou a obtenção de uma igualdade real entre homens e mulheres; e isso, apesar do princípio de igualdade aparecer nos principais tratados sobre direitos humanos, o reconhecimento à igualdade formal não garante essa igualdade real.

Diante de um cenário de invisibilidade, violência e descaso, em que estão inseridas as mulheres, o presente trabalho tem como finalidade promover reflexões sobre o sistema de direitos humanos e seus instrumentos de proteção. Para tanto, fixa o princípio da dignidade da pessoa humana como cláusula geral de proteção da pessoa.

A propagação das normas de proteção aos direitos humanos das mulheres assume papel fundamental enquanto propulsora de mudanças no campo de valores, restando indispensável revisitar o contexto sociocultural, calcado na assimetria de poder entre homens e mulheres.

É importante trabalhar a temática direitos humanos, a concepção de evolução histórica e os efeitos após as duas grandes guerras, diante da concepção da dignidade da pessoa humana como axioma dos direitos humanos e fundamentais.

Desta forma, o objetivo deste estudo será o de oferecer uma visão geral sobre os direitos humanos, sua evolução histórica e seu caráter universal, bem como verificar os instrumentos jurídicos internacionais que garantem os direitos das mulheres e suas efetividades. Assim, o que se espera é que as informações apresentadas possam contribuir para uma reflexão mais profunda sobre os direitos humanos das mulheres.

Utiliza-se o método de abordagem dedutivo, partindo de teorias gerais para a ocorrência de fenômenos particulares, na busca do derradeiro objetivo representado na identificação do sujeito objeto do estudo e seus direitos, sendo realizada uma análise reflexiva. Já como método de procedimento, utiliza-se o casuístico e o funcional, consistindo em analisar o todo do ponto de vista da função de suas unidades. Por fim, quanto aos métodos de investigação, emprega-se o bibliográfico e o documental, realizado por meio de consulta de obras, artigos de periódicos e documentos eletrônicos e internacionais.

Para tanto, o estudo foi dividido em três tópicos. No primeiro, irá contextualizar e trazer conceituações sobre a temática direitos humanos de uma forma mais ampla, por meio da análise da evolução histórica de tais direitos, bem como breve exame da Dignidade da Pessoa Humana como núcleo fundante dos direitos do homem.

No segundo tópico, far-se-á um exame acerca da universalidade dos direitos do homem, quando se levanta o dilema da propositura de direitos humanos universais ante a diversidade cultural. Neste tópico discute-se, também, sobre a correlação do processo de globalização com a crise de legitimidade das políticas de direitos humanos vivenciada na era contemporânea.

Por fim, a terceira parte investigará os direitos humanos referentes à mulher, ou seja, serão analisados os instrumentos jurídicos existentes no contexto internacional para lutar contra este tipo de discriminação e violação de direitos referente às mulheres.

2 DIREITOS HUMANOS E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Por meio de uma perspectiva contemporânea, pode-se inferir que os direitos humanos são conquistas construídas historicamente ao longo de uma jornada existencial complexa, com diversos momentos de escassez em todos os sentidos, e em alguns de abundância restrita, não novidade na seara do direito. Assim, faz-se necessário analisar tal processo de conquistas históricas dos homens.

O homem está em constante evolução e construção, e, conseqüentemente, a sociedade, a cultura e o direito também estão. Nesse sentido, Bobbio (2004, p. 25) assevera que o direito surge como uma resposta às violências que a sociedade compreende injustificáveis e, desta forma, o desejo é de erradicar como defesa aos abusos de poder. Nas palavras do autor:

[...] os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas (BOBBIO, 2004, p. 26).

O ponto de partida, para se analisar as etapas históricas da afirmação dos Direitos Humanos, está na compreensão da dignidade humana. Por séculos os povos desenvolveram-se, tendo como fato gerador a indignação com situações impostas à pessoa humana (COMPARATO, 2015, p. 16).

Considera-se que os direitos humanos são comuns a todos os seres humanos, “[...] sem distinção de raça, sexo, classe social, religião, etnia, cidadania política ou julgamento moral” (BENEVIDES, 1994, p. 16), e decorrem do reconhecimento da dignidade intrínseca a todo ser humano. Assim, por direitos humanos entendem-se aqueles direitos considerados fundamentais e que são próprios do homem pelo simples fato de ser humano.

Ao se conceituar os direitos humanos como intrínsecos ao ser humano, encontramos na história da Antiguidade os primeiros resquícios de preocupação com esses direitos para as pessoas. Desta forma, segundo Comparato (2015, p. 20-21), a primeira etapa da afirmação histórica dos direitos humanos foi com o reconhecimento de que as instituições devem ser utilizadas a serviço dos governados e não para o benefício pessoal dos governantes, e exemplifica esse fato por meio da democracia ateniense e da república romana.

Já na era moderna, para Mazzuoli (2002) a Declaração do Bom Povo de Virgínia de 1776 e a Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, datada da segunda metade do século 18 (1789), seriam um ponto inicial para a positivação dos direitos humanos, sendo considerados marcos da transição dos direitos de liberdades legais para os direitos fundamentais constitucionais. Já Comparato (2015) afirma que foi com o artigo I da Declaração da Independência Americana que se verificou o registro de nascimento dos Direitos Humanos na história, vindo a consolidar a ideia de igualdade entre os homens, também presente na Declaração do Homem e do Cidadão de 1789 (p. 62).

Ainda sobre essa construção histórica dos direitos humanos, segundo Bedin (2002, p. 19), nos séculos 17 e 18 firma-se o individualismo. A concepção de que os homens possuem direitos se institucionalizou nesse período, constituindo-se um novo modelo de sociedade. Assim,

Com o surgimento do modelo individualista de sociedade, ocorre uma inversão deôntica: dos deveres para os direitos. É que o modelo individualista de sociedade estabelece um novo centro de articulação política do mundo que possibilita a emergência da idéia que o homem possui direito a ter direitos. Na verdade, esse novo centro de articulação política é o homem, o indivíduo que se emancipa das estruturas coletivas (...) Por isso, os séculos XVII e XVIII podem ser vistos com um divisor de águas da história da humanidade, pois apresentam-se como o momento em que se firma o individualismo como valor central da sociedade moderna. E o indivíduo como a base do novo modelo de sociedade predominante a partir desse momento (p. 126).

Denota-se que a formação da ideia de direitos dos homens não é tão recente, remontando para alguns autores à Antiguidade; todavia, apesar de não se retirar a importância e fundamentalidade de tais processos históricos, o conteúdo atual de direitos humanos difere desses momentos. O processo recente de internacionalização dos direitos humanos ganhou força com a posterioridade da Segunda Guerra Mundial, sendo esta marco fundamental para indicar parâmetros de uma teoria contemporânea de direitos humanos.

Após as duas grandes guerras mundiais, tornou-se necessário o reconhecimento da Dignidade da Pessoa Humana como uma conquista de razão ético-jurídica. A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 tinha, assim, requisito único para a titularidade de direitos e a própria condição humana; a dignidade humana passa a ser incorporada por todos os outros tratados e declarações de direitos humanos que passaram a integrar o Direito Internacional (PIOVESAN, 2013, p. 210).

Sarlet (2009, p. 67), assim como outros autores, concebe a existência de uma dignidade comum a todos os seres humanos, fomentada no respeito e na satisfação de uma série de direitos indispensáveis para a garantia de uma vida digna, o que, conseqüentemente, justificaria a universalização dos direitos fundamentais.

A dignidade, como valor moral e, também, espiritual, seria um mínimo indispensável de valores que devem ser respeitados pela comunidade, tendo o ser humano o direito a se autodeterminar e liberdade para conduzir sua própria existência, como reconhecimento de sua condição de ser humano.

No século 20, após inúmeras atrocidades e experiências históricas de aniquilação do ser humano vividas na história, principalmente depois das duas grandes guerras mundiais, tornou-se necessário o reconhecimento da Dignidade da Pessoa Humana como uma conquista de razão ético-jurídica. Assim, estes surtos de grandes violências “[...]fazem nascer nas consciências, agora purificadas, a exigência de novas regras de uma vida mais digna para todos” (COMPARATO, 2015, p. 50).

Nessa esteira, diante da reconstrução do mundo moralmente devastado pelo totalitarismo e pelo genocídio, Luís Roberto Barroso (2013) aduz:

[...] A dignidade humana foi incorporada ao discurso político dos vitoriosos como uma das bases para uma longa e aguardada era de paz, democracia e proteção dos direitos humanos. A dignidade humana foi então importada para o discurso jurídico devido a dois fatores principais. O primeiro deles foi a inclusão em diferentes tratados e documentos internacionais, bem como em diversas constituições nacionais, de referências textuais à dignidade humana. O segundo fator corresponde a um fenômeno mais sutil, que se tornou mais visível com o passar do tempo: a ascensão de uma cultura jurídica, pós-positivista, que reaproximou o direito da moral e da filosofia política, atenuando a separação radical imposta pelo positivismo pré-Segunda Guerra (p. 18).

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, conforme já mencionado, objetivou delinear uma ordem pública fundada no respeito à dignidade humana, e, ao consagrar valores básicos universais, consagrou a dignidade da pessoa. Deste modo, a dignidade humana tornou-se o valor fundante do sistema dos direitos fundamentais e se converteu no patrimônio jurídico-moral da pessoa humana, estampada nos direitos subjetivos incorporados e assegurados pelo sistema constitucional.

A dignidade humana, portanto, constitui uma dimensão normativa. Leciona Bonavides (2001, p. 233), sobre a força normativa deste princípio fundamental, que sua densidade jurídica deve ser máxima, com o princípio de que “[...] todos os ângulos éticos da personalidade se acham consubstanciados”.

Nessa esteira, como afirma José Afonso da Silva (2014, p. 107), a dignidade da pessoa humana é um princípio fundamental que inspira a ordem jurídica, uma vez que possui natureza de valor supremo que dimensiona e humaniza a pessoa para a realização e a efetivação dos direitos fundamentais.

Assim, a dignidade da pessoa humana encontra-se no cerne da ordem jurídica brasileira, concebendo a valorização da pessoa humana como sendo razão fundamental para a estrutura de organização do Estado. Considera-se que cada ser humano é igual e possuidor de direitos, independente da circunstância em que nasceu, de sua opção sexual, de sua cultura, religião e governo, pois só depende de sua existência.

Diante dessa exposição, portanto, e não obstante o processo desde a Antiguidade, passando pelas revoluções da era Moderna suprarreferidas, a efetiva consolidação do Direito Internacional dos Direitos Humanos somente aconteceu em meados do século 20, com o advento do final das duas Grandes Guerras Mundiais, em especial da segunda. Foi uma resposta da comunidade internacional às atrocidades perpetradas pelo regime fascista e nazista. Os homens, desta forma, recuam e se horrorizam com suas próprias ações e começam a elaborar novas regras de uma vida mais digna a todos.

Com o findar da Segunda Guerra Mundial, muitas convenções internacionais, dedicadas à matéria de direitos humanos, foram celebradas no âmbito das Organização das Nações Unidas, nas organizações regionais e Organização Internacional do Trabalho.

De acordo com Comparato (2015, p. 69), na seara internacional firmou-se a existência de novas espécies de direitos humanos e os direitos dos povos e da humanidade, a exemplo da Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos de 1981; nas palavras do autor, com o

que se concorda plenamente, os direitos humanos ou direitos do homem tratam-se de “[...] algo inerente à própria condição humana, sem ligação com particularidades determinadas de indivíduos ou grupos” (COMPARATO, 2015, p. 71).

O fundamento do direito somente pode ser ancorado em uma consciência ética coletiva e na convicção da comunidade, em que a dignidade humana exige respeito de certos bens e valores em qualquer circunstância. Logo, os princípios fundamentais do sistema dos direitos humanos são de duas ordens: a dos valores éticos supremos, em que estão inseridas a liberdade, a igualdade e a fraternidade ou solidariedade; e os da ordem da lógica estrutural do conjunto.

3 DA UNIVERSALIDADE DOS DIREITOS HUMANOS

Partindo do entendimento de dignidade da pessoa humana como axioma justificante dos direitos humanos, importante se faz trabalhar, mesmo que brevemente, sobre a universalidade de tais direitos.

A Declaração Universal de 1948 trouxe uma inovação no contexto de direitos humanos ao conjugar direitos civis e políticos aos direitos econômicos, culturais e sociais, consolidando a concepção contemporânea de direitos humanos que os define como uma unidade interdependente e indivisível.

Desde o preâmbulo da Declaração dos Direitos Humanos, verifica-se a dignidade como característica inerente a todo o ser humano; o uso de termos como “todos” e “ninguém”, por exemplo, demonstra ser em si mesmo universalista, representando a adoção de uma lógica kantiana, com a expansão do imperativo categórico a qualquer pessoa. Ou seja, resgata a ideia kantiana de o homem existir como um fim em si mesmo, com a dignidade independente de qualquer condição, e, assim, o imperativo categórico “age de tal maneira que possa usar a humanidade, tanto em tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio” (KANT, 2011, p. 59).

Ante a universalidade propagada pela Declaração de 48, houve certa insurgência contra tal pressuposto com a justificativa que a universalidade poderia justificar uma cultura sobre outras, sem considerar suas especificidades, sendo o seu discurso acusado de servir como instrumento ao imperialismo cultural exercido pelas nações hegemônicas ocidentais.

É facilmente perceptível a presença de um caráter individualista na Declaração Universal, conforme expõe Boaventura de Sousa Santos (1997b, p. 113). O documento foi elaborado sem a participação da maioria dos povos do mundo, que se limitou ao reconhecimento, quase com exclusividade, de direitos individuais, com a exceção do direito à autodeterminação, que é coletivo.

Ante a dicotomia universalismo e relativismo, o mesmo autor propõe uma hermenêutica diatópica proposta, que consiste em uma metodologia para o diálogo intercultural que almeja estabelecer condições para que os direitos humanos sejam colocados a serviço de uma política emancipatória (SANTOS, 1997a, p. 30).

Vale mencionar, ainda na concepção de García (2001, p. 64), com a qual se concorda, de que o ideário individualista não é passível de ser superado, somente relativizado, pois “sin individualismo no hay sujeto de derechos ni derechos”.¹

Do mesmo modo, a origem Ocidental dos Direitos Humanos, por intermédio de eventos importantes, conforme mencionado anteriormente, não o vincula exclusivamente e para sempre. Os direitos do homem refletem, assim, um extenso período de lutas e conquistas, sendo uma aquisição cultural, “[...] relativos em sua nascente, porém universalizáveis na projeção de seu espaço de efetividade” (MELGARÉ, 2002, p. 354).

A tensão entre universalistas e relativistas é uma discussão ainda bem polemizada, principalmente em espaços fortemente marcados pela pluralidade e convivência, como o caso das Américas.

O entendimento que se levanta é a armadilha que o relativismo cultural extremo pode carregar, que está no fato de, ao “[...] afirmarmos a igualdade de direitos de todas as culturas, estaremos incluindo aí aquelas culturas que não admitem que todas têm iguais direitos” (PIACENTINI, 2007, p. 45-46). Assim, a tolerância incondicional abarca, inclusive, as culturas intolerantes, portadoras de práticas culturais ofensivas à dignidade humana.

Há de se considerar, porém, a possibilidade de uma conciliação entre as duas correntes, caso admita-se a existência de gradações de universalismo e relativismo, posto que a definição de cada uma dessas teorias dependerá do espaço que se permite que a cultura ocupe, bem como da extensão do núcleo mínimo de direitos necessários para se assegurar a dignidade como valor universal.

Um documento internacional muito importante é a Declaração e Programa de Ação de Viena – 1993 –, que, segundo Flávia Piovesan, de certa forma tenta conciliar estas duas correntes. Pode-se afirmar que ela acolhe “um relativismo cultural fraco e um forte universalismo” (PIOVESAN, 2013, p. 225), e, em seu parágrafo 5º, estabelece que:

5. Todos os direitos humanos são universais, indivisíveis interdependentes e inter-relacionados. A comunidade internacional deve tratar os direitos humanos de forma global, justa e equitativa, em pé de igualdade e com a mesma ênfase. Embora particularidades nacionais e regionais devam ser levadas em consideração, assim como diversos contextos históricos, culturais e religiosos, é dever dos Estados promover e proteger todos os direitos humanos e liberdades fundamentais, sejam quais forem seus sistemas políticos, econômicos e culturais.²

¹ García (2001) ainda aduz: “[...] En definitiva, considero que no es demasiado aventurado defender que la concepción individualista occidental y moderna, aunque se trate de una concepción cultural particular en cuanto a la génesis histórica de los derechos, tiene vocación contemporánea de los mismos. Esto no es un tipo de imperialismo cultural, aunque manipulado corre el riesgo de serlo y acompañar a otros tipos de imperialismo, sino el intento de ser mínimamente rigurosos” (p. 64).

² A Declaração e Programa de Ação de Viena de 1993 está disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Confer%C3%A2ncias-de-C%C3%BApula-dasNa%C3%A7%C3%B5es-Unidas-sobre-Direitos-Humanos/declaracao-e-programa-de-acao-de-viena1993.html>. Acesso em: 7 jun. 2018.

A universalidade seria, desta maneira, enriquecida pela diversidade, que, por sua vez, jamais seria invocada a título de justificar a violação aos direitos humanos, e, conforme Alves (1999, p. 144-145), a Conferência Mundial dos Direitos Humanos, realizada em Viena em 1993, foi o “Maior conclave internacional jamais reunido até então para tratar da matéria”, sendo inegável que o consenso alcançado nessa conferência mundial exigiu longas e difíceis negociações, não ocorrendo, porém, propriamente, imposições de parte a parte vencedoras, “nem o documento se propõe violar o âmago de qualquer cultura”.

Não se deve deixar de olvidar a incidência da globalização na seara dos direitos humanos, tendo ela destaque tanto nas discussões acerca da diversidade cultural e seu respeito quanto nas políticas e ações intentadas em razão dos direitos humanos.

A crise de legitimidade das políticas de direitos humanos estão diretamente relacionadas com o processo de globalização. Segundo Santos (1997b, p. 105), é importante compreender as tensões da modernidade promovidas pelo processo de globalização, para identificar as condições em que os direitos humanos podem ser postos a serviço de uma política emancipatória. Em suas palavras: “[...] A globalização é o processo pelo qual determinada condição ou entidade local consegue estender a sua influência ao todo globo e, ao fazê-lo, desenvolve a capacidade de designar como local outra condição social ou entidade rival” (SANTOS, 1997b, p. 108).

Nesse viés, García (2001, p. 91-92) leciona que, para tratar de direitos humanos hoje, é preciso contextualizar sua aplicação à sociedade globalizada, sendo necessário, para tanto, que estes se firmem a partir de um conceito de “ética globalizada”, identificada como o conjunto de “valores comuns” a todos os seres humanos, pautados na concepção de dignidade humana, liberdade, igualdade e autonomia, cuja pauta não estaria limitada a uma única identidade cultural ou religiosa, sendo, na verdade, “patrimônio de una humanidad civilizada”.

Diante da concepção contemporânea dos Direitos Humanos, o que se sustenta é que a partir de determinado momento histórico da humanidade buscou-se cristalizar e desenvolver o ideário de que certas discriminações são inaceitáveis, com base em um consenso construído e pactuado internacionalmente. A contar da Declaração de Direitos Humanos de 1948, inicia-se o desenvolvimento do Direito Internacional dos Direitos Humanos, mediante a adoção de diversos instrumentos internacionais de proteção, seguindo uma ética global orientada pela afirmação da dignidade humana.

4 OS DIREITOS HUMANOS E AS MULHERES

A parte inicial do trabalho cristaliza a importância do desenvolvimento dos Direitos Humanos e sua internacionalização, principalmente no que se refere à proteção de direitos dos sujeitos historicamente excluídos dos processos políticos que afirmassem sua igualdade, enquanto ator político, na sociedade.

Quanto à internacionalização de conversão do direito positivo, Bobbio (2004) leciona sobre a nova tendência chamada de especificação, que consiste na passagem gradual para uma ulterior determinação dos sujeitos titulares de direitos. Nos seus dizeres:

Essa especificação ocorreu com relação seja ao gênero, seja às várias fases da vida, seja à diferença entre estado normal e estados excepcionais na existência humana. Com relação ao gênero, foram cada vez mais reconhecidas as diferenças específicas entre a mulher e o homem. Com relação às várias fases da vida, foram-se progressivamente diferenciando os direitos da infância e da velhice, por um lado, e os do homem adulto, por outro. Com relação aos estados normais e excepcionais, fez-se valer a exigência de reconhecer direitos especiais aos doentes, aos deficientes, aos doentes mentais, etc. (p. 79).

O que se verifica é que a primeira fase de proteção dos direitos humanos foi marcada pela tônica da proteção geral e abstrata, com base na igualdade formal. Agora, na contemporaneidade, é insuficiente tratar o indivíduo de forma geral e abstrata, sendo necessária a especificação do sujeito de direito.

Assim, diante da formação atual dos Direitos Humanos, no que se refere à garantia dos direitos humanos das mulheres, a adoção de um parâmetro universalista, ainda que com um amplo espaço para relativismos culturais, é de grande importância, tendo em vista o quadro de violência e violações em relação à mulher ser muito expressivo, principalmente no que concerne às graves obstruções à fruição de seus direitos, justificadas com base em práticas culturais historicamente definidas.

Apesar de não se escusar das dificuldades da perspectiva universalista, entende-se importante utilizá-la como ponto de chegada; um universalismo de confluência. Neste sentido, o que se nega é “[...] considerar o universal como ponto de partida ou campo de desencontros. Ao universal há que se chegar – universalismo de chegada ou de confluência – depois (não antes de) um processo conflitivo, discursivo de diálogo” (FLORES, 2002, p. 7).

Visa-se, assim, a assegurar a dignidade de grupo de vulneráveis a partir da especificação do sujeito de direito, que passa a ser visto em sua peculiaridade e particularidade. A exemplo dessa categoria de vulneráveis, que devem ser tratados de acordo com suas especificidades, estão as mulheres, as crianças, os indivíduos com deficiência, os refugiados, dentre outros.

Importa afirmar que o direito à diferença implica o direito ao reconhecimento de identidades próprias, o que propicia a incorporação da perspectiva de gênero, ou seja, repensar os direitos humanos a partir da relação entre os gêneros, como um tema transversal. As normas de proteção aos direitos humanos, em seu processo de desenvolvimento, reflete a participação do movimento feminista em reivindicações como a igualdade formal e econômica, a liberdade reprodutiva e sexual, e o direito à diversidade sexual, racial e étnica.

Para Piovesan (2012, p. 7), essas reivindicações foram incorporadas pelos tratados internacionais de proteção aos direitos humanos, posto que, ao se realizar um balanço das últimas décadas, constata-se que o movimento internacional de proteção aos direitos humanos das mulheres teve como foco três conteúdos centrais, que seriam: a discriminação contra a mulher; a violência contra a mulher e os direitos sexuais e reprodutivos.

A contribuição dos tratados internacionais de proteção a direitos humanos, em especial aos direitos humanos das mulheres, contribui de forma expressiva para a promoção das liberdades e o acesso a condições igualitárias de desenvolvimento social. O desenvolvimento de muitos países está correlatamente ligado ao ganho de poder das mulheres, que transparece em fatores como a educação, seu padrão de propriedade, as oportunidades de emprego às quais elas têm acesso e o funcionamento do mercado de trabalho (SEN, 2000, p. 234-235).

A realidade social de desigualdades das mulheres é promovida, ainda, pela ausência de uma cultura jurídica sobre os direitos humanos das mulheres, sendo imperiosa a promoção de estudos dos problemas dela originados, tendo em vista que muitos Estados insistem em normas que estabelecem uma discriminação tanto econômica quanto contra a mulher.

Assim, quais medidas que têm sido instituídas com o objetivo de acabar com as situações discriminatórias associadas ao gênero contra a mulher? Quais são os Estados empenhados em tornar efetiva a igualdade entre homens e mulheres? Qual tem sido o seu resultado alcançado? Como solucionar a situação de desigualdade e violência a partir do Direito? Quais os instrumentos jurídicos existentes no âmbito internacional para lutar contra a discriminação?

A aceitação, tolerância e perpetração de violência de gênero, além de um sintoma de uma clara ausência de igualdade, é uma questão universal que transcende estereótipos culturais, classes sociais, nível de renda, formação acadêmica, idade, religião ou etnia. Alcançar a igualdade real e eficaz entre mulheres e homens é uma questão de direitos humanos, de justiça e de desenvolvimento social e econômico, político e social. Alcançar essa igualdade também é um requisito essencial para acabar com a violência de gênero, um problema público e uma injustiça social que questiona os princípios democráticos de um Estado.

Essas são questões que devem ser suscitadas cada vez mais na seara internacional. Desta feita, o próximo tópico busca analisar, de forma geral, os instrumentos jurídicos internacionais que garantem os direitos das mulheres.

O que se constata é a insuficiência do sistema internacional dos direitos humanos em dar respostas efetivas e adequadas à especificidade dos problemas e das necessidades de um grupo vulnerável como o das mulheres. A legislação protetora, ainda, é insuficiente para os fins aos quais deveria prestar, mascarando a violência existente, tendo em vista a tendência de se criar soluções de caráter imediato para o problema, que desvaloriza as formas de violência visualmente invisíveis, e que, de algum modo, mantém o reconhecimento dessas situações de desrespeito aos seus direitos como afetas apenas ao âmbito privado.

O próximo subitem irá abordar os instrumentos de proteção internacional dos direitos das mulheres, em que se faz uma retrospectiva de tais documentos e sua importância na busca de uma efetividade dos direitos humanos.

4.1 Dos instrumentos de proteção internacionais dos direitos das mulheres

As Nações Unidas é uma das organizações internacionais que mais deu impulso à perspectiva de gênero. A Carta das Nações Unidas inclui, no seu preâmbulo, o princípio de igualdade entre homens e mulheres, sendo reforçado e alargado, pelo que veio a ser chamado de Carta Internacional de Direitos Humanos, em referência à Declaração Universal dos Direitos do Homem, ao Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos e ao Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

O ponto de arranque no processo de proteção dos direitos humanos das mulheres em âmbito internacional e, mais concretamente, no reconhecimento formal da igualdade da mulher, pode ser situado na Declaração sobre a Eliminação da Discriminação Contra as Mulheres,

adotada pela Assembleia Geral da ONU em 1967. Vale mencionar, porém, que a declaração foi apenas um mero compromisso político entre os Estados sem força vinculativa, e, segundo Yolanda Gómez Lugo (2014, p. 150), observa:

[...] apesar do reconhecimento da igualdade formal nos diferentes tratados e convenções sobre direitos humanos, a prática evidencia uma desigualdade real entre o gênero masculino e o gênero feminino, situação que requer um tratamento definitivo que incorpore a perspectiva de gênero no sistema internacional de proteção de direitos.

Fica de fácil notoriedade que as mulheres continuam a formar um grupo particularmente vulnerável por razão de gênero, como evidenciado nas constantes transgressões que sofrem dos seus direitos. Apesar de se constituir uma previsão universal, “o ultraje à dignidade e aos direitos da mulher continua sendo uma constante, demonstrando a dificuldade de algumas sociedades em reconhecer o sexo feminino no mesmo patamar ocupado pelo masculino e em vislumbrar a mulher como sujeito de direitos, livre, capaz e igual aos homens” (COSTA; SOUZA; CHAGAS, 2013, p. 148).

Levanta-se a situação de grande desigualdade presente na América Latina e a essencial importância de os Estados assumirem um compromisso com a garantia e a plena consolidação dos direitos econômicos, sociais e culturais. Nesse sentido, Tamara Amoroso Gonçalves (2013, p. 90) assevera que, com relação às mulheres especificamente, a não efetividade da fruição dos direitos socioeconômicos pode significar obstruções ao pleno acesso à saúde e à educação, dentre outros importantes direitos, corroborando situações de violação, integridade e dignidade.

A mesma autora aborda, em seu estudo, o *status* da litigância em direitos humanos das mulheres na América Latina, a partir da análise da atuação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos no período de 1970 a 2008, e constata que os posicionamentos adotados pela Comissão são favoráveis aos direitos humanos das mulheres, podendo e devendo servir de substrato para a exigibilidade do cumprimento destes direitos. Nos dizeres da autora:

[...] na medida em que contribuem para enfrentar os desafios que ainda se colocam para o pleno reconhecimento das mulheres como sujeitos de direitos e atores sociais. Também buscam a incorporação de novas temáticas para a pauta dos direitos humanos na região, arejando o próprio conceito destes direitos, alargando os limites de sua definição (GONÇALVES, 2013, p. 299).

Nesta ocasião, ressalta-se ser necessário um debate público, trazido pelo litígio estratégico internacional na perspectiva de gênero, que força uma reflexão da sociedade sobre as assimetrias de poder e desigualdades enfrentadas pelas mulheres. O potencial transformador desta litigância permite a visibilidade de temáticas que nem sempre encontram espaço nas arenas públicas de debates, bem como um novo olhar para os direitos humanos tradicionalmente estabelecidos.

Um outro importante documento de combate à violência contra a mulher no âmbito internacional, é a Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher aprovada em 1979 pela Assembleia Geral, em vigor desde 1981, de amplo grau de adesão, porém, infelizmente, com grande número de reservas por parte de muitos Estados signatários.

O artigo 28 da Convenção admite a possibilidade de que os Estados Partes formulem reservas ao tratado no momento da ratificação ou adesão, apesar de o artigo 28.2 estabelecer um limite a esse poder, ao prever que não serão autorizadas as reservas incompatíveis com o objeto e fim da Convenção.

Referente às reservas, Piovesan (2012, p. 76) afirma:

Trata-se do instrumento internacional que mais fortemente recebeu reservas, dentre as Convenções internacionais de Direitos Humanos, considerando que ao menos 23 dos mais de 100 Estados-partes fizeram, no total, 88 reservas substanciais. A Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação da Mulher pode enfrentar o paradoxo de ter maximizado sua aplicação universal ao custo de ter comprometido sua integridade. Por vezes, a questão legal acerca das reservas feitas à Convenção atinge a essência dos valores da universalidade e integridade.

A preocupação generalizada sobre o problema das reservas levou a que os Estados Partes se comprometessem, na Plataforma de Ação de Pequim, não apenas à ratificação universal da Convenção em 2000, mas também em limitar o alcance das reservas à mesma, garantindo que nenhuma fosse incompatível com o objeto e fim do Tratado.

A Carta sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher foi resultado das reivindicações do movimento de mulheres, a partir da primeira Conferência Mundial sobre a Mulher, realizada no México, em 1975. Trata-se de uma Convenção de direitos das mulheres, que abrange seus direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais.

A discriminação contra a mulher é definida na Convenção como qualquer distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo, que tenha por objeto anular o reconhecimento, o gozo ou o exercício de direitos humanos ou liberdades fundamentais pelas mulheres. A temática não foi abordada com tanta clareza no documento internacional, tendo sido o tema mais bem trabalhado na Recomendação Geral n. 19, que expressamente declara que “a violência baseada no gênero é uma forma de discriminação que compromete seriamente a capacidade das mulheres de gozarem de seus direitos e liberdades em um patamar de equidade em relação aos homens”.³

Assim, a Convenção foi um marco de real importância internacional, cujo objetivo é promover a plena igualdade entre homens e mulheres num mundo baseado na equidade e na justiça. Diante dessa perspectiva, enfatiza-se que, apesar de ser um texto que representa um progresso na luta contra a discriminação, o documento não é uma ferramenta de reconhecimento de direitos humanos novos, mas, sim, de promoção dos existentes nesse momento.

Existe um certo progresso no que se refere à consolidação da Convenção no sistema universal de proteção dos direitos humanos, e isso se deve ao nível de monitoramento e controle previstos. Sobre a temática, Eva Díez Peralta (2011) assevera:

³ COMITÊ SOBRE A ELIMINAÇÃO DA DISCRIMINAÇÃO CONTRA AS MULHERES. *Violence against women*. CEDAW General Recommendation 19, A/47/38. (General Comments), 29/1/92, parágrafo 1º. Disponível em: <http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/0/300395546e0dec52c12563ee0063dc9d?Opendocument>. Acesso em: 10 jun. 2018.

Donde sí se puede afirmar que se ha producido algún progreso que consolida la posición de esta Convención en el sistema universal de protección de los derechos humanos es en el plano del seguimiento y control. En un primer momento, el mecanismo de control del cumplimiento por parte de los Estados partes de las obligaciones contraídas en virtud de la Convención estaba basado, tan sólo, en la elaboración de informes periódicos dirigidos, cada cuatro años, al Comité para el examen de las medidas legislativas, judiciales, administrativas o de otra índole que aquellos adoptan en sus respectivos ordenamientos internos (p. 103).

Como bem alerta a autora supramencionada, porém, esses relatórios periódicos muitas vezes não promovem autocrítica, de modo que os Estados se limitam, em grande parte, a reproduzir disposições constitucionais ou legais na matéria, constituindo um verdadeiro obstáculo à satisfação total e da Convenção.

Ainda sobre o órgão de controle sobre a aplicação da mesma, denominado Comitê para a Eliminação da Discriminação Contra as Mulheres, na prática o funcionamento deste mostrou-se ineficaz, pelo menos inicialmente, e isso deve-se, principalmente, à ausência de um mecanismo de impugnação, tendo em vista a carência de instrumentos ou processos que permitam um recurso às vítimas das violações de direitos humanos internacionalmente reconhecidos.

Desta forma, em 1999, com o objetivo de combater essa deficiência, foi adotado o Protocolo Facultativo à Convenção.⁴ Este criou dois mecanismos de participação novos: o procedimento de denúncia individual e o procedimento de investigação. O primeiro consiste no desenvolvimento de “comunicações” ou demandas individuais por pessoas, ou grupos de pessoas, sobre a violação dos direitos reconhecidos na Convenção por parte de um Estado Parte que aceite a competência do Comitê. O segundo procedimento consiste no pedido de uma investigação sobre uma violação grave ou sistêmica dos direitos humanos das mulheres por parte de um Estado Parte, embora, neste caso, o Protocolo permita aos Estados não acolher este procedimento de investigação se, assim, o manifestarem no momento da assinatura ou ratificação.

Realça-se, desta forma, a importância do protocolo supramencionado na efetivação da Convenção em âmbito internacional. Nesse sentido, afirma Lugo (2014, p. 160) que o Protocolo é uma ferramenta essencial para o estabelecimento da Convenção que permite promover a reparação às vítimas.

Com a IV Conferência das Nações Unidas sobre as Mulheres, de Pequim em 1995, instaura-se uma nova fase no processo de proteção dos direitos humanos das mulheres em âmbito internacional, representando um progresso no objetivo de conseguir a igualdade real entre homens e mulheres e eliminar a discriminação pelo gênero.

A grande novidade da IV Conferência mundial foi apresentar a incorporação da perspectiva de gênero ao contexto das Nações Unidas. Essa abordagem foi impulsionada por essa Conferência com o objetivo de instituição políticas públicas inspiradas no princípio de igualdade e de não discriminação entre o gênero masculino e o feminino (LUGO, 2014, p. 165). Ainda sobre a Conferência:

⁴ O Protocolo está disponível na íntegra em: <http://www2.ohchr.org/spanish/law/cedaw-one.htm>. Acesso em: 5 jun. 2018.

En esta conferencia se planteaban una pregunta clave “¿Cómo podemos modificar esta estructura?” Al intentar responderla descubrieron la necesidad de centrar los esfuerzos no ya en promover políticas de igualdad centradas exclusivamente en la Mujer sino políticas con perspectiva de género, sustituyendo el tratamiento aislado de la cuestión por un tratamiento integral, incluido en el conjunto de las políticas, reafirmando los Derechos de la Mujer como Derechos Humanos (LÓPEZ-FRANCÉS; VIANA-ORTA, 2015, p. 204).

Como resultado desta Conferência, a Declaração e Plataforma de Ação foi adotada de Pequim, com um Programa que inclui 12 áreas de preocupação especial que constituem um obstáculo para alcançar a igualdade entre mulheres e homens. A educação é uma destas 12 áreas. Desde esta declaração, os governos e a sociedade civil têm sido obrigados a incluir uma perspectiva de gênero (mainstreaming) em todas as suas instituições políticas, processos de planejamento e tomadas de decisão.

Seguindo a análise dos instrumentos internacionais sobre os direitos humanos das mulheres, outro que não se pode deixar de olvidar é a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, conhecida como Convenção de Belém do Pará, adotada pela Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos em 6 de junho de 1994 e ratificada pelo Brasil em 27 de novembro de 1995. Este tratado reconhece que a violência contra a mulher, no âmbito público ou privado, constitui grave violação aos direitos humanos e limita total ou parcialmente o exercício dos demais direitos fundamentais.

Esta Convenção elenca um importante catálogo de direitos a ser assegurado às mulheres, para que tenham uma vida livre de violência, e consagra ainda, a Convenção, deveres aos Estados-partes, para que adotem políticas destinadas a prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher.

Sobre a Convenção de Belém do Pará, Piovesan (2012, p. 79) aduz que “É o primeiro tratado internacional de proteção dos direitos humanos a reconhecer, de forma enfática, a violência contra as mulheres como um fenômeno generalizado [...]”. Ainda, nesse raciocínio:

A convenção afirma que a violência contra a mulher constitui grave violação aos direitos humanos e limita total ou parcialmente o exercício dos demais direitos fundamentais. Adiciona que a violência contra a mulher constitui ofensa à dignidade humana, sendo manifestação de relações de poder historicamente desiguais entre homens e mulheres (LEOPOLDI; TELES; GONZAGA, 2007, p. 16).

Ao reconhecer a situação de vulnerabilidade das mulheres, a Convenção de Belém do Pará lhes garante um significativo rol de direitos a serem protegidos. Entre eles, tem-se o direito à integridade física, mental e psicológica, o direito de não ser submetida à tortura e o direito de liberdade e segurança pessoais.

O artigo 3º da Convenção garante à mulher uma vida livre de violência, tanto no âmbito público quanto no privado; complementando-o, tem-se o artigo 6º, que dispõe que uma vida livre de violência inclui (a) o direito de ser livre de toda forma de discriminação e (b) o direito de ser valorizada e educada livre de padrões estereotipados de comportamento e práticas sociais e culturais baseados em conceitos de inferioridade de subordinação. Desta forma, ao se analisar a Convenção extrai-se o objetivo dela em alterar a estrutura patriarcal da sociedade, incentivando as mudanças culturais e reprimindo discriminações.

Após o estudo feito até o momento, pode-se verificar que a violência contra a mulher é definida como um fenômeno histórico-social, resultado de relações de poder desiguais, que transcende a diferença de renda, das classes sociais e culturais, uma realidade que deve ser abordada de forma holística para erradicá-la.

O que se pode constatar da análise feita anteriormente, é que existe um amplo quadro legislativo normativo internacional sobre a igualdade entre mulheres e homens, e a não discriminação por razões de gênero é um princípio legal valorizado universalmente, reconhecido por tratados internacionais de acordo com a Declaração dos Direitos Humanos, bem como nas leis da maioria dos países.

Ainda, porém, existem desigualdades, discriminação, violência e injustiça contra as mulheres que mostram que a igualdade efetiva continua sendo uma tarefa pendente, sendo portanto, neste contexto, a dignidade e a possibilidade de uma vida digna constantemente violadas.

Assim, é visível que a simples mudança de leis não necessariamente significa uma transformação de comportamentos e de percepções no que se refere a papéis de gênero tradicionalmente estabelecidos. O necessário debate público trazido pelo litígio estratégico internacional na perspectiva de gênero, portanto, força uma reflexão da sociedade sobre as assimetrias de poder e desigualdades enfrentadas pelas mulheres.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Uma sociedade de multiplicidades e pluralidade social, onde convive uma gama de grupos heterogêneos, não deve ter espaço para a discriminação, sexismo e violação de direitos básicos do homem.

Constatou-se, no estudo, que as mulheres formam um grupo particularmente vulnerável por razão de gênero, como evidenciado nas constantes transgressões que sofrem dos seus direitos. Apesar de se constituir uma previsão universal, a violação à dignidade e aos direitos da mulher continua sendo uma constante, demonstrando a dificuldade de algumas sociedades em reconhecer o sexo feminino no mesmo patamar ocupado pelo masculino, e em vislumbrar a mulher como sujeito de direitos, livre, capaz e igual aos homens.

Diante desse cenário, o problema do presente estudo consistia em ofertar maior visibilidade às mulheres e aos seus direitos. Desta forma, buscou expor e analisar, a partir da dignidade da pessoa humana como palavra de ordem, os direitos humanos, sua evolução histórica e seu caráter universal.

No que diz respeito à garantia dos direitos humanos das mulheres, a adoção de um parâmetro universalista, ainda que com um amplo espaço para relativismos culturais, é de grande importância, levando em consideração o quadro de violência e violações em relação à mulher ser, ainda, muito expressivo, principalmente no que se refere às graves obstruções à fruição de seus direitos. Assim, apesar de não se escusar das dificuldades da perspectiva universalista, entende-se importante utilizá-la como ponto de chegada; um universalismo de confluência.

O estudo ficou claro pela análise histórica dos direitos humanos, que, a partir de determinando momento histórico da humanidade, buscou cristalizar e desenvolver o ideário de que certas discriminações são inaceitáveis, com base em um consenso construído e pactuado

internacionalmente. Levanta-se a essencial importância da Declaração de Direitos Humanos de 1948, e que a partir dela se iniciou o desenvolvimento do Direito Internacional dos Direitos Humanos, mediante a adoção de diversos instrumentos internacionais de proteção, seguindo uma ética global orientada pela afirmação da dignidade da pessoa humana.

Buscou-se, assim, enfatizar a importância do desenvolvimento dos Direitos Humanos e sua internacionalização, principalmente quanto à proteção de direitos dos sujeitos historicamente excluídos dos processos políticos que afirmassem sua igualdade enquanto ator político na sociedade, e extrair os diversos instrumentos que tratam da proteção dos direitos humanos da mulher. Nesta oportunidade, a contribuição dos tratados internacionais de proteção a direitos humanos, em especial aos direitos humanos das mulheres, contribui, de forma expressiva, para a promoção das liberdades e o acesso a condições igualitárias de desenvolvimento social.

Ainda, constatou-se que a aplicação efetiva deste contexto normativo necessita da atuação por parte das autoridades públicas, por meio de medidas de carácter legislativo e/ou institucional. Não é suficiente, no entanto, o reconhecimento normativo de um sistema de proteção jurídica dos direitos humanos; é necessário que este processo seja aceito pela sociedade, ou seja, que seja acompanhado por uma mudança de atitude e de comportamento por parte dos membros da sociedade, de forma a criar as condições idôneas para a consolidação do mesmo, e acabar com os estereótipos socioculturais de conduta baseados na inferioridade da mulher.

É preciso, portanto, um novo olhar para os direitos humanos tradicionalmente estabelecidos; um olhar que inclui a mulher e as suas especificidades, conformadas em um processo histórico construído desigualmente na pauta dos direitos humanos, que evidencia as construções assimétricas de poder e, como tal, afeta desproporcionalmente homens e mulheres.

6 REFERÊNCIAS

- ALVES, J. A. Lindgren. A declaração dos direitos humanos na pós-modernidade. In: BOCAULT, Carlos Eduardo de Abreu; ARAUJO, Nadia de (org.). *Os direitos humanos e o direito internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no Direito Constitucional Contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.
- BEDIN, Gilmar Antônio. *Os direitos do homem e o neoliberalismo*. 3. ed. Ijuí: Editora Unijuí, 2002.
- BENEVIDES, Maria Victória. Cidadania e justiça. In: *Revista da FDE*, São Paulo, n. 33, ago. 1994. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64451994000200002&lng=pt&tlng=pt.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BONAVIDES, Paulo. *Teoria Constitucional da Democracia Participativa: por um Direito Constitucional de luta e resistência, por uma Nova Hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade*. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.
- CALDERÓN-VALENCIA, Felipe; ESCOBAR-SIERRA, Manuela. L'articulation de la juridiction spéciale pour la paix avec la justice ordinaire en matière d'extradition: les enjeux politiques du cas Jesus Santrich dans le contexte du post-conflit Colombien. *Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas – Unifafibe*, v. 7, n. 1, 2019.
- CIARLINI, Léa Martins Sales; CIARLINI, Alvaro Luis de Araujo. A estrutura das políticas públicas e os paradoxos da intervenção judicial por meio da ação civil pública: uma análise a partir dos cinco estágios do ciclo político-administrativo de Michael Howlett, Ramesh e Perl. *Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas – Unifafibe*, v. 7, n. 1, 2019.
- COMITÊ SOBRE A ELIMINAÇÃO DA DISCRIMINAÇÃO CONTRA AS MULHERES. *Violence against women*. CEDAW General Recommendation 19, A/47/38. (General Comments), 29/1/92, parágrafo 1º. Disponível em: <http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/0/300395546e0dec52c12563ee0063dc9d?Opendocument>. Acesso em: 10 jun.2018.

- COMPARATO, Fabio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- COSTA, Andréia da Silva; SOUZA, Lucas Martins Pessoa Eugênio de; CHAGAS, Márcia Correa. Convenção Interamericana Para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher: Convenção de Belém do Pará. In: LOPES, Ana Maria D'Ávila; JUCÁ, Roberta Laena Costa; COSTA, Andréia da Silva (org.). *Gênero e tráfico de mulheres*. Florianópolis: Editorial Conceito, 2013. Disponível em: https://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/52111938/Genero_e_Trafico_de_Mulheres_01_1_.pdf?AWSAccessKeyId=AKIAIWOWYYGZ2Y53UL3A&Expires1530538439&Signature=xxlo464PY%2B5Bb8Na7r6hJ8YW9IE%3D&responsecontentdisposition=inline%3B%20filename%3DGENERO_E_TRAFICO_DE_MULHERES.pdf#page=147. Acesso em: 2 jul. 2018.
- FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves; LEHFELD, Lucas de Souza; SIQUEIRA, Dirceu Pereira. A imunidade parlamentar segundo o supremo tribunal: análise do precedente sobre a prisão do senador Delcídio Amaral frente aos direitos da personalidade. *Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas – Unifafibe*, v. 7, n. 2, 2019.
- FLORES, Joaquin Herrera. Direitos humanos, interculturalidade e racionalidade de resistência. *Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos*, Florianópolis, p. 9-30, jan. 2002. ISSN 2177-7055. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15330>. Acesso em: 8 jul. 2018.
- FLORIANI, Lara Bonemer Rocha; SANTOS, Luccas Farias. A hierarquia dos tratados internacionais e seus reflexos jurídicos e extrajurídicos. *Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas – Unifafibe*, v. 7, n. 1, 2019.
- GARCÍA, Eusebio Fernández. Dignidad Humana y Ciudadanía Cosmopolita. *Cuadernos Bartolomé de las Casas*, Madrid: Dykinson, n. 21, 2001.
- GONÇALVES, Tamara Amoroso. *Direitos Humanos das Mulheres e a Comissão Interamericana de Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. Tradução Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2011.
- LASCANO, Alfonso Jaime Martinez. Inconvencionalidad del amparo mexicano por la eficacia en la protección judicial de derechos humanos. *Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas – Unifafibe*, v. 7, n. 2, 2019.
- LEOPOLDI, Deisi; TELES, Maria Amélia de Almeida; GONZAGA, Terezinha de Oliveira. *Do silêncio ao grito contra a impunidade: caso Márcia Leopoldi*. São Paulo: União das Mulheres de São Paulo, 2007.
- LÓPEZ-FRANCÉS, Inmaculada; VIANA-ORTA, Maria Isabel. La igualdad de género: un derecho humano vulnerado. *Revista Interdisciplinar de Direitos Humanos*, Bauru, n. 4, p. 199-209, jun. 2015.
- LUGO, Yolanda Gómez. Sistema internacional de proteção dos direitos humanos das mulheres. In: BELTRÃO, Jane Felipe et al. *Direitos humanos dos grupos vulneráveis*. Manual. Rede Direitos Humanos e Educação Superior, 2014. p. 145-170. Disponível em: dhes-alfa>materials. Acesso em: 17 maio 2016.
- MABTUM, Matheus Massaro; GERRA FILHO, Willis Santiago. A importância do tempo e sentido para a teoria dos sistemas de Niklas Luhmann. *Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas – Unifafibe*, v. 6, n. 2, 2018.
- MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Direitos humanos e cidadania à luz do novo direito internacional*. Campinas: Minelli, 2002.
- MELGARÉ, Plínio. Direitos humanos: uma perspectiva contemporânea para além dos reducionismos tradicionais. *Revista Ajuris*, Porto Alegre, n. 88, p. 331-360, dezembro/2002.
- OLIVEIRA, Cleberson Cardoso de. O direito à saúde aos pacientes conforme a Constituição da República de 1988. *Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas – Unifafibe*, v. 3, n. 1, 2015.
- PERALTA, Eva Díez. Los Derechos de la Mujer en el Derecho Internacional. *Revista Española de Derecho interNacional*, Madrid, v. 63, n. 2, jul./dic. 2011. ISSN 0034-9380.
- PIACENTINI, Dulce de Queiroz. *Direitos humanos e interculturalismo: análise da prática cultural da mutilação genital feminina*. 2007. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Florianópolis, SC, 2007.
- PIOVESAN, Flávia. A Proteção Internacional dos Direitos Humanos das Mulheres. *Revista da EMERJ*, v. 15, p. 70-89, 2012.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- RODRIGUEZ HUERTA, G. La no discriminación de las mujeres: objeto y fin de la CEDAW. In: VAZQUEZ, R.; CRUZ PARCERO, J. (coord.). *Derechos de las mujeres en el derecho internacional*. Tomo 1, Serie Género, Derecho y Justicia. México: SCJN-Fontamara, 2010.
- ROSSIGNOLI, Marisa; SOUZA, Francielle Calegari de. O princípio constitucional da livre concorrência frente a política do desenvolvimento sustentável. *Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas – Unifafibe*, v. 7, n. 1, 2019.

- SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n. 48, 1997a. Disponível em: http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/pdfs/Concepcao_multicultural_direitos_humanos_RCCS48.PDF. Acesso em: 3 set. 2016.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. Uma concepção multicultural de direitos humanos. *Revista Lua Nova*, n. 39, 1997b.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.
- SILVA, José Afonso da. *Direito Constitucional Positivo*. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014
- SIQUEIRA, Dirceu Pereira; FERRARI, Caroline Clariano. O direito à informação como direito fundamental ao estado democrático. *Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas – Unifafibe*, v. 4, n. 2, 2016.
- SIQUEIRA, Dirceu Pereira; CASTRO, Lorena Roberta Barbosa. Minorias e grupos vulneráveis: a questão terminológica como fator preponderante para uma real inclusão social. *Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas – Unifafibe*, v. 5, n. 1, 2017.
- SIQUEIRA, Dirceu Pereira; GOTTEMS, Claudinei J. *Direitos fundamentais: da normatização à efetividade nos 20 anos de Constituição brasileira*. Birigui: Boreal, 2008.
- SIQUEIRA, Dirceu Pereira; PICCIRILO, Miguel Belinati. *Inclusão social e direitos fundamentais*. Birigui: Boreal, 2009.
- SIQUEIRA, Dirceu Pereira; JÚNIOR, Teófilo Marcelo de Arêa Leão (org.). *Direitos sociais: uma abordagem quanto à (in)efetividade desses direitos – a Constituição de 1988 e suas previsões sociais*. Birigui: Boreal, 2011.
- SOARES, Marcelo Negri; KAUFFMAN, Marcos Eduardo; MARTIN, Raphael Farias. Economy law and economic analysis of law and the impact on intellectual property in the common law system. *Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas – Unifafibe*, v. 7, n. 2, 2019.
- STURZA, Janaína Machado; RODRIGUES, Bruna dos Passos. Diálogos entre políticas públicas e direito à saúde: as audiências públicas enquanto instrumento de participação popular sob a perspectiva da teoria da ação comunicativa de Habermas. *Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas – Unifafibe*, v. 7, n. 2, 2019.
- ZEIFERT, Anna Paula Bagetti. Pensar as políticas públicas a partir do enfoque das capacidades: justiça social e respeito aos direitos humanos. *Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas – Unifafibe*, v. 7, n. 1, 2019.