



Direitos Humanos, Políticas Públicas e Cidadania

Brasília-DF
Processus
2014







Direitos Humanos, Políticas Públicas e Cidadania

ORGANIZADOR:

RODRIGO FREITAS PALMA

COLABORADORES:

Alane de Lucena Leal	Dulce Teresinha B. M. de Morais
Alejandro Gabriel Olivieri	Gustavo Javier Castro Silva
Alessandro Rodrigues da Costa	Jonas Rodrigo Gonçalves
Alice Rocha da Silva	Juliana Zappalá Porcaro Bisol
Álvaro Osório do Valle Simeão	Leonardo Gomes de Aquino
Carlos Federico Domínguez Avila	Leticia Pessanha Tunholi
Carolina de Abreu Batista Claro	Maria Aparecida Assunção
Celso Leal da Veiga Júnior	M ^a . Leticia Rojo Alvarez-Manzaneda
César Cavalcante de Oliveira	Renata Malta Vilas-Bôas
Cristian Fetter Mold	Rodrigo Freitas Palma
	Tarin Cristino Frota Mont'Alverne

Brasília-DF
Processus
2014



MANTENEDORA

Presidente da Mantenedora: Prof. Jaci Fernandes de Araújo
Diretora de Ensino da Mantenedora: Prof.^a Claudine Fernandes de Araújo
Diretor Administrativo da Mantenedora: Dr. Flávio Fernandes de Araújo
Diretor Financeiro: Dr. Fernando Fernandes de Araújo

FACULDADE PROCESSUS

Diretora Geral da Faculdade: Prof.^a Claudine Fernandes de Araújo
Diretor Acadêmico e Procurador Institucional: Prof. Dr. Gustavo Javier Castro Silva
Coordenador do Curso de Direito: Prof. Msc. Stênio Ribeiro de Oliveira
Coordenadora de Pesquisa Jurídica: Alice Rocha da Silva
Coordenador de Políticas Editoriais: Rodrigo Freitas Palma
Revisor: Prof. Msc. Jonas Rodrigo Gonçalves
Secretária Geral: Fabiane Ferreira da Silva
Projeto Gráfico: Verônica E. V. Jordão e Rodrigo Freitas Palma

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Direitos Humanos, Políticas Públicas e Cidadania. Alane de Lucena Leal [et. al.] / Rodrigo Freitas Palma (Org.). – Brasília: Processus, 2014.

398 p. 21 cm.

ISBN: 978-85-88851-08-5

1.Direitos Humanos. 2. Políticas Públicas. I. Palma, Rodrigo Freitas II.Titulo.

CDU: 331.101.262:338.22

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca da Faculdade Processus.

Todos os direitos reservados. Proibida a reprodução parcial ou total, sem consentimento expresso do editor.

As opiniões, conceitos, informações, indicação de legislação constantes nos artigos publicados são de inteira responsabilidade de seus autores.

Imagem de capa:

MEULEN, Adam Frans van der Construction of the Château de Versailles
1669 - Oil on canvas, 103 x 138,5 cm - Royal Collection, London



AUTORES “DIREITOS HUMANOS, POLÍTICAS PÚBLICAS E CIDADANIA”

ALANE DE LUCENA LEAL

Mestre em Ciências da Religião. Graduada em Filosofia, com especialização em Filosofia e Existência, Terapia Comunitária-MISMEC e Psicodrama. Instrutora de Tai Chi Chuan. Professora do Centro Universitário UNIEURO. É autora dos livros “Educação e Cidadania” (Editora Paulinas, 2005), “Relato de uma Experiência sob a Ótica das Ciências Sociais” (Editora Livre Expressão, 2012) e coautora dos livros intitulados “Direito e Religião: Uma Aproximação” (Processus, 2012) e “A Terapia Comunitária Integrativa no Cuidado da Saúde Mental” (Editora Kiron, 2013).

ALEJANDRO GABRIEL OLIVIERI

Graduado em Filosofia (Universidad Nacional de Buenos Aires), Mestre em Sociologia Política (Universidade Federal de Santa Catarina) e Doutor em Sociologia (Universidade de Brasília). Atualmente é professor das disciplinas de Filosofia Geral e Ciência Política e Teoria geral do Estado no Curso de Direito da Faculdade Processus em Brasília.

ALESSANDRO RODRIGUES DA COSTA

Mestrando em Ciência Política pelo Centro Universitário UNIEURO e Servidor Público Federal (Analista Judiciário do Tribunal Superior Eleitoral –TSE).

ALICE ROCHA DA SILVA

Professora da Graduação e Pós-graduação em Direito do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB) e da Faculdade Processus. Doutora em Direito Internacional Econômico pela Aix-Marseille Université, França, (revalidado pela Universidade Federal do Ceará – UFC). Mestrado em Direito das Relações Internacionais pelo UniCEUB. Graduação em Direito pelo UniCEUB e Graduação em Relações Internacionais e Ciência Política pela Universidade de Brasília-UnB. Editora da Revista de Direito Internacional e da Revista Brasileira de Políticas Públicas do UniCEUB.





ÁLVARO OSÓRIO DO VALLE SIMEÃO

Graduação em Direito (Universidade Federal do Piauí). Advogado da União. Especialista em Direito Processual Civil (Universidade Cândido Mendes- RJ). Mestre em Direito e Relações Internacionais (Uniceub-DF).

CARLOS FEDERICO DOMÍNGUEZ AVILA

Doutor em História. Docente e pesquisador do Centro Universitário Unieuro e da Universidade Católica de Brasília.

CAROLINA DE ABREU BATISTA CLARO

Doutoranda em Direito Internacional – Universidade de São Paulo (USP), Mestre em Desenvolvimento Sustentável – Universidade de Brasília (UnB), Professora de Direito Internacional e Advogada pro bono para imigrantes indocumentados e refugiados no Brasil. Integrante do Observatório de Direitos Humanos da UFSC, do Núcleo de Pesquisas sobre Deslocados Ambientais da UEPB, do International Migration Academic Network e do Grupo de Estudos Direitos Humanos e Vulnerabilidades.

CRISTIAN FETTER MOLD

Advogado, Professor de Direito de Família e Sucessões, membro do IBDFAM - Instituto Brasileiro de Direito de Família e da ADLIB - Advogados pela Liberdade de Orientação Sexual e Identidade de Gênero.

CELSO LEAL DA VEIGA JÚNIOR

Mestre e Doutorando em Ciência Jurídica na Universidade do Vale do Itajaí, UNIVALI, sob a orientação do Professor Doutor Cesar Luiz Pasold. Professor e Coordenador do Curso de Direito da UNIVALI, em Tijucas, SC.

CÉSAR CAVALCANTE DE OLIVEIRA

Graduando em Direito pela Faculdade Processus/DF; pesquisador-bolsista do grupo de pesquisa “Direito e Políticas Públicas”, da Faculdade Processus, sob a coordenação do professor Jonas Rodrigo Gonçalves.





DULCE TERESINHA BARROS MENDES DE MORAIS

Doutora em Direito Público (Universidade Federal de Pernambuco); Mestre em Economia (Universidade de Brasília); Especialista em Direito Processual Civil e Direito do Trabalho (CEUB/CESAPE); Graduada em Direito (Universidade de Brasília); Letras-Licenciatura em Língua Portuguesa e respectiva Literatura (Universidade de Brasília); e Administração (Universidade de Brasília). Professora Doutora na Faculdade Processus, em Brasília, onde exerce a função de Coordenadora do Núcleo de TCC.

GUSTAVO JAVIER CASTRO SILVA

Graduado em Filosofia pela Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Mestre em Ciência Política pela Pontificia Universidad Católica de Chile, Mestre em Relações Internacionais pela Universidade de Brasília e Doutor em Sociologia pela Universidade de Brasília. Atualmente é Professor da Disciplina Ciência Política e Teoria Geral do Estado no Curso de Direito da Faculdade Processus em Brasília.

JONAS RODRIGO GONÇALVES

Mestre em Ciência Política (UNIEURO), com foco em Políticas públicas; especialista em Letras (Linguística: Revisão de Texto) pela Universidade Gama Filho/RJ; licenciado em Filosofia pela Universidade Católica de Brasília/DF; licenciado em Letras (Português/Inglês) pela Universidade Paulista/SP; coordenador dos grupos de pesquisa em “Direito e Políticas Públicas” e “Português Jurídico” da Faculdade Processus; revisor de textos dos periódicos da Faculdade Processus; professor da Unip e da Faculdade JK.

JULIANA ZAPPALÁ PORCARO BISOL

Bacharel em Direito (UDF). Bacharel em Administração (AIEC – Associação Internacional de Educação Continuada). Especialista em Ordem Jurídica e Ministério Público (Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios). Mestre em Direito (UCB). Advogada.

LEONARDO GOMES DE AQUINO

Graduado em Direito (Faculdades Integradas do Oeste de Minas). Especialista em Direito Empresarial (Faculdades Integradas do Oeste de Minas). Pós-graduado em Ciências Jurídico-Processuais e em





Ciências Jurídico-Empresariais (Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Portugal). Mestre em Direito. Advogado. Professor de Direito Empresarial em Brasília-DF.

LETÍCIA PESSANHA TUNHOLI

Bacharel em Direito, ex-aluna e pesquisadora do Núcleo de Pesquisa Jurídica da Faculdade PROCESSUS; Servidora do Tribunal Superior do Trabalho desde 2012. Licenciada em Língua Portuguesa como Segunda Língua (Universidade de Brasília).

MARIA APARECIDA ASSUNÇÃO

Graduada e Mestre em Administração de Empresas (Universidade Federal de Minas Gerais). Na Faculdade Processus atualmente é Coordenadora do Curso de Administração Pública e de Secretariado. Coordenadora do Curso de Administração do Centro Universitário Euro-Americano (entre agosto de 2003 a dezembro de 2008), onde também coordenou a elaboração do Programa de Mestrado em Administração. Coordenadora Adjunta do Departamento de Desenvolvimento Organizacional e Humano da EMBRAPA (1994-1999). Líder do Projeto de Gestão Estratégica e Qualidade da EMBRAPA (1999-2000).

M^a LETÍCIA ROJO ALVAREZ-MANZANEDA

Profesora Contratada Doctora del Departamento de Derecho Procesal y Derecho Eclesiástico del Estado (Sección Departamental de Derecho Eclesiástico del Estado) de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada (España). Doctora en Derecho por la Universidad de Granada con la calificación de “Sobresaliente cum laude”; autora de numerosas publicaciones en las que se abordan temas como “El proceso de secularización del matrimonio en Portugal”, “El testamento vital en la legislación autonómica; análisis comparativo”, “Confesiones religiosas, matrimonios homosexuales y objeción de conciencia en España”, “Análisis de la objeción de conciencia fiscal”, “La elección del Romano Pontífice”, “Régimen jurídico de los bienes histórico-artísticos de las confesiones religiosas en la legislación autonómica”, “La objeción de conciencia farmacéutica y la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 8 de enero de 2007”, “Derecho de libertad religiosa: objeción de conciencia ante la asignatura de educación para la ciudadanía”. Por lo que se refiere a las publicaciones en





libros y capítulos de libros, hay que decir que los temas tratados son los siguientes: “Instrumentos jurídicos para la protección del Patrimonio Histórico-Artístico y Cultural de la Iglesia Católica en Granada”, “Planes de acción en tutorías de la Universidad de Granada 2003-2004”, “Orientación y tutoría en la Universidad de Granada”. - “Otros supuestos de objeciones de conciencia”, “La enseñanza y el aprendizaje en la universidad. Una propuesta de evaluación en la facultad de derecho: la formación de los juristas y su adaptación al espacio europeo de educación superior”, “Los sentimientos religiosos en los mayores”, “El régimen patrimonial, económico y fiscal de las confesiones”, y la “Asistencia religiosa”.

RENATA MALTA VILAS-BÔAS

Bacharel em Direito (UniCeub). Mestre em Direito (UFPE). Advogada. Professora, palestrante e autora de diversas obras jurídicas.

RODRIGO FREITAS PALMA

Bacharel em Direito (PUC-GO). Mestre em Ciências da Religião (PUC-GO). Especialista em Direito Militar (Universidade Castelo Branco-RJ). Especialista em Relações Internacionais (PUC-GO). Especialista em Docência no Ensino Superior (Uniceuma-MA). Advogado. Palestrante. Professor em Brasília na Faculdade Processus, no Centro Universitário Euro-Americano e na Faculdade Anhanguera. Na Faculdade Processus atua como Coordenador de Políticas Editoriais. É autor das obras “História do Direito”, “Direito Militar Romano”, “Manual Elementar de Direito Hebraico”, “O Julgamento de Jesus Cristo: Aspectos Histórico-Jurídicos”, e coautor e organizador das coletâneas “O Direito e os Desafios da Pós-Modernidade”, “Pensando o Direito: Uma Contribuição Propedêutica” e “Direito e Religião: Uma Aproximação”.

TARIN CRISTINO FROTA MONT’ALVERNE

Professora da Graduação e Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará (UFC). Doutorado em Direito Internacional do Meio Ambiente – Université de Paris V e Universidade de São Paulo (2008). Mestrado em Direito Internacional Público – Université de Paris V (2004). Graduação em Direito pela Universidade de Fortaleza. (2001). Editora da Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC – Nomos.







SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO.....	13
A EXTRADIÇÃO DE REFUGIADOS NA JURISPRUDÊNCIA RECENTE DO STF.....	17
Carolina de Abreu Batista Claro	
CONSIDERAÇÕES SOBRE O DIREITO DE VIVER COM DIGNIDADE O PROCESSO DE MORTE.....	61
Cristian Fetter Mold	
A CIDADANIA DA PESSOA IDOSA NO BRASIL DO FUTURO: REFLEXÕES INICIAIS SOB OS PARÂMETROS DOS DIREITOS HUMANOS.....	79
Celso Leal da Veiga Júnior	
LOS DERECHOS HUMANOS Y EL MATRIMONIO CANONICO: EI CANON 1095 DEL C.I.C.	91
M ^a Leticia Rojo Alvarez-Manzaneda	
CIDADANIA E ÉTICA - PRESSUPOSTOS BÁSICOS PARA A CONVIVÊNCIA SOCIAL	107
Alane de Lucena Leal	
REVOLTAS POPULARES E CRISE DA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA: O SURGIMENTO DO INDIVÍDUO COMO UM NOVO ATOR SOCIAL?.....	131
Alejandro Gabriel Olivieri e Gustavo Javier Castro Silva	
A LICENÇA COMPULSÓRIA DOS MEDICAMENTOS COMO FORMA DE EFETIVAR O DIREITO HUMANO À SAÚDE E A CIDADANIA.....	155
Leonardo Gomes de Aquino	
SOBRE A NOVA “JURISTOCRACIA”, OU DE COMO OS PODERES SE FAZEM PEQUENOS OU GIGANTES	191
Álvaro Osório do Valle Simeão	





**A COMISSÃO NACIONAL DA VERDADE NO BRASIL:
CONJUNTURA E CENÁRIOS PROSPECTIVOS..... 195**

Alessandro Rodrigues da Costa

Carlos Frederico Domínguez Avila

DIREITOS HUMANOS E POLÍTICAS PÚBLICAS 217

Maria Aparecida Assunção

**O DUMPING SOCIAL NAS RELAÇÕES DE EMPREGO:
COMO PROTEGER O DIREITO FUNDAMENTAL AO
TRABALHO DIGNO 245**

Leticia Pessanha Tunholi e

Dulce Teresinha Barros Mendes de Moraes

**O NÚCLEO ESSENCIAL DOS DIREITOS HUMANOS E A
SUA APLICAÇÃO DA FÓRMULA “A INJUSTIÇA EXTREMA
NÃO É DIREITO” 265**

Juliana Zappalá Porcaro Bisol

**POLÍTICA PÚBLICA DE VACINAÇÃO DE MENINAS CON-
TRA O HPV COMO VIÉS AXIOLÓGICO DO DIREITO À
SAÚDE NO BRASIL 281**

Jonas Rodrigo Gonçalves e César Cavalcante de Oliveira

**DIREITO À EDUCAÇÃO DE QUALIDADE COMO FORMA
DE GARANTIR A CIDADANIA..... 301**

Renata Malta Vilas-Bôas

**POR UMA REAVALIAÇÃO DO PRINCÍPIO DA LAICIDADE
NA SOCIEDADE GLOBAL: O CASO DO USO DO VÉU IS-
LÂMICO NA FRANÇA 341**

Alice Rocha da Silva e Tarin Cristino Frota Mont’Alverne

O DIREITO NO III REICH 359

Rodrigo Freitas Palma





APRESENTAÇÃO

É com grande satisfação que anunciamos a publicação da obra intitulada “Direitos Humanos, Políticas Públicas e Cidadania”. A presente coletânea (cujo processo de produção iniciou-se no ano passado) é o resultado de uma política editorial implantada nesta mesma IES ainda no decorrer de 2010 e, cujos contornos preveem, sempre que possível, o lançamento de um livro a cada ano a versar sobre palpitantes temáticas no universo do Direito. In casu, trata-se, especificamente, da quarta coletânea já produzida no seio desta Faculdade de Direito, fato este que concorre para demonstrar as razões pelas quais o nosso curso, hodiernamente, tornou-se uma referência segura e respeitável a todos aqueles que acalentam o firme ensejo de enveredar com êxito pelas fascinantes trilhas das carreiras jurídicas.

Desta feita, tivemos a honra de contar com a participação de destacados docentes de cinco diferentes nacionalidades, bem como, também, com o recebimento de outras importantes contribuições oriundas de diversos Estados do país, bem como, de pesquisas orientadas no âmbito da própria Faculdade.

O tema escolhido, por si só, é de suma relevância e demonstra os esforços conjugados no sentido de se promover debates e estudos específicos envolvendo os grandes desafios contemporâneos enfrentados por esta e outras nações deste belo continente. Assim, esperamos que possamos servir de plataforma para a discussão de problemáticas que afetam nossa sociedade e que possamos oferecer ainda outras tantas pesquisas nesta mesma seara.

Prof. Rodrigo Freitas Palma

Coordenador de Políticas Editoriais da Faculdade Processus







Artigos







A EXTRADIÇÃO DE REFUGIADOS NA JURISPRUDÊNCIA RECENTE DO STF

Carolina de Abreu Batista Claro¹

INTRODUÇÃO

O direito internacional dos refugiados, que teve grande desenvolvimento na segunda metade do século XX, no pós Segunda Guerra Mundial, encontra-se no rol da chamada proteção internacional da pessoa humana². São protegidos pelo direito dos refugiados aqueles migrantes internacionalmente forçados que foram levados a deixar seu país de origem em razão de um fundado temor de perseguição onde moravam³.

17

¹ Doutoranda em Direito Internacional – Universidade de São Paulo (USP), Mestre em Desenvolvimento Sustentável – Universidade de Brasília (UnB), Professora de Direito Internacional e Advogada *pro bono* para imigrantes indocumentados e refugiados no Brasil. Integrante do Observatório de Direitos Humanos da UFSC, do Núcleo de Pesquisas sobre Deslocados Ambientais da UEPB, do *International Migration Academic Network* e do Grupo de Estudos Direitos Humanos e Vulnerabilidades.

² A proteção internacional da pessoa humana comporta três vertentes, a saber: direito internacional dos direitos humanos, direito internacional humanitário e direito internacional dos refugiados. O direito internacional dos direitos humanos diz respeito a acordos gerais ou específicos e de alcance global ou de alcance regional. Sobre o assunto, vide: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado Internacional dos Direitos Humanos*. 2ª Edição. 3 volumes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003. O direito internacional humanitário refere-se à proteção dos indivíduos no âmbito de conflito armado interno ou internacional. A respeito do tema, vide: DAL MASO JARDIM, Tarciso. *O Brasil e o Direito Internacional dos Conflitos Armados*. 2 Tomos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006. Adiante, este artigo versará sobre um aspecto específico do direito internacional dos refugiados, qual seja, do pedido extradicional, no Brasil, envolvendo refugiados.

³ Os refugiados são (i) migrantes forçados, em oposição aos migrantes voluntários, (ii) migrantes internacionais, em oposição aos deslocados internos, e (iii) precisam demonstrar que sofrem um *fundado temor de perseguição* no país de origem, seja este de sua nacionalidade ou não, nos termos do artigo 1º da Lei nº 9.474 de 22 de julho de 1997, segundo o qual: Será reconhecido como refugiado todo indivíduo que: I - devido a fundados temores de perseguição por motivos



Dentre os vários princípios que devem ser observados pela legislação estatal no trato dos refugiados, encontra-se o *non-refoulement*, consubstanciado no dever de proteger o refugiado no sentido de não devolvê-lo ao país onde sua vida é ameaçada ou de entregá-lo a terceiro país que possa, por sua vez, entregar o refugiado para o Estado no qual sua vida ou integridade física podem estar seriamente ameaçadas⁴.

Nessa esteira, cumpre analisar como se comporta o direito extradicional a respeito dos refugiados, notadamente como o Supremo Tribunal Federal (STF) tem tratado o tema na sua jurisprudência recente, depois de promulgada a Lei nº 9.474, de 1997, que dispõe sobre o tratamento do refugiado no Brasil.

Num primeiro momento, pode causar estranheza inquirir-se sobre uma possível extradição de indivíduo que esteja protegido sob a legislação interna e internacional a respeito dos refugiados. Entretanto, cabe verificar qual a atual interpretação dada pelo STF, diante da legislação em vigor no país, e averiguar os possíveis rumos que um processo extradicional envolvendo refugiados deveria tomar.

Na primeira parte será estudado o instituto do refúgio, no direito internacional e no direito interno brasileiro, para, na segunda parte, discorrer-se sobre a extradição e, finalmente, na terceira parte, proceder-se a uma análise dos casos recentes envolvendo extradição de refugiados na jurisprudência do STF.

1. A PROTEÇÃO JURÍDICA DOS REFUGIADOS

Os movimentos migratórios têm-se mostrado de fundamental importância ao longo da história humana. As migrações permitiram a colonização de países, impulsionaram o desenvolvimento econômico, proporcionaram diversidade cultural e linguística. Por esse motivo, Khalid Koser⁵ afirma:

de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas encontre-se fora de seu país de nacionalidade e não possa ou não queira acolher-se à proteção de tal país; II - não tendo nacionalidade e estando fora do país onde antes teve sua residência habitual, não possa ou não queira regressar a ele, em função das circunstâncias descritas no inciso anterior; III - devido a grave e generalizada violação de direitos humanos, é obrigado a deixar seu país de nacionalidade para buscar refúgio em outro país”.

⁴ O princípio do *non-refoulement*, ou da não devolução, encontra-se previsto nos artigos 7º, § 1º, 33 e 34 da Lei nº 9.474/97 e no artigo 33 da Convenção da ONU Relativa ao Estatuto dos Refugiados (1951).

⁵ KOSER, Khalid. *International Migration: a Very Short Introduction*. 1ª Edition. Oxford: Oxford University Press, 2007, p. 1.



Hoje há mais migrantes internacionais do que nunca antes e o número deles certamente crescerá no futuro próximo. Quase todo país na Terra é e continuará a ser afetado. A migração é indissociável de outros assuntos globais importantes, incluindo desenvolvimento, pobreza e direitos humanos. Os migrantes frequentemente são os membros da sociedade mais empreendedores e mais dinâmicos; historicamente, a migração tem sustentado o crescimento econômico e a construção da nação e tem enriquecido a cultura. A migração também apresenta desafios significativos. Alguns migrantes são explorados e seus direitos humanos desrespeitados; a integração nos países de destino pode ser difícil; e a migração pode privar os países de origem de habilidades importantes. Por todas essas e outras razões, a migração importa. (tradução livre)⁶

Cumprir distinguir dois tipos de movimentos migratórios que são estudados pelo direito internacional: (i) os deslocamentos internos, que se referem às migrações ocorridas dentro de um mesmo Estado; e (ii) as migrações internacionais, que transcendem fronteiras estatais. Nesta última, encontra-se o refúgio dentre as várias causas (econômica e bélica, por exemplo) que impulsionam o trânsito internacional de pessoas.

Etimologicamente, *refúgio* provém de *refugiare*, que significa buscar guarida ou proteção. A palavra é bastante utilizada na biologia para indicar migração de espécies animais de um *habitat* para outro na busca da sobrevivência de um grupo. Nas ciências sociais, refúgio refere-se à migração de pessoas que deixam o território do país onde habitualmente vivem para buscar proteção nos limites espaciais de outro Estado.

⁶ No original: “There are more international migrants today than ever before, and their number is certain to increase in the foreseeable future. Almost every country on earth is, and will continue, to be affected. Migration is inextricably linked with other important global issues, including development, poverty, and human rights. Migrants are often the most entrepreneurial and dynamic members of society; historically migration has underpinned economic growth and nation-building and enriched cultures. Migration also presents significant challenges. Some migrants are exploited and their human rights abused; integration in destination countries can be difficult; and migration can deprive origin countries of important skills. For all these reasons and more, migration matters”.

José Francisco Luz Filho⁷ situa o escopo da proteção internacional conferida aos refugiados, da seguinte forma:

O direito internacional dos refugiados tem como *ratio* a proteção internacional da segurança, da vida e da liberdade do refugiado. Os Estados, ao incorporarem em suas legislações nacionais os documentos que edificam esse ramo do direito internacional, obrigam-se a exercer tal proteção nas hipóteses de chegada de refugiados em seus territórios nacionais.

Diante das preocupações internacionais relativas ao grande fluxo internacional de pessoas, sobretudo em períodos de conflito interno ou internacional, surgiram, historicamente, algumas organizações que buscaram organizar e coordenar a ajuda prestada aos refugiados, sobretudo depois de já assentados no território de um país. Entre elas, pode-se citar o Alto Comissariado para os Refugiados Russos (1921), o Escritório Nansen para os Refugiados (1930), o Alto Comissariado para os Refugiados (Judeus e outros) Provenientes da Alemanha (1933), o Alto Comissariado da Liga das Nações para os Refugiados (1938), o Comitê Intergovernamental para os Refugiados (1938) e a Organização Internacional para os Refugiados (1946)⁸.

De acordo com Fischel de Andrade⁹, “o *refúgio*, como instituto jurídico *internacional global*, surgiu e evoluiu já no século XX, a partir de 1921, à luz da Liga das Nações e, posteriormente, da Organização das Nações Unidas” (ênfase presente no original). O autor¹⁰ identifica dois grandes períodos históricos de preocupação internacional relativa aos refugiados. Segundo ele,

O primeiro (1921-1938) tem como característica o fato de a proteção vislumbrada ser mormente a concedida a *grupos inteiros* de refugiados, que

⁷ LUZ FILHO, José Francisco Sieber. Non-refoulement: breves considerações sobre o limite jurídico à saída compulsória do refugiado. In: ARAÚJO, Nádia; ALMEIDA, Guilherme Assis (Coord.). *O Direito Internacional dos Refugiados: uma perspectiva brasileira*. 1ª Edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 178.

⁸ A respeito do tema, vide importante obra de José Henrique Fischel de Andrade – *Direito Internacional dos Refugiados: evolução histórica (1921-1952)*. 1ª Edição. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

⁹ ANDRADE, José Henrique Fischel. *Op. cit.*, p. 19.

¹⁰ *Op. cit.*, p. 26-27.



tinham algo em comum: a falta, muitas vezes absoluta, de proteção jurídica, posto muitos terem sido desnacionalizados, em especial os russos. À essa característica de falta de proteção legal – âmbito puramente jurídico –, deve-se aditar a ausência de proteção material àqueles refugiados que formavam categorias afetadas por determinados eventos políticos ou sociais – âmbito social ou humanitário –, e que, por isso, buscavam refúgio, como ocorreu principalmente com os refugiados provenientes da Alemanha.

O segundo período (1938-52) não é marcado tanto pela qualificação coletiva da definição de refugiado, mas sim pela *perspectiva individualista* com que foi cunhado: os refugiados não eram mais definidos em função da origem ou da participação em determinado grupo político, étnico, racial ou religioso: o que passava a contar, a partir dos instrumentos concluídos neste segundo período, eram as convicções pessoais dos refugiados. Essa característica influenciou sobremaneira o início da fase contemporânea da proteção dos refugiados.

Sobre a importância da proteção dos refugiados no plano internacional, Michael Dummett¹¹ lembra que todo ser humano tem direito de se proteger de uma perseguição. Ele afirma que “negar refúgio aos perseguidos é negar-lhes algo que lhes deve; é uma injustiça manifesta” (tradução livre)¹².

Vale ressaltar que a proteção internacional conferida aos refugiados ocorre antes do reconhecimento do refúgio e depois de reconhecida a condição de refugiado ao indivíduo, assim como ela é aplicável ao território estatal ou aos espaços internacionais comuns à humanidade. Dessa forma¹³,

A proteção internacional, função primordial do direito internacional dos refugiados, deve ser garantida e exercida pelo Estado que

¹¹ DUMMETT, Michael. *Sobre inmigración y refugiados*. Traducción de Miguel Ángel Coll. 1ª Edición. Madrid: Cátedra, 2004, p. 44.

¹² No original: “*Todo ser humano tiene derecho a ponerse a salvo de la persecución: negar refugio a los perseguidos es negarles algo que se les debe; es una injusticia manifesta*”.

¹³ LUZ FILHO, *Op. cit.*, p. 191-192.



recebe a solicitação do reconhecimento pela condição jurídica do refugiado. Ela deve ser exercida desde o momento em que o indivíduo ultrapassa as fronteiras do Estado do qual sofre perseguição. Enquanto em áreas internacionais a proteção é exercida pela comunidade internacional, a qual deve orientar os atores internacionais envolvidos acerca existência da proteção jurídica. Logo, é inconcebível a existência de um espaço físico fora do Estado perseguidor onde a proteção internacional não se faça presente, não merece consideração a alegação jurídica de que há espaços onde o direito não encontra aplicabilidade, não se pode conceber verdadeiros “estados de natureza” no mais puro modelo hobbesiano-maquiviavélico através do direito.

1.1 A Convenção da ONU Relativa ao Estatuto dos Refugiados

O direito internacional dos refugiados compreende todos os instrumentos jurídico-internacionais que visam proteger tanto o solicitante de refúgio¹⁴ quanto o refugiado cuja condição jurídica já foi reconhecida por algum Estado. Hodiernamente, os principais instrumentos específicos que protegem o refugiado são a Convenção da ONU sobre o Estatuto dos Refugiados (1951)¹⁵ e o Protocolo de Nova Iorque sobre o Estatuto dos Refugiados (1967)¹⁶.

Segundo Luz Filho¹⁷, “a Convenção é o primeiro tratado internacional sobre o tema a ser elaborado após os eventos da Segunda Guerra, de maneira que seu conteúdo reflète a preocupação da comunidade internacional à época”. Guido Soares aduz que a Convenção da ONU Relativa ao Estatuto dos Refugiados nasceu cercada de dificuldades e de concessões, uma vez que sua elaboração ocorreu em plena Guerra Fria para se solucionar as questões

¹⁴ Segundo Luz Filho, uma vez que o indivíduo encontra-se fora do seu território de origem e busca proteção em outro país, a condição de refugiado já existe; resta, apenas, ser reconhecida pelo Estado onde ele se encontra. *Op. cit.*, p. 178.

¹⁵ Incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro por meio do Decreto nº 50.215, de 1961.

¹⁶ Incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro por meio do Decreto nº 70.946, de 1972.

¹⁷ *Op. cit.*, p. 188.



migratórias que tanto preocuparam a Europa no pós Segunda Guerra Mundial. De acordo com o professor¹⁸,

A Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados de 1951 nasceria marcada pelas dificuldades do momento de sua adoção: (a) havia a necessidade de reconhecer-se a situação das pessoas que se tinham beneficiado das normas votadas pela Sociedade das Nações; (b) havia, igualmente, necessidade de precisar a situação daquelas pessoas a quem não fora possível aplicar as normas da Organização Internacional dos Refugiados (essas, por sua vez, sucessoras das normas do Unrra), mas cujos direitos a refúgio não estavam excluídos; (c) as necessidades de regular-se a situação dos refugiados, antes da constituição do Acnur, ou seja, “acontecimentos antes de 1º de janeiro de 1951”. A tais condicionamentos de ordem temporal, que passou a ser denominada de “reserva temporal”, havia, ainda, a questão de definir-se qual a extensão geográfica dos acontecimentos que deram origem à situação de refugiados, ou seja, se acontecimentos ocorridos unicamente na Europa, ou ocorridos na Europa ou alhures (tal fenômeno será incluído na Convenção, como opção dada aos Estados-partes, e passaria a ser conhecido como *limitação* ou *reserva geográfica*). Tais dificuldades, ademais, eram acentuadas pelo posicionamento político dos países do bloco socialista, naquele momento histórico, em que a questão dos direitos humanos, particularmente dos refugiados, apresentavam-se como um dos motivos para a oposição Leste-Oeste, dada a inflexibilidade de não arrendarem-se do conceito de que o tema constituía domínio reservado dos Estados. Uma leitura direta do texto daquela convenção revela um documento recheado de concessões, de alternativas aos Estados, e sobretudo, com a nítida ideia de que se tratava de regulamentação internacional de assunto particular, ou seja, o problema dos refugiados na Europa, que, tão logo resolvido, deixaria exaurida a finalidade daquele ato

¹⁸ SOARES, Guido F. Silva. *Curso de Direito Internacional Público*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 396.



internacional; em suma, uma convenção internacional circunstancial, limitada no tempo e restrita ao espaço europeu, portanto, uma liquidação de assuntos do Entre-Guerras e da Segunda Guerra Mundial, ocorridos na Europa.

Para os fins da Convenção da ONU relativa ao Estatuto dos Refugiados, é considerada *refugiada* a pessoa que

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

A partir da delimitação imposta pela Convenção sobre quem pode ser considerado refugiado para fins do direito internacional, Liliana Jubilut¹⁹ esclarece que “são elementos essenciais da definição de refúgio a perseguição, o bem undado temor, ou justo temor, e a extraterritorialidade”. A autora ainda completa: “São cinco os motivos revistos internacionalmente que asseguram o refúgio: a raça, a nacionalidade, a opinião política, a religião e o pertencimento a um grupo social”²⁰.

A enumeração estrita da Convenção indica que ela não se aplica a qualquer outro caso que fuja à definição mencionada no seu artigo 1º, A, 2, como, por exemplo, à situação crescente dos migrantes ambientais ou de qualquer outra categoria de migrante reconhecida ou não pelo direito internacional, mesmo que o indivíduo apresente fundado temor de perseguição no seu país de origem ou, por qualquer outro motivo, fique impedido de a ele retornar.

Na ocasião do surgimento da atual proteção dos refugiados no âmbito do direito internacional, criou-se também o Alto Comissariado da ONU para os Refugiados (ACNUR) como

¹⁹ JUBILUT, Liliana Lyra. *O direito internacional dos refugiados e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro*. 1ª Ed. São Paulo: Método, 2007, p. 45.

²⁰ *Op. cit.*, p. 113.



reformulação dos organismos até então existentes. Jubilut²¹ demonstra a importância da criação do ACNUR, cujo mandato extrapola aquele estabelecido no âmbito da Liga das Nações:

O estabelecimento do ACNUR inaugurou uma nova fase na proteção internacional dos refugiados. Primeiramente, verificou-se a posituação internacional das fontes do Direito Internacional dos Refugiados, com a *Convenção de 1951 Relativa ao Estatuto dos Refugiados* e com o *Protocolo de 1967 Relativo ao Estatuto dos Refugiados*, o que contribuiu para o início efetivo da sistematização internacional de proteção.

Em segundo lugar houve uma alteração na qualificação do refúgio, visto que, até então, o reconhecimento do *status* de refugiado se dava tão-somente a partir de critérios coletivos, ou seja, concedia-se a proteção para indivíduos que provassem ser membros de um determinado grupo perseguido em função de sua nacionalidade ou etnia, por exemplo, não sendo necessária a comprovação da individualização da perseguição; e que, a partir de então, passou-se a efetivar também tal qualificação a partir de dados de perseguições individuais.

O trabalho do ACNUR não tem sido simples, especialmente na proteção de refugiados que migram para países cuja instabilidade política é permanente. Não obstante, a existência do órgão é de suma importância no que tange ao aspecto prático da proteção internacional da pessoa humana na esfera internacional.

1.2 A Lei nº 9.474 de 1997

Somente após trinta e seis anos da incorporação ao ordenamento jurídico brasileiro da Convenção da ONU Relativa ao Estatuto dos Refugiados é que foi promulgada a Lei nº 9.474, de 1997, para estabelecer procedimentos relativos ao reconhecimento da condição de refugiado no Brasil.

Além de disciplinar o direito dos refugiados, a Lei cria o Comitê Nacional para os Refugiados (Conare), órgão de deliberação coletiva do Ministério da Justiça. A composição do Conare é a seguinte²²:

²¹ *Op. cit.*, p. 27.

²² Conforme artigo 14 da Lei nº 9.474, de 1997.



I - um representante do Ministério da Justiça, que o presidirá;

II - um representante do Ministério das Relações Exteriores;

III - um representante do Ministério do Trabalho;

IV - um representante do Ministério da Saúde;

V - um representante do Ministério da Educação e do Desporto;

VI - um representante do Departamento de Polícia Federal;

VII - um representante de organização não governamental, que se dedique a atividades de assistência e proteção de refugiados no País.

§ 1º O Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados – ACNUR – será sempre membro convidado para as reuniões do Conare, com direito a voz, sem voto.

§ 2º Os membros do Conare serão designados pelo Presidente da República, mediante indicações dos órgãos e da entidade que o compõem.

§ 3º O Conare terá um Coordenador-Geral, com a atribuição de preparar os processos de requerimento de refúgio e a pauta de reunião.

De acordo com o artigo 12 da Lei nº 9.474/97, a competência do Conare é a seguinte:

I - analisar o pedido e declarar o reconhecimento, em primeira instância, da condição de refugiado;

II - decidir a cessação, em primeira instância, ex officio ou mediante requerimento das autoridades competentes, da condição de refugiado;

III - determinar a perda, em primeira instância, da condição de refugiado;

IV - orientar e coordenar as ações necessárias à eficácia da proteção, assistência e apoio jurídico aos refugiados;

V - aprovar instruções normativas esclarecedoras à execução desta Lei.



A Lei nº 9.474/97 não se limitou à definição de refugiado presente na Convenção da ONU relativa ao Estatuto dos Refugiados, ampliando a abrangência daqueles que podem se beneficiar da proteção. Para fins da legislação brasileira (artigo 1º da Lei),

Será reconhecido como refugiado todo indivíduo que:

I - devido a fundados temores de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas encontre-se fora de seu país de nacionalidade e não possa ou não queira acolher-se à proteção de tal país;

II - não tendo nacionalidade e estando fora do país onde antes teve sua residência habitual, não possa ou não queira regressar a ele, em função das circunstâncias descritas no inciso anterior;

III - devido a grave e generalizada violação de direitos humanos, é obrigado a deixar seu país de nacionalidade para buscar refúgio em outro país.

A legislação brasileira adotou a definição ampliada de refugiado proposta na Declaração de Cartagena de 1984²³, que, ao reconhecer como refugiado o indivíduo que sofre grave e generalizada violação de direitos humanos, extrapola a definição prevista na Convenção de 1951 e no Protocolo de 1967.

Vale ressaltar que apenas os Estados são competentes para reconhecer a condição de refugiado segundo suas leis internas e tratados internacionais de que faça parte. Excluem-se do reconhecimento da condição de refugiado os organismos internacionais. A lógica, aqui, é a mesma aplicada à nacionalidade, segundo a qual apenas os Estados estão revestidos de poder para fazer valer o elo político-jurídico dos seus cidadãos.

Sobre a importância do reconhecimento da condição de refugiado àquelas pessoas que se enquadram nas situações descritas pela lei, Jubilit comenta:

²³ Adotada no “*Colóquio sobre Proteção Internacional dos Refugiados na América Central, México e Panamá: Problemas Jurídicos e Humanitários*”, realizado em Cartagena, Colômbia, entre 19 e 22 de Novembro de 1984.



O reconhecimento do *status* de refugiado busca, assim, preservar esses direitos do indivíduo, utilizando, para tanto, critérios objetivos e subjetivos. O reconhecimento do *status* de refugiado se baseia no “bem fundado temor de perseguição”, expressão que traz em si tanto critérios objetivos quanto subjetivos [...].

Os critérios objetivos estão representados pela expressão “bem fundado” e vêm a ser caracterizados pela comparação entre a situação objetiva do país de origem do refugiado com a situação relatada por esse como base de sua solicitação de refúgio. Já o critério subjetivo está presente na expressão “temor de perseguição”, o qual deve ocorrer em função de um dos cinco motivos já mencionados.

1.3 Procedimentos do pedido de refúgio

Os artigos 17 a 20 da Lei nº 9.474/97 indicam os procedimentos pelos quais o estrangeiro fará pedido de reconhecimento de refúgio. Geralmente, o pedido é realizado diante das autoridades migratórias do país: o estrangeiro ingressante no território nacional deverá fazer pedido por escrito ao Departamento de Polícia Federal. Caso o estrangeiro já se encontre no Brasil, poderá fazer pedido também na delegacia de Polícia Federal mais próxima de onde se encontre.

Uma vez realizada, a solicitação de refúgio será então recebida pelo Departamento de Estrangeiros do Ministério da Justiça e enviada à apreciação do Conare, que analisará, em colegiado, cada caso segundo as circunstâncias relatadas pelo solicitante de refúgio e de acordo com informações obtidas sobre a situação do país de origem para identificar se as alegações do solicitante são críveis.

Se o pedido for deferido, o órgão notificará o solicitante e a Polícia Federal para que esta tome as medidas administrativas cabíveis (como emissão de passaporte, caso o refugiado não tenha outro, e o devido cadastro do estrangeiro com emissão do RNE – registro nacional de estrangeiro, já protegido sob a égide da legislação aplicável ao refugiado).

Caso o pedido seja indeferido, caberá recurso dirigido ao Ministro da Justiça, que, em última instância, decidirá pelo



reconhecimento ou não do refúgio²⁴. Vale ressaltar que, enquanto a solicitação de refúgio estiver sob análise, o estrangeiro e sua família deverão receber autorização de residência provisória no país. Caso o recurso ao Ministro da Justiça seja indeferido, o solicitante deverá regularizar sua estada no país ou se retirar do território nacional para evitar deportação.

De todo modo, há sempre a possibilidade de arguição judicial sobre o indeferimento do pedido de refúgio, depois de esgotadas todas as instâncias administrativas²⁵.

1.4 Garantias legais advindas do reconhecimento da condição de refugiado

Tendo sido reconhecida sua condição, o refugiado gozará de todos os direitos e obrigações aplicáveis aos estrangeiros (com as ressalvas legais) e receberá documentação para que tenha regular trânsito no país e possa aqui exercer atividade remunerada²⁶.

No que respeita à esfera internacional (compreendida pela legislação interna), a principal garantia ligada ao direito internacional dos refugiados é o *non-refoulement*, princípio segundo o qual o refugiado não pode ser entregue ao país sobre o qual possui fundado temor de perseguição. Consoante informa Luz Filho²⁷,

Compreende-se como o princípio do *non-refoulement* um princípio de direito internacional dos refugiados segundo o qual o solicitante de refúgio não poderá

²⁴ Conforme artigos 29 e 31 da Lei nº 9.474/97: Artigo 29 – “No caso de decisão negativa, esta deverá ser fundamentada na notificação ao solicitante, cabendo direito de recurso ao Ministro de Estado da Justiça, no prazo de quinze dias, contados do recebimento da notificação”. Artigo 31 – “A decisão do Ministro de Estado da Justiça não será passível de recurso, devendo ser notificada ao CONARE, para ciência do solicitante, e ao Departamento de Polícia Federal, para as providências devidas”.

²⁵ A chamada “Judicialização do Refúgio” é relativamente incomum no Brasil, mas é possível na prática jurídica nacional. Sobre o tema vide: Ação Ordinária no 2007.70.00.025627-1. 2ª Vara Federal – PR; Ação Ordinária nº 2007.70.00.029163-5. 5ª Vara Federal – PR; e Ação Ordinária nº 2006.42.00,001 1 8 6-0 – 2ª Vara Federal - Seção Judiciária de Roraima.

²⁶ A esse respeito, os artigos 5º e 6º da Lei nº 9.474/97 indicam: Artigo 5º – “O refugiado gozará de direitos e estará sujeito aos deveres dos estrangeiros no Brasil, ao disposto nesta Lei, na Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados de 1951 e no Protocolo sobre o Estatuto dos Refugiados de 1967, cabendo-lhe a obrigação de acatar as leis, regulamentos e providências destinados à manutenção da ordem pública”. Artigo 6º – “O refugiado terá direito, nos termos da Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados de 1951, a cédula de identidade comprobatória de sua condição jurídica, carteira de trabalho e documento de viagem”.

²⁷ *Op. cit.*, p. 179.



ser encaminhado a um país onde o mesmo possa sofrer, ou já sofre, uma perseguição ameaçadora ou violadora de seus direitos fundamentais.

O *non-refoulement* refere-se essencialmente à impossibilidade de recair sobre o refugiado medidas compulsórias para sua retirada do território nacional²⁸, salvo em se tratando de estrangeiro nocivo que atente contra a segurança nacional e a ordem pública, situação em que o próprio reconhecimento da condição de refugiado será revogado. Ao mesmo tempo, o *non-refoulement* é instrumento de proteção internacional dos direitos humanos que visa proteger o refugiado no território do país que o acolheu.

A Convenção da ONU relativa ao Estatuto dos Refugiados informa a respeito do *non-refoulement*:

Artigo 32.1 – Os Estados Contratantes não expulsarão um refugiado que esteja regularmente no seu território, senão por motivos de segurança nacional ou de ordem pública.

Artigo 33 – Nenhum dos Estados Contratantes expulsará ou rechaçará, de forma alguma, um refugiado para as fronteiras dos territórios em que sua vida ou liberdade seja ameaçada em decorrência da sua raça, religião, nacionalidade, grupo social a que pertença ou opiniões políticas.

A Lei n° 9.474/97 incorporou o *non-refoulement* em artigos distintos, a saber:

Artigo 7° – § 1° Em hipótese alguma será efetuada sua deportação para fronteira de território em que sua vida ou liberdade esteja ameaçada, em virtude de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opinião política.

Artigo 33 – O reconhecimento da condição de refugiado obstará o seguimento de qualquer

²⁸ Que são compreendidas como repatriamento, deportação, expulsão e extradição. Sobre o tema, vide Jacob Dolinger (*Direito Internacional Privado* – parte geral) que apresenta boa conceituação dos quatro institutos.



pedido de extradição baseado nos fatos que fundamentaram a concessão de refúgio.

Artigo 36 – Não será expulso do território nacional o refugiado que esteja regularmente registrado, salvo por motivos de segurança nacional ou de ordem pública.

Artigo 37 – A expulsão de refugiado do território nacional não resultará em sua retirada para país onde sua vida, liberdade ou integridade física possam estar em risco, e apenas será efetivada quando da certeza de sua admissão em país onde não haja riscos de perseguição.

Carvalho Ramos²⁹ identifica três situações com as quais o solicitante de refúgio (ou o refugiado) pode ser deparar, que constituem “testes” ao *non-refoulement*: (i) a arbitrariedade na zona de fronteira; (ii) a perseguição por parte de agentes privados; e (iii) a extradição de refugiados.

Diante da dificuldade de se fiscalizar a conduta dos agentes federais de fronteira a respeito da permissão de entrada de solicitantes de refúgio no território brasileiro, Carvalho Ramos³⁰ cita jurisprudência que evidencia o problema que segue sem fiscalização pelo poder público:

[...] há importante precedente do TRF-3ª Reg., em *habeas corpus* preventivo interposto por familiares no Brasil de chineses integrantes da seita Falun Gong. O *habeas corpus* foi impetrado visando à obtenção de salvo conduto permitindo o ingresso de estrangeiros chineses sem visto de entrada no país para formalizarem pedido de refúgio. No *writ* revelou-se a conduta de agentes policiais federais no Aeroporto de Guarulhos (São Paulo, o maior do Brasil) de considerarem “falso” o pedido de refúgio feito, ou seja, um mero disfarce para entrada irregular no território nacional, levando a deportação imediata ainda na zona primária de fronteira. No entender do TRF-3ª Reg.,

²⁹ CARVALHO RAMOS, André. O princípio do *non-refoulement* no direito dos refugiados: do ingresso à extradição. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 99, volume 892, fevereiro de 2010, p. 357-369.

³⁰ *Op. cit.*, p. 358-359.



ao prover o recurso, não se tratava de obter o refúgio pela via judicial, mas tão somente “o que se pretende é conseguir formalizar o pedido de refúgio, nos termos dos arts. 1º, I, 7º e 8º da Lei 9.474, de 22.07.1997 e somente no bojo do procedimento relativo ao processo de refúgio é que se deverá averiguar o atendimento ou não das condições necessárias à obtenção do refúgio”.

No que tange à perseguição por agentes privados, preocupante é a situação descrita por Carvalho Ramos³¹ a respeito de indeferimentos em massa de solicitações de refúgio de ciganos romenos no ano de 2000:

No Brasil, cabe mencionar as decisões do Conare não reconhecendo o estatuto de refugiados aos ciganos romenos em 2000. Pesou na decisão do órgão que a recém-democratizada Romênia, parte da Convenção Europeia de Direitos Humanos, não perseguia mais os seus nacionais de origem cigana e que poderia oferecer proteção suficiente contra eventuais perseguições de agentes privados. A situação ficou dramática pelos números: a Pastoral do Migrante de São Paulo encaminhou pedido de providências ao Ministério Público Federal no Estado de São Paulo relatando que as solicitações de refúgio de ciganos romenos haviam sido “sistematicamente indeferidas”. O Serviço da Pastoral do Migrante, no mesmo pedido ao Ministério Público, relatou que havia já encaminhado 56 solicitações, todas indeferidas, e possuía informações de outras dezenas na mesma situação.

O Ministério Público encontrou indícios de perseguição, salientando que “a situação de perseguição étnica na Romênia, contra os ciganos, não fosse a sua notoriedade (nesse passo, reportagem do jornal *O Estado de S. Paulo*, do dia 03.12.2000, intitulada ‘Romênia não consegue livrar-se do totalitarismo’), vem também atestada por vários organismos

³¹ *Op. cit.*, p. 361-362.



internacionais de proteção aos Direitos Humanos, tais como o *European Roma Rights Center* e *Helsinki Watch* do *Human Rights Watch*, e analisada minudentemente pelo antropólogo holandês radicado no Brasil, Frans Moonen [...]”. Assim, o *Parquet* federal recomendou a reanálise pelo Conare dos casos dos ciganos, mas, naquela altura, as deportações e o escape à clandestinidade por parte dos próprios ciganos já haviam ocorrido.

Outra questão tratada por Carvalho Ramos e que será objeto de análise adiante, é da possibilidade de o refugiado ser extraditado. Segundo informa o princípio do *non-refoulement*, a resposta é negativa. Porém, no que respeita a análise do STF em matéria de extradição de refugiados, a relação entre as obrigações internacionais do Brasil e a atuação do Tribunal nem sempre é harmoniosa.

2. EXTRADIÇÃO

A extradição é um conhecido instrumento de cooperação jurídica internacional que trata de retirada compulsória de estrangeiro por solicitação de Estado que é competente para processá-lo ou para puni-lo.

A respeito das funções do instituto da extradição, Mirtô Fraga³² ensina:

A extradição não é pena, mas um instrumento de cooperação internacional na repressão ao crime. As leis e tratados sobre extradição não têm por finalidade direta a punição; objetivam, antes, tornar possível a punição, propiciando meios e formas necessárias à entrega dos criminosos que escapam à jurisdição do Estado, competente para puni-los, como adverte Dardeau de Carvalho. Para ele, com razão, as normas que regulam a extradição se aproximam “das normas de processo penal, que nada mais é do que o conjunto de meios e formas que têm por fim a aplicação da lei penal nos casos concretos”.

³² FRAGA, Mirtô. *O Novo Estatuto do Estrangeiro comentado*: Lei n° 6.815, de 19.8.80, alterada pela Lei n° 6.924, de 9.12.81. 1ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 290, item 11.



Segundo Dugard e Vand den Wyngaert³³, o instituto da extradição é um misto de direito internacional e direito interno. Para os autores, “os tratados podem prever a entrega, entre Estados, de criminosos fugitivos, mas a lei local é que determina, de acordo com o tratado de extradição, se o fugitivo será entregue” (tradução livre)³⁴.

De acordo com Rodrigues Coelho³⁵,

A extradição é o ato da vontade soberana de um Estado que entrega à justiça repressiva de outro Estado um indivíduo, por este perseguido e reclamado, como acusado ou já condenado por determinado fato sujeito à aplicação da sua lei penal.

Por seu turno, Jacob Dolinger³⁶ afirma:

Extradição é o processo pelo qual um Estado atende ao pedido de outro Estado, remetendo-lhe pessoa processada no país solicitante por crime punido na legislação de ambos os países, não se extraditando, via de regra, nacional do país solicitado.

A respeito das funções do instituto da extradição, Artur Gueiros Souza assinala:

Quem se debruça sobre o estudo das extradições, tanto no direito brasileiro quanto no estrangeiro, percebe dois grandes valores que se projetam, em nítido antagonismo: de um lado, o postulado de se otimizar, com eficácia e celeridade, a chamada *cooperação internacional em matéria penal*; de outro, a

³³ DUGARD, John; VAN DEN WYNGAERT, Christine. Reconciling Extradition with Human Rights. *The American Journal of International Law*, Vol. 92, n° 2 (April, 1998), p. 188.

³⁴ No original: “Extradition is a blend of international and national law. Treaties may provide for the rendition of criminal fugitives between states, but it is for municipal law to determine whether the fugitive is to be surrendered in accordance with the extradition treaty”.

³⁵ RODRIGUES, Manoel Coelho. *A Extradição no Direito Brasileiro e na Legislação Comparada*. 1ª Edição. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1930, tomo I, p. 3. *Apud* FRAGA, Mirtô. *Op. cit.*, p. 286, item 4.

³⁶ DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado – parte geral*. 8ª Edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 241.





obrigação que compete ao Estado, de fazer valer, aos que se encontram sob sua tutela, os *direitos inerentes à condição humana*.

Tendo em conta que a superação desse antagonismo faz-se necessária para um Estado que queira integrar-se ao concerto das nações, costumou-se delegar ao judiciário a tarefa de compatibilizar tais valores, por intermédio de um procedimento que tenha por fim o pronunciamento sobre a viabilidade, ou não, de determinado pedido de extradição.

Sem embargo, o posicionamento do Poder Judiciário em tal matéria não prescinde, no nosso entender, de um decisivo respeito ao cânone do devido processo legal, compreendido como a garantia de validade e regularidade das relações processuais, na busca de adequação do *jus libertatis* ao *jus puniendi*, máxime em sua manifestação transnacional.

No Brasil, a extradição será realizada necessariamente sobre estrangeiro³⁷ com pedido formal realizado por outro Estado a partir de uma conduta criminal imputada ao indivíduo que se quer ver extraditado.

Por comportar fases no Executivo e no Judiciário, a extradição é um ato de natureza mista. A esse respeito, Mirtô Fraga³⁸ esclarece:

A concessão da extradição é ato do Governo, embora subordinado àquele exame da Corte Suprema, quanto à legalidade e procedência do pedido. O procedimento relativo à extradição compreende três fases, duas governamentais e uma judiciária. A primeira se inicia com o recebimento do pedido e se encerra com seu encaminhamento ao Supremo Tribunal Federal; a segunda é a fase judiciária, em que a Corte Suprema examina o pedido, quanto à sua legalidade e procedência; a terceira, na qual o Governo procede à entrega ou, se indeferida pelo Judiciário, comunica o fato ao Estado interessado.

³⁷ Uma vez que a Constituição veda a extradição de nacionais.

³⁸ *Op. cit.*, p. 291-292.

Em decorrência de disposição constitucional³⁹, o pedido de extradição fica sujeito à análise da legalidade por parte do STF, de acordo com os requisitos que se impõem sobre o pedido extradicionai.

2.1 Requisitos da Extradição

Érik Gamstrup⁴⁰ indica como princípios atinentes à extradição: (i) princípio da prevalência dos tratados; (ii) princípio da reciprocidade; (iii) princípio da legalidade; (iv) princípio da não extradição de nacionais; (v) princípio da dupla tipificação; (vi) princípio da preferência da jurisdição nacional; (vii) princípio da jurisdição do Estado requerente; (viii) princípio do *ne bis in idem*; (ix) princípio da exclusão dos crimes não comuns; (x) princípio da comutação; e (xi) princípio da especialidade.

Alguns desses princípios são citados no artigo 77 da Lei nº 6.815/80⁴¹. De qualquer forma, a legislação brasileira não especificou em rol único quais os requisitos sob os quais a extradição (especialmente a ativa) será realizada. Para que se verifiquem tais requisitos, deve-se recorrer concomitantemente ao Estatuto do Estrangeiro (Lei nº 6.815/80), à Constituição Federal e ao Regimento Interno do STF (artigos 207 a 214⁴²).

³⁹ Artigo 102, I, g, que diz: “Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: processar e julgar, originariamente, a extradição solicitada por Estado estrangeiro”.

⁴⁰ In: FREITAS, Vladimir Passos (Coord.). *Comentários ao Estatuto do Estrangeiro e Opção de Nacionalidade*. 1ª Edição. Campinas: Millenium, 2006, p. 169-171.

⁴¹ De acordo com o artigo 77: “Não se concederá a extradição quando: I - se tratar de brasileiro, salvo se a aquisição dessa nacionalidade verificar-se após o fato que motivar o pedido; II - o fato que motivar o pedido não for considerado crime no Brasil ou no Estado requerente; III - o Brasil for competente, segundo suas leis, para julgar o crime imputado ao extraditando; IV - a lei brasileira impuser ao crime a pena de prisão igual ou inferior a 1 (um) ano; V - o extraditando estiver a responder a processo ou já houver sido condenado ou absolvido no Brasil pelo mesmo fato em que se fundar o pedido; VI - estiver extinta a punibilidade pela prescrição segundo a lei brasileira ou a do Estado requerente; VII - o fato constituir crime político; e VIII - o extraditando houver de responder, no Estado requerente, perante Tribunal ou Juízo de exceção. § 1º A exceção do item VII não impedirá a extradição quando o fato constituir, principalmente, infração da lei penal comum, ou quando o crime comum, conexo ao delito político, constituir o fato principal”.

⁴² Artigo 207 – “Não se concederá extradição sem prévio pronunciamento do Supremo Tribunal Federal sobre a legalidade e a procedência do pedido, observada a legislação vigente”. Artigo 208 – “Não terá andamento o pedido de extradição sem que o extraditando seja preso e colocado à disposição do Tribunal”. Artigo 209 – “O Relator designará dia e hora para o interrogatório do extraditando e requisitará a sua apresentação”. Artigo 210 – “No interrogatório, ou logo após, intimar-se-á o defensor do extraditando para apresentar defesa escrita no prazo de dez dias. § 1º O Relator dará advogado ao extraditando que não o tiver, e curador, se for o caso. § 2º Será substituído o defensor, constituído ou dativo, que não apresentar a defesa no prazo deste artigo”. Artigo 211 – “É facultado ao Relator delegar o interrogatório do extra-

Gamstrup⁴³ procura descrever o que ele chama de “condições positivas” e de “condições negativas” do procedimento extradicional. São elas:

a) *Condições positivas*: Tipicidade do fato tanto perante o direito interno do Estado requerente, quanto do Estado requerido; caráter penal comum da infração; cometimento do crime sujeito à jurisdição do Estado estrangeiro; sentença condenatória definitiva ou ordem de prisão emitida pela autoridade competente estrangeira.

b) *Condições negativas*: Não se tratar de infração de baixo potencial ofensivo, bem de simples contravenção; inexistência de pedido anterior denegado, pelo mesmo fato; não concorrer competência da autoridade judiciária brasileira, nem haver condenação no Brasil; não se tratar de crime político ou de opinião (a admitir asilo); a prescrição; não se tratar de brasileiro nato ou naturalizado, neste último caso, fora das ressalvas constitucionais.

Segundo o autor, esses “pré-requisitos ora dizem respeito à pessoa do extraditando (ex: ser estrangeiro), ora ao processo (ex: litispendência ou condenação definitiva no exterior; competência da justiça do Estado requerente), ora ao próprio fato ilícito (ex: a exigência de revestir-se de certa gravidade)”⁴⁴. E prossegue⁴⁵:

Ainda, sob outro ponto de vista, pode-se dizer que alguns pressupostos são *inexoráveis* ou *insupríveis* (ex: não ser o extraditando brasileiro nato; em caso algum há de ser extraditado) e que outros são *superáveis* ou *supríveis*. Dentre estes últimos estão:

ditando a juiz do local onde estiver preso. Parágrafo único. Para o fim deste artigo, serão os autos remetidos ao juiz delegado, que os devolverá, uma vez apresentada a defesa ou exaurido o prazo”. Artigo 212 – “Junta a defesa e aberta vista por dez dias ao Procurador-Geral, o Relator pedirá dia para julgamento. Parágrafo único. O Estado requerente da extradição poderá ser representado por advogado para acompanhar o processo perante o Tribunal”. Artigo 213 – “O extraditando permanecerá na prisão, à disposição do Tribunal, até o julgamento final”. Artigo 214 – “No processo de extradição, não se suspende no recesso e nas férias o prazo fixado por lei para o cumprimento de diligência determinada pelo Relator ou pelo Tribunal”.

⁴³ *Op. cit.*, p. 173.

⁴⁴ *Idem*.

⁴⁵ *Ibidem*.



a) natureza da sanção – o extraditando pode ser entregue se o Estado requerente assumir o compromisso de comutar a pena de morte;
b) a impossibilidade de entrega a um terceiro Estado – pode ser objeto de transação. A imposição da pena de prisão perpétua não foi cogitada pela lei, nem pela Constituição. Assim, fica a dúvida: diante do banimento da pena de morte, da perpétua e das cruéis, seria compatível com a Constituição da República a entrega nas últimas hipóteses? O tema já foi debatido pelo Supremo Tribunal Federal, com divergências de opinião e resultado, por enquanto, positivo.

O pedido de extradição será realizado por via diplomática com a instrução de todos os documentos (em tradução juramentada) necessários para comprovar que o país requerente tem competência para julgar o extraditando ou que já o condenou por crime sob sua jurisdição.

O artigo 80 da Lei nº 6.815/80 prevê expressamente:

A extradição será requerida por via diplomática ou, na falta de agente diplomático do Estado que a requerer, diretamente de Governo a Governo, devendo o pedido ser instruído com a cópia autêntica ou a certidão da sentença condenatória, da de pronúncia ou da que decretar a prisão preventiva, proferida por Juiz ou autoridade competente. Esse documento ou qualquer outro que se juntar ao pedido conterà indicações precisas sobre o local, data, natureza e circunstâncias do fato criminoso, identidade do extraditando, e, ainda, cópia dos textos legais sobre o crime, a pena e sua prescrição.

Segundo Carmen Tibúrcio⁴⁶,

O Estatuto do Estrangeiro prevê que o pedido de extradição deve ser enviado ao Brasil por via diplomática ou diretamente pelo governo estrangeiro, o que exclui a possibilidade de

⁴⁶ TIBÚRCIO, Carmen. *Temas de Direito Internacional*. 1ª Edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 239.



pedidos formulados por autoridade judiciária ou administrativa estrangeira. Assim, nos países onde a autoridade judiciária é a competente para solicitar a extradição, o pedido deve ser ratificado pelo governo estrangeiro.

Para que se processe o pedido extradicional na forma passiva⁴⁷, depois de recebido o pedido, deve-se procurar o primeiro quesito: a existência de tratado bi ou multilateral de extradição entre o país requerente e o requerido. Na ausência do tratado, os países podem, discricionariamente, aplicar a promessa de reciprocidade para casos futuros, entre eles, a respeito da extradição. O Brasil filia-se à ideia de que, ausente o tratado, a reciprocidade pode ser invocada para fins de extradição⁴⁸.

Assim como ocorre nos tratados sobre transferência de presos⁴⁹, o tratado de extradição não é vinculante como forma de promover a extradição, mas, apenas, para gerar o dever de análise do pedido extradicional à luz do ordenamento jurídico do país requerido⁵⁰. Por isso, é equivocada a interpretação de que, uma vez solicitada a extradição com base em tratado, ela é obrigatória. Ora, se assim fosse, não seria necessário fazer sobre ela exame de legalidade face à legislação interna (para que se garanta a prevalência, em última instância, dos direitos humanos) – bastaria que a extradição se procedesse, diante do Executivo, e que o Judiciário atuasse apenas quando provocado por *habeas corpus*.

2.2 Extradição vs. Direito dos Refugiados

Por força tanto da legislação nacional sobre refugiados quanto dos princípios de direito internacional que regem a matéria,

⁴⁷ Será passiva a extradição em que o país é demandado à entrega de um indivíduo e ativa quando ele solicita a extradição.

⁴⁸ De acordo com o artigo 76 da Lei n° 6.815/80, “a extradição poderá ser concedida quando o governo requerente se fundamentar em tratado, ou quando prometer ao Brasil a reciprocidade”.

⁴⁹ Sobre o tema, Artur de Brito Gueiros Souza (2007, p. 265) afirma: “Não se cria, com tratados nessa matéria, uma *obrigação de transferência*, mas, apenas, um *dever de analisar pedidos de transferência*. Em suma, o Estado brasileiro continua soberano para acatar ou não a solicitação que lhe foi dirigida e, acresça-se, sequer necessita fundamentar eventual indeferimento da transferência”.

⁵⁰ É o que afirma Matthew Murchison *in*: *Extradition's Paradox: duty, discretion, and rights in the world of non-inquiry*. *Stanford Journal of International Law*, n. 43, vol. 295, 2007, p. 297.

o refugiado não pode ser submetido ao pedido extradicional ou definitivamente extraditado do país, caso o pedido de extradição seja baseado nos mesmos motivos que ensejaram o reconhecimento do refúgio.

De acordo com o direito internacional e a legislação interna específica (Lei nº 9.474/97), a condição de refugiado é causa impeditiva de extradição. No entanto, o artigo 77 da Lei nº 6.815/80, que indica situações impeditivas da extradição, não cita, entre elas, a própria condição de refugiado, como tampouco o faz a Constituição Federal.

Por esse motivo, os ministros do STF relutam em aceitar o imperativo das normas de proteção internacional da pessoa humana e a responsabilidade internacional do Brasil sobre os refugiados como fatores excludentes de sua decisão sobre o pedido extradicional. Frequentemente, invocam o princípio da separação de poderes para julgar tais pedidos extradicionais e até mesmo para revisar o ato administrativo de reconhecimento de refúgio, em clara dissonância com o pacto federativo que defendem.

No que tange à extradição, diante do direito dos refugiados, essa somente será considerada legítima, para o direito interno e o direito internacional, caso o pedido extradicional seja feito sobre situação diversa daquela que ensejou o reconhecimento da condição de refugiado.

A respeito do assunto, Luz Filho⁵¹ argumenta:

Na hipótese de o Estado brasileiro receber o pedido de extradição, sendo o indivíduo que se pretenda extraditar já reconhecido como refugiado em território nacional, caberá uma análise dos fundamentos do pedido, vale ressaltar, se este, o fundamento do pedido, confundir-se com a cláusula de exclusão (artigo 3º da Lei 9.474/97), esta última produzirá seus efeitos cobrindo de legalidade o processo extraditório. Em caso contrário, isto é, o pedido de extradição fundamenta-se no fato que deu origem ao refugiado, estar-se-á diante de violação ao princípio do *non-refoulement*.

⁵¹ *Op. cit.*, p. 205.



A Convenção da ONU Relativa ao Estatuto dos Refugiados⁵² indica que seus Estados-membros devem negar o reconhecimento da condição de refugiado às pessoas que

- a) cometeram um crime contra a paz, um crime de guerra ou um crime contra a humanidade, no sentido dado pelos instrumentos internacionais elaborados para prever tais crimes;
- b) cometeram um crime grave de direito comum fora do país de refúgio antes de serem nele admitidas como refugiados.

Corroborando essa restrição, no direito brasileiro o artigo 3º, III, da Lei nº 9.474/97 afirma que “não se beneficiarão da condição de refugiado os indivíduos que tenham cometido crime contra a paz, crime de guerra, crime contra a humanidade, crime hediondo, participado de atos terroristas ou tráfico de drogas”. Permitindo, dessa maneira, o não reconhecimento da condição de refugiado (e a consequente aplicabilidade de qualquer medida compulsória contra o estrangeiro) que tenha cometido esses crimes específicos.

Ao inserir a expressão “crimes hediondos”, a legislação brasileira extrapolou os dizeres da Convenção e abriu margem para que quaisquer crimes considerados hediondos pela legislação específica e infraconstitucional brasileira impliquem no não reconhecimento da proteção do refúgio e na consequente possibilidade de extradição do estrangeiro.

Resta saber, na prática, como fica a situação em que o pretense refugiado busca abrigo no país sob o argumento de perseguição política, na qual lhe são imputados quaisquer dos crimes considerados hediondos pela legislação brasileira. A esse respeito, adianta-se que nem o próprio STF tem tido entendimento unânime sobre o tema.

De qualquer forma, caso se procedesse à extradição de refugiado com base em causas distintas daquelas que motivaram o reconhecimento do refúgio, o indivíduo não deveria ser entregue ao Estado no qual sofre fundado temor de perseguição ou a nenhum Estado que possa entregá-lo àquele país, sob pena de a proteção internacional ter-se esvaziado.

Relativamente à prática jurídica brasileira, três momentos distintos devem ser analisados a respeito da extradição de refugiados,

⁵² No seu artigo 1º, letra F.



os dois primeiros ocorridos na esfera do Judiciário e, o último, já no Executivo: (i) a suspensão do processo extradicional enquanto não decidido em definitivo o pedido de refúgio; (ii) a extinção do processo extradicional sem julgamento do mérito, uma vez concedido o refúgio; e (iii) a extradição, propriamente dita, do refugiado.

A seguir, tratar-se-ão dos motivos ocorridos na esfera do Judiciário, quais sejam, da suspensão e da extinção do processo extradicional.

2.3 A suspensão do processo extradicional a partir do pedido de refúgio

A suspensão do processo extradicional não é expediente incomum, embora sejam de trabalhosa enumeração as causas que ensejam suspensão temporária do processo, uma vez que cada caso concreto demandará a análise do STF sobre sua viabilidade, segundo as normas processuais. Não obstante, a jurisprudência mostra que as causas mais comuns de suspensão do processo de extradição, quando em trâmite no STF, sejam devidas a questões formais relativas à instrução do processo.

Vicente Greco Filho⁵³ assim exprime acerca dos efeitos da suspensão do processo:

Durante o tempo de suspensão, o processo, apesar de se manter o vínculo jurídico entre as partes e o juiz, está latente e inerte. É proibida a prática de qualquer ato processual, salvo atos urgentes, a fim de evitar dano irreparável. O ato praticado durante a suspensão, salvo o caso de emergência, é nulo. A suspensão do processo acarreta, automaticamente, a suspensão dos prazos, os quais voltam a correr pelo que lhes sobrar quando o processo retomar seu andamento.

Em relato de 1909, Arthur Briggs⁵⁴ indicava que as causas suspensivas da extradição (sem prejuízo futuro para entrega do criminoso) seriam: (a) estar o extraditando respondendo a processo ou cumprindo sentença no país requerido por crime diverso daquele

⁵³ GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. 17ª Edição. São Paulo: Saraiva, volume 2, 2006, p. 63.

⁵⁴ BRIGGS, Arthur. *Extradição*. 1ª Edição. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1909, p. 69-79.



que motivou o pedido de extradição; (b) insuficiência de provas quanto à conduta criminosa imputada ao extraditando; (c) estar o extraditando gravemente enfermo; (d) estar o extraditando em local incerto e não sabido; e (e) até julgamento final de pedido de *habeas corpus* do extraditando.

Uma vez que inexistente disposição no Código de Processo Civil a respeito da suspensão do processo extradicional pela superveniência do pedido de refúgio, a jurisprudência do STF mostra que não há unanimidade em fazê-lo entre os ministros do STF ou entre os procuradores-gerais que já atuaram nos casos envolvendo extradição de solicitante de refúgio ou de refugiado. Ademais, alguns desses (ministros e procuradores) chegaram a suscitar uma possível inconstitucionalidade de menção específica sobre o tema na Lei nº 9.474/97, que já foi declarada constitucional, em seu conjunto, pelo pleno do STF⁵⁵.

Apesar das opiniões discordantes de ministros e procuradores-gerais, na maioria das vezes tem prevalecido a disposição legal a respeito do tema. Consoante o artigo 34 da Lei nº 9.474/97: “a solicitação de refúgio suspenderá, até decisão definitiva, qualquer processo de extradição pendente, em fase administrativa ou judicial, baseado nos fatos que fundamentaram a concessão de refúgio”.

A suspensão temporária do processo extradicional em virtude de pendente decisão final sobre pedido de refúgio já foi aplicada em algumas ocasiões pelo STF⁵⁶, inclusive no polêmico caso *Battisti*⁵⁷.

Diante da solicitação de refúgio endereçada ao Conare ou, em grau de recurso, ao Ministro da Justiça, aplicam-se os artigos 265, IV, *b* e 462, ambos do Código de Processo Civil, que prescrevem, respectivamente: “suspende-se o processo quando a sentença de mérito não puder ser proferida senão depois de verificado determinado fato, ou de produzida certa prova, requisitada a outro juízo” e “se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento da lide, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a sentença”.

⁵⁵ Extradição 1008-5. Relator para o Acórdão: Ministro Sepúlveda Pertence. Julgamento: 21/03/2007.

⁵⁶ Como na já citada Extradição 1008-5. Relator para o Acórdão: Ministro Sepúlveda Pertence. Julgamento: 21/03/2007.

⁵⁷ Conforme relatório do Ministro Cezar Peluso na Extradição 1085. Julgamento: 16/12/2009.



Muito pertinentemente, Greco Filho⁵⁸ ensina a respeito da suspensão do processo consoante o artigo 265, IV, *b* do Código de Processo Civil:

O caso da letra *b* (a sentença não pode ser proferida senão depois de verificado determinado fato ou de produzida certa prova, requisitada a outro juízo) não é de fato de prejudicial, mas de questão *preliminar*. A preliminar é toda questão anterior à decisão definitiva e que impede o conhecimento do mérito. É diferente, portanto, da questão prejudicial, que é uma relação jurídica logicamente antecedente, que condiciona a decisão final de mérito. A preliminar, que pode ser das mais diversas naturezas, [...] impede que o juiz se pronuncie sobre o mérito da causa.

2.4 A condição de refugiado como óbice ao seguimento do processo extradicional

Embora inexista qualquer disposição processual específica no Código de Processo Civil a respeito do impedimento do decurso do processo extradicional por causa superveniente de refúgio, a Lei nº 9.474/97 trouxe disposição sobre o tema, que vem continuamente sendo ignorada pelo STF diante da sua competência expressa no artigo 102, I, *g* da Constituição Federal.

No início do século passado, Briggs⁵⁹ mencionava como causas que prejudicariam ou anulariam os pedidos de extradição: (a) ser o criminoso nacional do país requerido; (b) a inexistência de tratado de extradição⁶⁰; (c) não estar o crime previsto no tratado de extradição⁶¹; (d) perda de prazo para apresentação dos documentos instrutórios do processo extradicional; (e) ser o crime de caráter político; (f) estar prescrita a ação ou a pena; (g) estar o extraditando respondendo pelo mesmo crime ou já ter cumprido pela, em terceiro país, pelo qual sua extradição é solicitada; (h) morte do extraditando; (i) concessão de *habeas corpus*; (j) o crime ter sido cometido após a naturalização do

⁵⁸ *Op. cit.*, p. 66-67.

⁵⁹ *Op. cit.*, p. 81-93.

⁶⁰ Hodiernamente, aceita-se o compromisso da reciprocidade mesmo diante de ausência de tratado bi ou multilateral sobre o tema. À época retratada por Briggs, o compromisso de reciprocidade deveria ser submetido ao crivo do Congresso Nacional por força de disposição constitucional.

⁶¹ Atualmente, é mais comum os tratados informarem que a conduta deve ser considerada criminosa no país solicitante. Na época em que Briggs escreveu sua obra (1909), os crimes sujeitos à extradição costumavam ser numericamente mencionados nos tratados de extradição.



extraditando no país requerido; e (k) o crime ter sido cometido antes da naturalização do extraditando no país requerido.

Por força do direito internacional, caso ao estrangeiro seja reconhecida a condição de refugiado, seja por parte do Conare ou do Ministro da Justiça, ele não poderá ser retirado compulsoriamente do território nacional enquanto perdurar a proteção concedida pela legislação brasileira. Tal proibição insere-se no princípio do *non-refoulement*, que veda quaisquer medidas compulsórias realizadas contra refugiado para o país onde o estrangeiro sofre fundado temor de perseguição.

O artigo 33 da Lei nº 9.474/97 indica que “o reconhecimento da condição de refugiado obstará o seguimento de qualquer pedido de extradição baseado nos fatos que fundamentaram a concessão de refúgio”.

No mesmo sentido, o artigo 33 da Convenção da ONU sobre o Estatuto dos Refugiados afirma que “nenhum dos Estados Contratantes expulsará ou rechaçará, de forma alguma, um refugiado para as fronteiras dos territórios em que sua vida ou liberdade seja ameaçada em decorrência da sua raça, religião, nacionalidade, grupo social a que pertença ou opiniões políticas”.

Embora a disposição convencional aplique o termo “expulsão” e não “extradição” e considerando-se que, no Brasil, os dois institutos são distintos, a lógica da Convenção é a mesma daquela descrita na Lei nº 9.474/97: uma vez reconhecida a condição de refugiado ao estrangeiro, este não poderá ser compulsoriamente retirado do território nacional enquanto perdurar a condição de refugiado.

Apesar de muito relutante, a jurisprudência do STF também se pronunciou sobre o tema, a saber⁶²:

[...] depreendo que a concessão do *status* de refugiado, na hipótese em questão, deu-se de forma legal e isenta de qualquer mácula que a invalide.

Tenho que tais exceções à extradição do agente refugiado não se fizeram presentes. Desvela-se, portanto, o princípio do *non refoulement*, o qual merece prestígio e acolhimento.

Assim, não mais vislumbro a viabilidade do processamento da extradição justamente pela ausência de pressuposto válido ao desenvolvimento regular do feito.

⁶² Extradção 1.170. Relatora Ministra Ellen Gracie. Julgamento: 18/03/2010.

[...]

Ante o exposto, DECLARO extinto sem resolução de mérito o presente processo de extradição. Como corolário lógico e, na esteira da manifestação da douta Procuradoria Geral da República, revogo a prisão preventiva outrora decretada nestes autos.

Em que pese a legislação processual, o Código de Processo Civil enuncia no seu artigo 267, IV: “extingue-se o processo, sem resolução de mérito quando se verificar a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo”. Ora, se o extraditando, no curso do processo, recebe sobre si o escudo do *non-refoulement* via reconhecimento da condição de refugiado, o processo extradicional, se baseado nos fatos que motivaram o reconhecimento do refúgio, fazem com que o processo judicial perca seu objeto (uma vez que, de acordo com o CPC, constitui-se fato impeditivo da ação) e, portanto, deva ser extinto sem julgamento de mérito.

Por isso, uma vez detectada a proteção especial concedida ao estrangeiro considerado refugiado no Brasil, não se pode aventar a possibilidade de continuação do processo extradicional sob o símbolo da separação dos poderes, apesar da argumentação descabida de muitos ministros e procuradores-gerais que acreditam que o óbice dos artigos 33 e 34 da Lei nº 9.474/97 infringiria o artigo 2º da Constituição Federal. Se a condução da política externa fica, por determinação constitucional, a cargo do Executivo e se o Estado brasileiro responde, no plano internacional, pela não observância dos tratados, costumes e princípios de direito internacional com os quais tenha acordado, não se pode sequer aventar um eventual desrespeito ao princípio da separação de poderes, já que o Estado, diante de suas obrigações, é uno e indivisível.

3. A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM MATÉRIA DE EXTRADIÇÃO DE REFUGIADOS

A jurisprudência do STF não é muito vasta em matéria de refugiados. No sentido que aqui se emprega (de refugiado segundo o direito internacional), foram encontrados menos de dez casos no repertório *on-line* de jurisprudência do tribunal⁶³. Esclarece-se

⁶³ A última pesquisa realizada no sítio www.stf.jus.br sobre o tema é datada de 01 de novembro de 2013.

que, para fins dessa pesquisa, foram excluídas menções ao asilo político ou ao asilo diplomático, por serem os institutos diversos do refúgio⁶⁴.

Apesar da escassez jurisprudencial baseada na Lei nº 9.474/97, percebe-se que não chega a haver muita semelhança no *modus operandi* do STF em casos envolvendo refugiados, especialmente no que tange aos pedidos de extradição envolvendo esses estrangeiros. Exemplo disso é o caso *Battisti*, que trouxe à tona mais uma interpretação do Tribunal sobre a questão dos refugiados, provavelmente muito mais pela dimensão política que o caso alcançou dentro e fora do Brasil do que propriamente pelo seu conteúdo jurídico.

Para efeitos do presente artigo, serão analisados os casos mais relevantes e recentes encontrados na jurisprudência do Tribunal a respeito da matéria.

3.1 Casos Glória Trevi, Sergio Sanchez e María Portillo

Nas Extradições 783, 784 e 785, solicitadas pelo México, figuram como extraditandos os nacionais mexicanos Glória Trevi, Sergio Sanchez e María Portillo, respectivamente. Os três são acusados dos crimes de violação⁶⁵, corrupção de menores e rapto, supostamente ocorridos naquele país. À época, o caso recebeu bastante notoriedade no Brasil e no exterior em virtude da fama de Glória Trevi, cantora de músicas infantis.

⁶⁴ A esse respeito, o professor Guido Soares comenta: “Tem sido freqüente a sinonímia entre asilo e refúgio, em parte devido a que, salvo a América Latina, o instituto do asilo não tem um regime de regência por normas multilaterais escritas, e também porque os próprios atos internacionais sobre asilo e mesmo legislações internas dos Estados, a ele relativas, por vezes empregam termos e expressões como *refugiado*, *buscar refúgio*, que ainda mais trazem confusão para a área. Há mesmo quem pretenda que *asilo* seja uma palavra para indicar o gênero e *refúgio* seja o indicativo da espécie. Além de as origens históricas dos institutos serem totalmente distintas sem correlação recíproca, é mister considerar, em primeiro lugar, que houve, no sistema das Nações Unidas, o desenvolvimento de um campo particular, regulado por normas multilaterais precisas, negociadas sob os auspícios de uma organização que funciona, sob a égide da ONU, o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (Acnur); em segundo, existe nos dias correntes, uma particularidade no Direito Internacional da América Latina, onde o asilo é regulamentado por normas multilaterais muito especiais, que nada mais fizeram do que cristalizar costumes já consagrados entre os países dessa área” (*Op. cit.*, p. 373). A respeito do tema, vide também Celso Albuquerque Mello In: *Direito Internacional Americano*. 1ª Edição. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.

⁶⁵ Equivalente ao de estupro na legislação brasileira.

Já durante o curso dos três processos extradicionais, foi solicitado o reconhecimento da condição de refugiado ao Conare em favor dos extraditados. Em razão do pedido, o STF suspendeu as três ações até decisão definitiva do órgão, com base no artigo 34 da Lei nº 9.474/97.

Em entrevista à imprensa, o então Ministro da Justiça, Aloysio Nunes Ferreira, declarou ser favorável à extradição da cantora e de sua equipe para o México. Diante disso, a defesa dos extraditados impetrou Mandado de Segurança preventivo (com pedido de liminar) para que fosse suspenso o julgamento do pedido de refúgio, por entenderem que o Conare poderia ser influenciado pela declaração pública do Ministro da Justiça e sob a alegação de que aquele órgão se subordinava ao Ministro. A Justiça Federal deferiu liminar determinando a retirada da solicitação de refúgio da pauta de julgamento do Conare; posteriormente, a apreciação foi retomada pelo órgão colegiado.

O mesmo tema foi decidido pelo STF no Mandado de Segurança nº 24.304, em cujo acórdão o Ministro Carlos Velloso expressou a ausência de subordinação do Conare ao Ministro da Justiça. Lê-se do voto do Ministro, relator da decisão:

Afastese, primeiro de tudo, a alegação de que os membros do Conare estão subordinados ao Ministro da Justiça. O simples fato de, sendo negativa a decisão do Conare, caber recurso ao Ministro da Justiça, isto não quer dizer que os membros do Conare, oriundos de diversos órgãos públicos e de uma organização não governamental, estariam subordinados àquela autoridade. Os membros do Conare decidem com independência, é o que deflui da Lei 9.474/97, exigindo esta que as decisões sejam motivadas. Ademais, participa das reuniões do Conare, como membro convidado, o Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados – ACNUR, com direito a voz (art. 14, § 1º). Esclareça-se, ademais, que os membros do Conare são designados pelo Presidente da República, mediante indicações dos órgãos e da entidade que o compõe (art. 14, § 2º), certo que a participação do Conare será considerada serviço relevante e não implicará remuneração de qualquer natureza ou espécie (art. 15).



Depois de julgado o Mandado de Segurança nº 24.304, em 04 de setembro de 2002, o Conare indeferiu o reconhecimento da condição de refugiado a Gloria Trevi, a Sergio Sanchez e a Maria Portillo, uma vez que não restaram comprovados os motivos autorizadores do refúgio. A proteção lhes foi negada pelo governo brasileiro também em sede recursal ao Ministro da Justiça.

Os três casos levantaram questões de ordem e toda sorte de recursos previstos pela legislação processual e constitucional. A questão relevante nos três julgados, diante do que aqui se discute, é a aplicabilidade da Lei nº 9.474/97 sem maiores questionamentos por parte do STF, já que não houve reconhecimento de refúgio aos extraditandos e uma vez que o pedido de refúgio serviu para suspender temporariamente o processo, nos termos do artigo 34 da Lei. O Tribunal, por fim, decidiu pela concessão da extradição nos três processos.

3.2 Caso Oliverio Medina

A Extradição 1008-5 cuida de pedido realizado pela Colômbia sobre o nacional colombiano Oliverio Medina, também conhecido como Padre Medina, baseado em dois crimes de homicídio supostamente cometidos pelo extraditando, além de crimes de “sequestro extorsivo”, “terrorismo”, “rebelião” e “porte ilegal de arma de fogo”, todos datados de 1991.

Na ocasião dos crimes imputados ao extraditando, o mesmo era clérigo nas Forças Armadas Revolucionárias da Colômbia – segundo ele, com autorização e a mando do próprio governo colombiano. Cumpre salientar que os julgamentos foram iniciados em 2005, quando havia ampla divulgação de que o extraditando se encontrava em território brasileiro, e que seu julgamento correu *in absentia*, não tendo Medina sequer constituído advogado naquele país.

O caso Medina foi o primeiro de que se tem conhecimento no País em que um reconhecimento de refúgio foi confirmado no curso do processo judicial, sobre o que recai o disposto no artigo 33 da Lei nº 9.474/97. Antes da concessão do refúgio, o artigo 34 da mesma lei foi aplicado ao processo, reconhecendo-se a suspensão processual até decisão sobre o pedido de refúgio.

Por ocasião do julgamento de 21 de março de 2007 na Extradição 1008-5, afirmou-se o que segue:



Reconhecimento do status de refugiado do extraditando, por decisão do comitê nacional para refugiados-Conare: pertinência temática entre a motivação do deferimento do refúgio e o objeto do pedido de extradição: aplicação da Lei 9.474/97, art. 33 (Estatuto do Refugiado), cuja constitucionalidade é reconhecida: ausência de violação do princípio constitucional da separação dos poderes. De acordo com o art. 33 da L. 9474/97, o reconhecimento administrativo da condição de refugiado, enquanto dure, é elisiva, por definição, da extradição que tenha implicações com os motivos do seu deferimento. É válida a lei que reserva ao Poder Executivo — a quem incumbe, por atribuição constitucional, a competência para tomar decisões que tenham reflexos no plano das relações internacionais do Estado — o poder privativo de conceder asilo ou refúgio. A circunstância de o prejuízo do processo advir de ato de um outro Poder — desde que compreendido na esfera de sua competência — não significa invasão da área do Poder Judiciário. Pedido de extradição não conhecido, extinto o processo, sem julgamento do mérito e determinada a soltura do extraditando. Caso em que de qualquer sorte, incidiria a proibição constitucional da extradição por crime político, na qual se compreende a prática de eventuais crimes contra a pessoa ou contra o patrimônio no contexto de um fato de rebelião de motivação política (Relator para o acórdão Ministro Sepúlveda Pertence, julgamento em 21-3-07, DJ de 17-8-07).

Apesar de não unânime, a decisão do STF no caso Medina foi pelo não conhecimento da ação e pela extinção do processo extraditacional sem julgamento de mérito, com expedição de alvará de soltura ao ora extraditando, devido à preliminar de que Medina não pode ser extraditado por ser ele refugiado protegido pelo governo brasileiro.





3.3 Caso Cesare Battisti

A Extradução 1085, em que é requerente o governo da Itália e extraditando o nacional italiano Cesare Battisti, baseia-se em quatro crimes de homicídio, ocorridos em 1977 e em 1979, e no crime de “associação subversiva”. O governo da Itália informou que Battisti havia sido condenado, pelos crimes em que se fundamenta o pedido extradicional, e que o extraditando foi condenado à pena de prisão perpétua com isolamento diurno inicial de seis meses.

O caso Battisti é revestido de polêmicas desde seu início. Em primeiro lugar, Battisti já havia sido considerado refugiado na França na década de 1980, de onde fugiu depois que sua condição foi revogada na década de 1990⁶⁶. De lá, Battisti seguiu para o México e ingressou no Brasil com passaporte falso até ser preso em 2007, para fins de extradição. No curso do processo, sobreveio solicitação de refúgio que o suspendeu temporariamente com fundamento no artigo 34 da Lei n° 9.474/97.

É sabido que Battisti participou de grupo militante de esquerda na década de 1970, quando os crimes a ele imputados ocorreram. Também é conhecido o fato de que Battisti foi julgado a revelia pelos quatro homicídios e que a principal prova contra ele foi a testemunhal, obtida por delação premiada.

No julgamento em plenário de 16 de dezembro de 2009, o Ministro Marco Aurélio questionou o teor do julgamento imputado a Battisti e o fato de a documentação trazida aos autos pela Itália conter repetidas vezes frases com teor de perseguição política, a que poucos outros ministros se detiveram.

O caso Battisti recebeu ampla repercussão nacional e internacional muito em razão de pressões políticas do governo italiano, inclusive, em declarações públicas do seu Primeiro-Ministro, Silvio Berlusconi, pelas explicações que o governo italiano solicitou do embaixador brasileiro na Itália e por ameaçar retirar, por tempo indeterminado, seu embaixador do Brasil.

Durante o curso do processo extradicional, o Conare negou o refúgio a Battisti por entender que não havia fundado temor de perseguição deste em relação à Itália. Em grau de recurso, porém, o então Ministro da Justiça, Tarso Genro, concedeu refúgio a Battisti em 14 de janeiro de 2009. Ocorre que, por maioria, os ministros

⁶⁶ O que ocorreu por discricionariedade do então novo presidente da República francesa.



do STF não só questionaram a legalidade do ato administrativo, devidamente baseado na Lei nº 9.474/97, como o anularam. Posteriormente, consideraram serem os crimes cometidos por Battisti de natureza comum para, por maioria e com voto fervoroso do relator, Ministro Cezar Peluso, autorizar a extradição de Battisti à Itália.

A revisão de atos administrativos não é incomum na prática jurídica do STF. O que se questiona, porém, é a conotação muito mais política do que jurídica realizada sobre o ato de reconhecimento de refúgio na Extradicação 1085, uma vez que não se comprovou ilegalidade manifesta a ponto de o ato ter sido invalidado. Um questionamento realizado pelos Ministros, nessa extradição, foi se a revisão deveria ser realizada em ação própria ou como preliminar no julgamento do pedido extradicionai. Na ação, prevaleceu a última hipótese.

Carvalho Ramos, favorável ao *judicial review*, assim expressa a respeito da revisão dos atos concessivos de refúgio:

[...] a revisão deve ser absolutamente regrada e estrita, em respeito ao princípio do *non-refoulement*. De fato, no tocante ao refúgio, essa revisão deve ser feita sempre sob o paradigma da interpretação *pro homine*. Pro isso, defendo que a concessão de refúgio no Conare ou na via recursal ao Ministro da Justiça faz nascer um ônus argumentativo ao Supremo Tribunal Federal, que deverá expor, sem sombra de dúvida, que não havia sequer fundado temor de perseguição odiosa ou situação grave de violações maciças de direitos humanos no caso em análise. Assim a dúvida milita a favor da concessão do refúgio (princípio do *in dubio pro fugitivo*) e ainda só pode ser questionada a decisão do Conare se houver evidente prova de abuso ou desvio de finalidade, como reza a doutrina do controle judicial dos atos administrativos.

Esta revisão pelo Judiciário (pelo STF, nos processos extradicionais, ou em outros tipos de ações, como, por exemplo, uma ação civil pública interposta pelo *Parquet* federal) deve ser feita de modo fundamentado e levar em consideração a meta final do Direito dos





Refugiados que é a preservação da dignidade humana, sob pena de expor o Brasil a sua responsabilização internacional por violação de direitos humanos, uma vez que o direito ao acolhimento é previsto também no art. 22 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, cuja Corte (Corte Interamericana de Direitos Humanos) o Brasil já reconheceu a jurisdição.

Diante da Extradicação 1085, afastado, então, o ato que concedeu refúgio a Battisti, por maioria de votos o STF votou pelo provimento da extradicação.

Por ocasião do julgamento de Battisti, muitos ministros alegaram que os artigos 33 e 34 da Lei nº 9.474/97 (que julgaram constitucional no caso Medina) usurpam o artigo 2º da Constituição a respeito da separação de poderes. Dois anos antes (no caso Medina), o mesmo plenário do STF defendeu a constitucionalidade da lei que atacam no caso Battisti.

Outra argumentação suscitada pelos Ministros foi a de que o tratado de extradicação obrigada a entrega do extraditando, o que significa que, se autorizada pelo STF, a extradicação seria um dever do Presidente da República. Em contraposição (e com devida razão), o Ministro Marco Aurélio bem lembrou que o STF exerce mero controle de legalidade externa da pretensão formulada por Estado estrangeiro; segundo ele, a decisão política cabe ao Executivo, no âmbito exclusivo e discricionário do Chefe de Estado.

O que mais chama a atenção no caso Battisti é a sucessão de desacertos por parte do STF com relação à Lei nº 9.474/97, especialmente depois do julgamento do caso Medina, uma vez que ambos são similares entre si e nos quais se fez presente a maioria dos ministros que participou da Extradicação 1008-5⁶⁷.

Apesar da concessão da extradicação por parte do STF, o Presidente da República, na sua competência final sobre pedidos extradicionais⁶⁸, decidiu não extraditar Cesare Battisti para a Itália. Battisti chegou a cumprir pena de 2 anos por uso de passaporte falso

⁶⁷ Estiveram presentes no julgamento do caso Medina os Ministros: Gilmar Mendes, Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Marco Aurélio, Cezar Peluso, Carmen Lúcia, Carlos Britto, Joaquim Barbosa, Eros Grau e Ricardo Lewandowski. No caso Battisti, foram presentes e votantes os Ministros: Gilmar Mendes, Cezar Peluso, Marco Aurélio, Carmen Lúcia, Carlos Britto, Joaquim Barbosa, Eros Grau, Ellen Gracie e Ricardo Lewandowski.

⁶⁸ De determinar a efetivação do pedido extradicional ao país solicitante.



(para ingresso em território brasileiro) e hoje encontra-se amparado pela Lei nº 9.474/97.

A principal argumentação no campo do Direito dos Refugiados a respeito da Caso Battisti não diz respeito especificamente à atuação do STF no processo extradicional, mas sim sobre recair sobre Battisti a cláusula de exclusão da Lei nº 9.474/97 no sentido de que não poderá ser reconhecido como refugiado o indivíduo que tenha sido condenado por crime comum⁶⁹.

Não obstante as disposições da Convenção de 1951 e da lei brasileira, fato é que o governo brasileiro reconheceu a condição de refugiado à Battisti por ato do Ministro da Justiça e, da mesma forma que as decisões colegiadas do Conare podem deferir pedidos de reconhecimento de refúgio, Cesare Battisti também está legalmente amparado pela Lei nº 9.474/97 por ato legal expedido em sede recursal.

3.4 Caso Gustavo Bueno

A Extradição 1170, em que figura como requerente a República Argentina e extraditando o nacional argentino Gustavo Bueno, foi julgada em 18 de março de 2010 por relatoria da Ministra Ellen Gracie. O extraditando é acusado de ter cometido os crimes de “privação ilegítima da liberdade e graves ameaças”.

Ocorre que no momento da prisão para fins de extradição, Gustavo Bueno apresentou às autoridades da Polícia Federal documento expedido pelo ACNUR em que consta reconhecimento da condição de refúgio, pelo governo brasileiro, anterior à Lei nº 9.474/97. Não obstante, sua prisão foi determinada (para fins de extradição) para que a veracidade da documentação pudesse ser averiguada no processo de extradição requerido pelo governo argentino. Durante o transcurso do processo extradicional, em nota, o presidente do Conare informou que o reconhecimento de refúgio do extraditando datava de 12 de junho de 1989 e que esta permanecia válida.

Na decisão em plenário, os ministros do STF entenderam que o reconhecimento da condição de refugiado do extraditando constituía óbice ao processo extradicional nos termos do artigo 33

⁶⁹ ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA REFUGIADOS – ACNUR. *Manual de Procedimentos e Critérios para a Determinação da Condição de Refugiado*. Brasília: ACNUR, 2013, p. 32.



da Lei nº 9.474/97. O processo, então, foi extinto sem julgamento de mérito e determinada expedição de alvará de soltura em benefício do extraditando.

Acertadamente, a relatora, Ministra Ellen Gracie, fez constar em seu voto que

Tenho que tais exceções à extradição do agente refugiado não se fizeram presentes. Desvela-se, portanto, o princípio do *non refoulement*, o qual merece prestígio e acolhimento.

Assim, não mais vislumbro a viabilidade do processamento da extradição justamente pela ausência de pressuposto válido ao desenvolvimento regular do feito. [...]

O extraditando está acobertado pela sua condição de refugiado, devidamente comprovado pelo órgão competente – Conare –, e seu caso não se enquadra no rol das exceções autorizadoras da extradição de agente refugiado.

Ante o exposto, DECLARO extinto sem resolução de mérito o presente processo de extradição. Como corolário lógico e, na esteira da manifestação da douta Procuradoria Geral da República, revogo a prisão preventiva outrora decretada nestes autos.

Expeça-se alvará de soltura, colocando-se em liberdade o nacional argentino GUSTAVO FRANCISCO BUENO, se por outro motivo não estiver preso.

Por unanimidade de votos, acompanhando o voto da relatora, os ministros entenderam que a condição de refugiado, devidamente comprovada, impediria a extradição do nacional argentino.

Curioso notar que, nos autos, não constam os motivos autorizadores do refúgio, em que pese o questionamento do Tribunal, em outros processos de extradição, a respeito de o refúgio ter ligação com os crimes pelos quais a extradição é solicitada. Mesmo diante da inexistência de qualquer informação a respeito das causas que motivaram o reconhecimento do refúgio, os ministros do STF entenderam que a mera existência de comprovação de que o extraditando foi considerado refugiado pelo governo brasileiro invalida a pretensão extradicional.



CONCLUSÕES

Diante da breve análise de processos de extradição julgados após o advento da Lei nº 9.474/97 pelo STF em matéria de refugiados, percebe-se a ausência de linearidade no que tange ao julgamento desses processos extradicionais. Ora o STF pauta-se pela legalidade diante da Lei nº 9.474/97 ora deixa o clamor político abalar sua interpretação da mesma lei.

A respeito do papel desempenhado pelo STF em matéria de extradição e sobre as funções do instituto, Carmen Tibúrcio⁷⁰ relembra:

A extradição é um instrumento de cooperação judiciária em matéria penal entre Estados, subordinada a prévio pronunciamento judicial e, em caso de deferimento, à decisão política do Executivo. **O Supremo Tribunal Federal, ao apreciar a matéria, não examina o mérito do processo que, no país estrangeiro, deu ensejo ao pedido extradiciona. Compete-lhe, tão somente, verificar o cumprimento dos pressupostos constitucionais e legais para a concessão da medida.** (grifos não constam no original)

Apesar de cada caso demandar uma análise diversa do Tribunal a partir dos fatos que informam a ação, percebe-se que mesmo diante de situações muito parecidas entre si – e em cujos julgamentos figuram muitos dos mesmos Ministros – as decisões tendem a ser por demais discrepantes e muitas vezes em desacordo com a proteção internacional dos refugiados assegurada pelo Brasil.

Nas extradições 783, 784, 785, 1008-5 e 1085, o STF reconheceu a imposição legal, determinada pelo artigo 34 da Lei nº 9.474/97, a respeito da suspensão do processo extradiciona enquanto não decidido pedido superveniente de reconhecimento de refugiado. Nas Extradições 1008-5 e 1085, a condição de refugiado foi reconhecida no curso do processo extradiciona, tendo o STF conferido aplicabilidade ao artigo 34 da Lei nº 9.474/97 apenas no primeiro caso, o que demonstra não haver critério, no que pese ao direito dos refugiados, por parte do Tribunal para tratar da matéria quando há reconhecimento da condição de refugiado pelo governo brasileiro.

⁷⁰ *Op. cit.*, p. 258.



Como em toda matéria atinente à questão dos refugiados e, mais ainda, a respeito das responsabilidades internacionais do Brasil em matéria de princípios que transcendem o texto legal, ministros e procuradores-gerais equivocam-se ao impor a competência do STF em matéria de extradição sobre o disposto nos artigos 33 e 34 da Lei nº 9.474/97 ou, pior, sob o argumento de que tais artigos ferem o princípio da separação de poderes do artigo 2º da Constituição.

Não se afirma, aqui, que o refugiado é um ser intocável, ainda mais sabendo que o reconhecimento efetivado pelo governo brasileiro perdurará enquanto o fundado temor de perseguição subsistir. Trata-se apenas de pronunciar direitos garantidos pelo direito internacional e por normativa de direito interno sobre a proteção internacional da pessoa humana, cujo conteúdo foi e tem sido de difícil conquista ao redor do mundo.

Nas situações em que o STF desconheceu a condição de refugiado concedido pelo Executivo, ele infringiu competência constitucional daquele órgão do poder. Quando o STF, além de ter retirado o reconhecimento da condição de refugiado, encontrou bases supostamente legais para extradição do indivíduo que buscou abrigo no Brasil, o Tribunal também ensejou, direta ou indiretamente, a responsabilidade internacional do Brasil por violação de direitos humanos, mais especificamente, em relação ao princípio do *non-refoulement* afeto ao direito internacional dos refugiados.

Entendendo-se que a eficácia do princípio de *non-refoulement* é *conditio sine qua non* para a efetiva proteção internacional do direito dos refugiados e que a solicitação do reconhecimento da condição jurídica de refugiado é direito que se insere no rol dos direitos fundamentais⁷¹, causa estranheza que o tribunal de mais alto grau de jurisdição no Brasil, que supostamente deveria defender a democracia e os direitos humanos, desrespeite princípios que informam o próprio direito e o alcance da justiça.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA REFUGIADOS – ACNUR. *MANUAL DE PROCEDIMENTOS E CRITÉRIOS PARA A DETERMINAÇÃO DA CONDIÇÃO DE REFUGIADO*. BRASÍLIA: ACNUR, 2013.

⁷¹ LUZ FILHO, *Op. cit.*, p. 192-196.

ANDRADE, José Henrique Fischel. *Direito Internacional dos Refugiados: evolução histórica (1921-1952)*. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Publicada no Diário Oficial da União em 05 de outubro de 1988.

_____. *Decreto nº 20.215, de 1961*. Promulga a Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados, concluída em Genebra, em 28 de julho de 1951. Publicada no Diário Oficial da União em 28 de janeiro de 1961.

_____. *Lei nº 6.815, de 1980* – Define a situação jurídica do estrangeiro no Brasil, cria o Conselho Nacional de Imigração. Publicada no Diário Oficial da União em 19 de agosto de 1980.

_____. *Lei nº 9.474, de 1997* – Define mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951 e determina outras providências. Publicada no Diário Oficial da União em 23 de julho de 1997.

BRIGGS, Arthur. *Extradição*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1909.

CARVALHO RAMOS, André. O princípio do *non-refoulement* no direito dos refugiados: do ingresso à extradição. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 99, volume 892, fevereiro de 2010, p. 347-376.

DAL MASO JARDIM, Tarciso. *O Brasil e o Direito Internacional dos Conflitos Armados*. 2 Tomos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006.

DAUVERGNE, Catherine. *Making People Illegal: What Globalization Means for Migration and Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado – parte geral*. 8ª Edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

DUMMETT, Michael. *Sobre inmigración y refugiados*. Traducción de Miguel Ángel Coll. Madrid: Cátedra, 2004.

DUGARD, John; VAN DEN WYNGAERT, Christine. Reconciling Extradition with Human Rights. *The American Journal of International Law*, Vol. 92, n° 2 (April, 1998), pp. 187-212.

FRAGA, Mirtô. *O Novo Estatuto do Estrangeiro comentado: Lei n° 6.815, de 19.8.80, alterada pela Lei n° 6.924, de 9.12.81*. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

FREITAS, Vladimir Passos (Coord.). *Comentários ao Estatuto do Estrangeiro e Opção de Nacionalidade*. Campinas: Millenium, 2006.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. 17ª Edição. São Paulo: Saraiva, volume 2, 2006.

JUBILUT, Liliana Lyra. *O direito internacional dos refugiados e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro*. São Paulo: Método, 2007.

KOSER, Khalid. *International Migration: a Very Short Introduction*. Oxford: Oxford University Press, 2007.

LUZ FILHO, José Francisco Sieber. Non-refoulement: breves considerações sobre o limite jurídico à saída compulsória do refugiado. In: ARAÚJO, Nádia; ALMEIDA, Guilherme Assis (Coord.). *O Direito Internacional dos Refugiados: uma perspectiva brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 177-210.

MURCHISON, Matthew. Extradition's Paradox: duty, discretion, and rights in the world of non-inquiry. *Stanford Journal of International Law*, n. 43, vol. 295, 2007, p. 295-318.

SOARES, Guido F. Silva. *Curso de Direito Internacional Público*. São Paulo: Atlas, 2002.

TIBÚRCIO, Carmen. *Temas de Direito Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado Internacional dos Direitos Humanos*. 2ª Edição. 3 volumes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.





CONSIDERAÇÕES SOBRE O DIREITO DE VIVER COM DIGNIDADE O PROCESSO DE MORTE

Cristian Fetter Mold¹

INTRODUÇÃO

Muito longe de pretender esgotar o assunto, o presente texto pretende oferecer elementos para que algumas questões a respeito do chamado *Direito de Morrer* sejam futuramente respondidas. Logicamente a primeira delas é: Existe tal Direito? Se existe, quem pode pleiteá-lo e como ou em que circunstâncias ele pode ser exercido?

O tema não é novo e vem sendo debatido com maior ou menor intensidade em vários países. Alguns já possuem legislação a respeito – permissiva, parcialmente permissiva, proibitiva - outros não se encontram nem perto disso, havendo até mesmo em alguns uma tendência a buscar evitar o próprio debate, dependendo da maior ou menor proteção que suas legislações concedam aos Direitos Humanos e à dignidade da pessoa humana.

Inúmeros institutos caminham em conjunto com o assunto principal: Eutanásia, Ortotanásia, Suicídio Assistido, Obstinação Terapêutica, Cuidados Paliativos, Testamento Vital, todos estes e mais alguns a merecer centenas de laudas e estudos, mas que serão apresentados aqui de forma breve, de modo a que o leitor seja remetido a outras fontes em busca de mais informação a respeito.

¹ Advogado, Professor de Direito de Família e Sucessões, membro do IBDFAM - Instituto Brasileiro de Direito de Família e da ADLIB - Advogados pela Liberdade de Orientação Sexual e Identidade de Gênero.



Ao final, espera-se que as ponderações aqui apresentadas somem-se a outros estudos e considerações feitas por outros doutrinadores brasileiros e estrangeiros, de modo a inspirar as *respostas* às questões postas acima, e que tais ensejem *escolhas* legislativas e jurisprudenciais que lhes sejam consoantes.

1. O DIREITO A UMA MORTE DIGNA COMO COROLÁRIO DO DIREITO À VIDA DIGNA(?)

Costuma-se dizer que há um consenso entre os estudiosos de que os direitos humanos são um fenômeno e um produto da Modernidade europeia, já que seu efetivo reconhecimento estatal, como direitos que o ser humano possui pelo simples fato de pertencer à espécie humana, ocorreu, pela primeira vez, na Declaração de Direitos da Virgínia e na Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, respectivamente publicadas em 1776 e 1789².

Sua estruturação cronológica, no entanto, pode variar um pouco de autor para autor, sendo que alguns vão buscar antecedentes históricos no Código de Hamurábi, quase quatro mil anos A.C., na chamada *Lex Poetelia Papiria* (de 326 A.C.) ou na Magna Carta de João Sem Terra, do ano 1.215, por exemplo, dividindo sua evolução histórica em etapas rígidas (ou “gerações”) ou em dimensões que às vezes misturam-se ou evoluem de maneira cronológica invertida, antecipam-se ou sobrepõem-se. Sendo importante frisar que, no mundo de hoje, existem sociedades em que a expressão “Direitos Humanos” (ainda) não faz o menor sentido³.

A observância e o desenvolvimento dos Direitos Humanos baseiam-se na ideia de Dignidade da Pessoa Humana, cujo conceito jurídico proposto por Ingo Wolfgang Sarlet é o seguinte:

a qualidade intrínseca e distintiva de 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,

² CULLETON, Alfredo; BRAGATO, Fernanda Frizzo; FAJARDO, Sinara Porto. *Curso de Direitos Humanos*. p. 86.

³ CULLETON, Alfredo; BRAGATO, Fernanda Frizzo; FAJARDO, Sinara Porto. *Op. Cit.* p. 87.



como venham a 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 dos demais seres humanos.⁴

No Brasil, a dignidade encontra-se no epicentro da ordem jurídica, pois o constituinte de 1988 a elevou à categoria de princípio fundamental da República, pilar estrutural da organização do Estado, conforme previsto no artigo 1º, inciso III da Constituição⁵.

Uma vez que o primeiro direito humano a ser observado, evidentemente, é o Direito à Vida, o mais fundamental de todos os direitos, pois, sem ela nenhum outro direito poderia ser exercido, é certo que o seu estudo ao longo do tempo há de se encontrar com o estudo do Direito à Vida “Digna” e com os dilemas bioéticos que se põem em situações limítrofes, quando, para muitos, a vida, por não ser mais digna, não valha mais a pena ser vivida.

Mas o que é uma vida digna de ser vivida? E mais: uma vida indigna deve ser interrompida por uma morte provocada ou permitida? A quem pertence a vida? Ao seu portador? Ao Estado? Essas são questões relevantes.

Certo é que a vida humana é finita e seu fim é a morte. Há tantas formas de abordar o tema “morte” que não caberiam neste breve estudo.

Para Schopenhauer, a morte é propriamente o gênio inspirador, ou a musa da filosofia, e cita Sócrates, que definiu a filosofia como “a preparação para a morte”⁶

Para Epicuro, a morte é indiferente, pois, enquanto estamos vivos, a morte não existe, e quando estamos mortos, já não existimos. A tese de Epicuro aparece também em Montaigne: a morte “não lhe concerne nem morto nem vivo: vivo, porque você existe, morto porque você já não existe”. Ele argumenta: como não nos preocupamos com o fato de não existirmos antes de nossa concepção, não deveríamos nos preocupar também com nossa morte futura. Ao

⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*, p. 60.

⁵ SILVEIRA, Vladimir Oliveira da; CAMPELLO, Livia Gaigher Bósio. *Cidadania e Direitos Humanos* In: MORAES, Alexandre de; KIM, Richard Pae (Coordenadores). *Cidadania: o novo conceito jurídico e a sua relação com os direitos fundamentais individuais e coletivos*, p.109

⁶ SCHOPENHAUER, Arthur. *Da Morte*, p. 23.



pensador francês junta-se Feuerbach, o qual desenvolve a tese de que a morte é uma mera aparência, ou seja, só tem realidade na medida em que é comparação e relação. O fim efetivo de um sujeito, portanto sua morte não existe mesmo para ele, só tem realidade para o sobrevivente⁷.

Para uma linha de pensadores, a morte é um mal, pois interrompe o processo que mantém a pessoa presente no ser e interfere com o processo de sua vida⁸.

Bernard Schumacher, analisando a morte do ponto de vista estritamente biológico, afirma que ela pode ser definida como “a perda permanente e irreversível de funcionamento e de organização das diversas partes que compõem o indivíduo, perda que os reduz a micro-organismos físico-químicos dispersos, eliminando o universo egocêntrico do indivíduo vivo e, de algum modo, devolvendo os componentes ao universo físico”⁹.

Em outras palavras, a morte do indivíduo e a sua decomposição dá origem à vida para milhares de outros seres.

Importantíssimo frisar que o que venha a ocorrer com a pessoa (com o corpo ou com uma suposta “alma”), após a morte (se é que algo além da decomposição acontece...), é absolutamente desinteressante para este artigo, posto envolver incontáveis “possibilidades” advindas das crenças religiosas (ou da falta delas) atinentes a cada ser humano, sendo possível encontrar, com facilidade, dezenas de teorias de cunho dogmático, as quais não podem ser comprovadas empiricamente.

Necessário, então, tratar do assunto sem receios, até porque uma das características mais marcantes da morte, além da sua certeza, como lembrava o escritor Millôr Fernandes, era sua *hereditariedade*.

Nosso entendimento é o seguinte, e é desta premissa que partiremos: Não há uma cisão entre vida digna e morte digna, entendida esta como uma morte sem sofrimento, seja ele físico, psicológico ou espiritual¹⁰.

⁷ SCHUMACHER, Bernard M.. *Confrontos com a Morte*, p. 208.

⁸ SCHUMACHER, Bernard M.. *Op. cit.*, p. 227 *et seq.*

⁹ SCHUMACHER, Bernard M.. *Op. cit.*, p. 41

¹⁰ PEREIRA, Tânia da Silva. *O Direito à Plenitude da Vida e a Possibilidade de uma Morte Digna*. In: PEREIRA, Tânia da Silva; MENEZES, Rachel Aisengart; BARBOZA, Heloisa Helena. *Vida, Morte e Dignidade Humana*, p.01



Todos os seres humanos aspiram viver dignamente e segundo seus valores vitais.

Podemos conceituar os valores vitais como sendo o conjunto de valores e crenças de uma pessoa que dão sentido ao seu projeto de vida e que sustentam suas decisões e preferências nos processos de enfermidade e morte.

O ordenamento jurídico deve concretizar e, simultaneamente, proteger estas aspirações.

Mas a morte, como destaca o texto da Legislação da Andaluzia sobre os Direitos e Garantias durante o processo de Morte, a morte também faz parte da vida. Morrer constitui o ato final da biografia pessoal de cada ser humano e não pode ser separada daquela como algo distinto. Portanto, o imperativo de uma vida digna alcança também a morte. Uma vida digna requer uma morte digna. O direito a uma vida humana digna não pode ser truncado com uma morte indigna.

O ordenamento jurídico está, por conseguinte, chamado também a concretizar e proteger este ideal da morte digna¹¹.

A legislação espanhola mais recente, talvez por isso, fale em um “Direito a Viver com Dignidade o Processo de Morrer”¹².

2. ALGUNS CONCEITOS BÁSICOS

Os dilemas apresentados por Ronald Dworkin, em seu livro “Domínio da Vida”¹³, fornecem, através de casos práticos, todos assustadoramente verídicos, as dúvidas necessárias para a busca de algumas perguntas, embora o presente artigo não tenha por objeto respondê-las de modo definitivo:

O autor conta vários casos de embates ocorridos na Justiça Americana envolvendo parentes, hospitais, grupos religiosos e demais entidades *pro life* e *pro choice*, quando o assunto morte vem à tona.

¹¹ ANDALUZIA. *Ley de derechos y garantías de la dignidade de la persona en el proceso de la muerte*. Disponível em <http://www.boe.es/boe/dias/2010/05/25/pdfs/BOE-A-2010-8326.pdf>.

¹² MARTINEZ, Fernando Rey. *Que significa en el ordenamento español el derecho a vivir con dignidade el proceso de la muerte?* Disponível em <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/4270/4242>.

¹³ DWORKIN, Ronald. *Domínio da Vida: Aborto, Eutanásia e Liberdades Individuais, passim*.

São pessoas que já perderam a consciência e o diagnóstico é de estado vegetativo persistente; pessoas que estão passando por dores atroz, mas que não possuem diagnóstico de morte iminente; pessoas com doenças que não irão matar rapidamente, mas que conscientemente pedem para morrer, porque não querem passar por algum sofrimento futuro que aquela doença certamente trará, como a perda progressiva dos movimentos ou da memória.

Pegemos, por exemplo, o caso da pessoa ativa e que por algum motivo encontra-se em estado vegetativo persistente, tendo perdido por completo a possibilidade de interagir de qualquer forma com seu semelhante, embora não tenha diagnóstico de morte iminente. Consideremos que esta pessoa não tenha deixado qualquer diretiva antecipada sobre os tratamentos a serem aplicados ou suprimidos, conforme permite a legislação de vários países.

Podemos encontrar familiares ou mesmo pessoas estranhas à vítima que tenham uma das seguintes opiniões:

a) aquele sofrimento é “desnecessário”, pois não pode estar entre os interesses fundamentais de uma pessoa ficar naquele estado;

b) aquela pessoa sempre foi tão ativa e “guerreira” que certamente está lutando pela sua vida, e ninguém tem o direito de interromper esta luta;

c) seria necessário investigar se aquela pessoa tinha dito alguma vez entre amigos e/ou parentes que jamais gostaria de ficar daquele jeito e que, por isso, os aparelhos que lhe mantinham viva “deveriam” ser desligados.

d) que, independentemente de qualquer das opiniões contidas nas opções acima, a vida é um bem sagrado e/ou indisponível, e que, portanto, não pode ser suprimida por ninguém.

Na legislação norte-americana e em vários outros países, a pessoa tem o direito de deixar diretivas antecipadas sobre os procedimentos médicos que devam e que não devam ser utilizados para manter o signatário vivo em circunstâncias específicas.

Em várias legislações, essas decisões podem ser tomadas após o paciente ser conscientemente informado de seu estado de saúde (o chamado “Consentimento Informado”).

Certo que alguns problemas surgem quando esta pessoa não deixa essas informações por escrito, nem tampouco uma pessoa indicada para tomar as decisões por ela em caso de inconsciência,



ou quando o país em que vive não possua legislação prevendo tal possibilidade.

Para Lippman, o “Testamento Vital” é uma declaração escrita da vontade de um paciente, quanto aos tratamentos aos quais ele não deseja ser submetido caso esteja impossibilitado de se manifestar, sendo importante que seus desejos sejam documentados e manifestados de forma consciente e esclarecida¹⁴.

Embora não haja legislação a respeito, o Testamento Vital passa a ser reconhecido no Brasil através da Resolução 1995/2012, do CFM que se fundamenta na autonomia da vontade do paciente, bem como na dignidade humana prevista na Constituição Federal¹⁵.

Mencione-se inclusive o artigo 41 do Código de Ética Médica, o qual sinaliza de forma clara que a vontade expressa do paciente deve ser respeitada, e que devem ser evitados os tratamentos fúteis, a chamada obstinação terapêutica, de modo a prolongar artificialmente a vida do paciente em situação terminal ou de agonia¹⁶.

Segundo Brochado e Penalva, a centralidade da pessoa humana no atual ordenamento jurídico provocou uma reflexão em vários âmbitos, que ultrapassa o estritamente jurídico, expandindo-se para a área médica, bioética e antropológica, entre outras.

Na perspectiva médica, continuam as autoras, fala-se em uma efetiva transformação na relação médico-paciente, de uma relação autoritária para uma perspectiva dialógica, de modo a se buscar constituir uma aliança terapêutica, na qual sejam respeitados os direitos e garantias do paciente. Tal tutela ocorre a princípio por ser ele “proprietário” do corpo doente, titular de autonomia que lhe autoriza governar o próprio corpo, razão pela qual deve ser considerado pelo Direito como soberano de si mesmo e da própria saúde. Por isso, afirma-se o caráter vinculante da vontade do paciente¹⁷.

Nos chamados “estados terminais”, várias legislações, inclusive a brasileira, afastam a chamada **Obstinação Terapêutica** – *conceituada pela legislação da Andaluzia*¹⁸ como sendo situação

¹⁴ LIPPMANN, Ernesto. *Testamento Vital: o direito à dignidade*, págs. 17-21.

¹⁵ O texto pode ser acessado em http://www.bioetica.ufrgs.br/1995_2012.pdf.

¹⁶ BRASIL. CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Código de Ética Médica*. Disponível em <http://www.portalmedico.org.br/novocodigo/integra_5.asp>.

¹⁷ BROCHADO, Ana Carolina; PENALVA, Luciana Dadalto. *Terminalidade e autonomia: uma abordagem do testamento vital no Direito brasileiro*. In: PEREIRA, Tânia da Silva; MENEZES, Rachel Aisengart; BARBOZA, Heloisa Helena (org.). *Vida, Morte e Dignidade Humana*, págs. 57-82.

¹⁸ ANDALUZIA. *Loc. Cit.*



em que se iniciam ou se mantêm medidas de suporte vital ou outras intervenções carentes de utilidade clínica, unicamente no sentido de prolongar a vida biológica de uma pessoa que se encontra em situação terminal ou de agonia, sem possibilidades reais de melhora ou recuperação, sendo em consequência, suscetíveis de limitação.

Destaque que a própria Igreja Católica, em sua Encíclica *Evangelium Vitae*¹⁹, publicada por João Paulo II em 1995, condena o que chama de “excesso terapêutico”, ou seja, certas intervenções médicas já inadequadas à situação real do doente, porque não proporcionadas aos resultados que se poderiam esperar, ou ainda porque demasiado gravosas para ele e sua família.

A morte ocorrida após essa série de procedimentos inúteis é chamada de **Distanásia**. *E na opinião de Léo Pessini:*

A morte não é uma doença e não deve ser tratada como tal. Não somos doentes nem vítimas da morte. Podemos ser curados de uma doença classificada como mortal, mas não da dimensão de nossa mortalidade. A nossa condição de existir como seres finitos não é uma patologia. Quando esquecemos isso, acabamos caindo na tecnolatria e na absolutização da vida biológica pura e simplesmente. Nesse contexto, os instrumentos de cura e cuidado se transformam em ferramentas de tortura²⁰.

Eutanásia – No conceito de Hubert Lepargneur, citado por Monica Silveira Vieira²¹ – é o emprego ou a abstenção de procedimentos que permitem apressar ou provocar o óbito de um doente incurável, a fim de livrá-lo dos extremos sofrimentos que o assaltam ou em razão de outro motivo de ordem ética.

Há uma série de subdivisões dessa prática como a **Eutanásia Ativa**, que consiste na conduta de se abreviar a vida do paciente por meio de uma ação e **Eutanásia Passiva** quando por meio de uma omissão²².

¹⁹ JOÃO PAULO II, *Evangelium Vitae – Sobre o valor e a inviolabilidade da vida humana*, p. 130.

²⁰ PESSINI, Léo. *Códigos de Ética e questões de final de vida: uma leitura ética comparada*. Disponível em <http://www.portalmedico.org.br/novocodigo/artigo2.htm>.

²¹ VIEIRA, Mônica Silveira. *Eutanásia - Humanizando a Visão Jurídica*, p. 103.

²² Várias formas de classificação da Eutanásia aparecem em SERRANO, Pablo Jimenez. *Fundamentos da Bioética e do Biodireito*, p. 166 et seq.



Para alguns autores o **Suicídio Assistido** é uma subespécie da Eutanásia Ativa, pois neste caso uma pessoa propicia ao doente todos os meios necessários para que este provoque sua própria morte.

Javier Gafo Fernandez usa o termo **Cacotanásia**, para se referir à abreviação da vida do paciente sem que nem ele nem seu representante tenham manifestado vontade nesse sentido²³.

Bem diferente é o tentador conceito de **Ortotanásia**, cujos defensores rejeitam a prática da Distanásia e da Eutanásia, buscando um meio termo, uma postura intermediária, de equilíbrio, morte no seu tempo certo, sem tratamentos desproporcionais e sem abreviação do processo de morrer, evitando-se que o doente sofra com dor, fome ou sede, até que advenha no momento certo decidido pela natureza seu falecimento²⁴.

Totalmente ligado à ideia da Ortotanásia encontra-se o conceito de **Medicina Paliativa** ou **Cuidados Paliativos**, que visam proporcionar ao paciente terminal que não mais tem perspectiva de cura, o máximo de bem-estar físico, mental e espiritual, permitindo que viva bem seus últimos dias, sem temer a morte que deve vir no momento que a natureza escolhe.

A defesa da Ortotanásia ganhou força no Brasil a partir da edição da Lei 10.241/99, do Estado de São Paulo, que regulava os direitos dos usuários dos serviços de saúde, assegurando ao paciente terminal o direito de recusar tratamentos dolorosos ou extraordinários para tentar prolongar a vida. Mário Covas, governador do Estado à época, afirmou que sancionava a lei como político e como paciente, já que seu câncer já havia sido diagnosticado. Dois anos depois, estando em fase terminal, utilizou-se dela, ao recusar o prolongamento artificial da vida.

Para Nise Yamaguchi, citada por Gerson Camata, a Ortotanásia é cuidar dos sintomas sem recorrer a medidas intervencionistas de suporte em quadros irreversíveis, é respeitar o descanso merecido do corpo, o momento da limpeza da caixa preta de mágoas e rancores; é a hora de dizer coisas boas, os agradecimentos que não fizemos antes; é a hora da despedida e da partida²⁵.

²³ GAFO FERNÁNDEZ, Javier. *10 Palavras-Chave em Bioética* Apud VIEIRA, Mônica Silveira. *Op. Cit.* p. 104.

²⁴ VIEIRA, Mônica Silveira. *Op. Cit.*, pág 246.

²⁵ CAMATA, Gerson. *Em Defesa da Ortotanásia*. In. PEREIRA, Tânia da Silva; MENEZES, Rachel Aisengart; BARBOZA, Heloisa Helena (org.). *Vida, Morte e Dignidade Humana*, págs. 57-82.



Autores destacam, por fim, o “alívio da dor” como um direito humano²⁶, e Maria Elisa Villas-Bôas chega a sustentar a própria Ortotanásia como um “direito fundamental do ser humano”²⁷, ou seja, de ser tratado condignamente em seus momentos finais, permitindo-lhe viver o mais naturalmente possível até a morte.

3. A FIM DE AMPLIAR O DEBATE

Neste ponto poderíamos tentar fazer um comparativo entre os conceitos, as vantagens e desvantagens da Eutanásia e da Ortotanásia, podendo até defender a adoção de um ou outro instituto para um ou outro caso em particular. Mas este não é o objetivo deste artigo.

O que devemos ter em mente é que cada um de nós possui uma visão particular da morte, do processo de morrer e cada um de nós reagirá de forma particular se porventura no futuro tivermos uma notícia, por exemplo, a respeito da brevidade de nossa vida, de alguma doença que nos irá provocar dores lancinantes, sofrimentos atrozos ou, ainda, a perda paulatina da consciência, dos movimentos, ou de práticas que consideramos importantes, como caminhar livremente pela rua ou poder abraçar um filho ou um neto.

Tal visão é resultado do conhecimento e das experiências acumuladas ao longo de nossas vidas e deve ser respeitada a qualquer custo.

Evidentemente, no momento em que o Conselho Federal de Medicina define e recomenda a prática da Ortotanásia e dos cuidados paliativos, muitos doentes terminais passam a ter um tratamento por eles considerado digno, até que um natural processo de morte se instaure.

Mas existem pessoas que não estão em fase terminal, mas estão a sofrer, e, por isso, estão pedindo para morrer. Para estas pessoas ainda não há solução prevista na lei brasileira para que suas vidas sejam encerradas. Só lhes resta o suicídio, com todas as graves consequências que vem a provocar, ou a resignação.

Assim, se a única solução para o exercício do *Direito de Morrer* prevista no ordenamento brasileiro – ainda que sob a forma

²⁶ BRENNAN, F.; COUSINS, M.J.. *El alivio del dolor como un derecho humano*. Rev. Soc. Esp. Dolor 2005; 12: 17-23.

²⁷ VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. *Um Direito Fundamental à Ortotanásia*. In: PEREIRA, Tânia da Silva; MENEZES, Rachel Aisengart; BARBOZA, Heloisa Helena (org.). *Vida, Morte e Dignidade Humana*, p. 229 et seq..



de uma resolução do CFM ou de uma Lei estadual – é a Ortotanásia, não podemos dizer que a discussão está encerrada.

Acontece que há pessoas que acreditam na Eutanásia ou no Suicídio Assistido como uma solução digna para os seus males.

Há pessoas que não levam a sério uma Encíclica Papal.

Há pessoas que acreditam que não podem se submeter a uma transfusão de sangue.

Há pessoas que julgam que uma vida sem o movimento dos braços e/ou das pernas é uma vida que não merece ser vivida.

Há pessoas que não querem viver para ver sua consciência evanescer pouco a pouco.

E essas pessoas não estão amparadas pelo Estado brasileiro. Seu desejo de morrer ou de não sofrer é, por vezes, considerado ilícito, doentio, pecaminoso.

Conseqüentemente o debate deve ser ampliado.

Muitos leitores podem pensar que a vida é um bem sagrado e que não compete aos seres humanos determinar quando ela começa ou quando ela termina. A sacralidade da vida humana é um argumento de cunho religioso, utilizado não somente nas discussões sobre o fim da vida, mas também quanto ao seu começo.

Aliás, a maioria dos leitores deste artigo, provavelmente, considera a vida um bem sagrado.

Mas o conceito de sagrado é subjetivo, inserido na esfera da liberdade individual de pensar e acreditar em tudo aquilo que se entenda conveniente. Como diz Maria Lúcia Karam, se o indivíduo livremente escolher adotar essa crença, certamente há de lhe ser garantida a possibilidade de se comportar em conformidade com os preceitos morais ou religiosos que assim prescrevam a indisponibilidade da vida²⁸.

Mas, continua esta autora, o Estado não pode adotar um tal preceito. Se o adotar, estará abandonando sua necessária laicidade e conseqüentemente se afastando do modelo democrático. A liberdade de crer e de não crer em um ou mais deuses ou em nenhum Deus há de ser garantida pelo estado de direito democrático.

Assim, se a vida não pertence a um Deus – e um Estado laico não pode afirmar isso – e se também não pertence ao indivíduo, por sua indisponibilidade, chegaríamos à conclusão de que o

²⁸ KARAM, Maria Lúcia. *Proibições, Crenças e Liberdade: O Direito à Vida, a Eutanásia e o Aborto*, p. 15.



próprio corpo do indivíduo seria uma propriedade do Estado ou da sociedade, mas isso significaria instrumentalizar o indivíduo, negar sua dignidade e totalitariamente contrariar os fundamentos do estado de direito democrático.

Nosso Estado, em suma, não pode impor ao indivíduo o conceito de “Sagrado”.

Claro que se pode discutir o fato de poucas pessoas serem favoráveis à Eutanásia, ou ao Suicídio Assistido ou à recusa de transfusão de sangue, dentre outras práticas, embora não existam números disponíveis, até porque provavelmente nunca se investiu em uma pesquisa séria a respeito, e também porque geralmente as pessoas considerem em debates a morte dos outros e nunca a sua própria, mas o fato de uma suposta maioria ter uma suposta opinião a respeito, não significa absolutamente nada.

Isso fica bem claro na opinião de Nelson Nery Júnior, ao expor o caso das recusas de transfusão de sangue por Testemunhas de Jeová, citando julgamento do Supremo Tribunal Federal (STF, Pleno, ADIn 1351-3, j. 7.12.2006) relatado pelo Ministro Marco Aurélio²⁹:

No estado democrático de direito a nenhuma maioria organizada em torno de qualquer ideário ou finalidade, por mais louvável que se mostre, é dado tirar ou restringir os direitos e liberdades fundamentais dos grupos minoritários dentre os quais estão a liberdade de se expressar, de se organizar, de denunciar, de discordar, e de se fazer representar nas decisões que influem nos destinos da sociedade como um todo, enfim, de participar plenamente da vida pública... Aliás a diversidade deve ser entendida não como uma ameaça, mas como fator de crescimento como vantagem adicional para qualquer comunidade que tende a enriquecer-se com essas diferenças. O desafio do estado moderno, de organizações mais complexas, não é elidir as maiorias, mas reconhecê-las e, assim fazendo, viabilizar os meios para assegurar-lhes os direitos constitucionais.

²⁹ NERY JÚNIOR, Nelson. PARECER - *Escolha esclarecida de tratamento médico por pacientes Testemunhas de Jeová como exercício harmônico de direitos fundamentais*, p. 21.



CONCLUSÃO

Por fim, volto a sustentar que não estamos aqui para defender esta ou aquela prática para abreviar ou prolongar a vida humana, mas sim de dizer que, no atual estado evolutivo de nosso ordenamento, sobretudo pelas escolhas feitas pelo constituinte de 1988, devemos respeitar toda e qualquer decisão consciente e fundamentada que um cidadão brasileiro tome a respeito dos tratamentos que quer ou não quer receber, em estados terminais ou não, ainda que não concordemos com a aludida decisão, ou que não desejemos esta medida para a nossa vida ou para o final dela.

Caso a decisão deste cidadão o leve à morte, ainda que tempos antes da chamada morte natural, devemos respeitar o seu direito de não querer uma morte natural. Diz a doutrina estrangeira:

El derecho a la vida es un derecho fundamental y básico; el más importante que una sociedad puede conceder a sus miembros. Por lo tanto, la vida es un bien a proteger, pero siempre y cuando se quiera seguir viviendo: Un derecho es algo que uno puede elegir ejercer o no; y uno puede renunciar a vivir – mediante una decisión permanente, tomada libremente, tras informarse la persona adulta capacitada y no estar perjudicando a nadie. Es menester tener en cuenta que, junto al derecho a la vida, entran en juego otros derechos fundamentales, como el derecho a la libertad (autonomía) y el derecho a la felicidad (entendida en el sentido de calidad de vida)³⁰.

Indubitável que a presente discussão não se esgota aqui. Há implicações de ordem sucessória, securitária, previdenciária, familiar, penal e de outras áreas que mereceriam uma especial atenção, mas o espaço para desenvolvê-las é curto, e nossas ideias ainda se encontram em constante aperfeiçoamento.

Mas uma coisa é certa: é necessário retirar o preocupante véu que encobre essas discussões. Urge levar este debate para o centro de

³⁰ AUSÍN, F. José; PEÑA, Lorenzo. *Derecho a la vida y eutanasia: Acortar la vida o acortar la muerte?* Anuário de Filosofia del Derecho XV (1998), pp 13-30.



nossas atenções, sem medo, sem mistificações, sem pirotecnia, sem espetáculos de luz, imagem e som; sem receio de se perder votos, sem desvios para temas de menor importância, sem menosprezo à opinião do outro, sem ter que discar “0800xxx” para dizer *se concorda* ou “0800yyy” para dizer *se não concorda*, sem maniqueísmos, mas sim com a honestidade intelectual que o tema merece.

Ademais, basta de propagar que este ou aquele país, “aprovou a eutanásia”, como se tal fosse um programa eugênico de eliminação dos mais velhos e doentes. Como se o fim do mundo se aproximasse cada vez que isso ocorresse. Como se imediatamente isto significasse um maior comércio de órgãos ou liberação de leitões, em uma enfadonha e interminável “Teoria da Conspiração” que em nada ajuda para melhorar a qualidade dos debates.

Ademais, não se pode nem mesmo falar em “Eutanásia”, quando a intenção do legislador estrangeiro não foi essa.

Cito como exemplo grave: um dos últimos países a legislar a respeito da Morte Digna foi a Andaluzia, em documento legal retrocitado, publicado em 2010.

Se colocarmos os termos “Andaluzia e Morte Digna” no site de buscas “Google” o número de ocorrências é tão grande quanto se colocarmos “Andaluzia e Eutanásia” – mais de 700 mil ocorrências para cada caso, na época em que este artigo foi escrito.

E o legislador andaluz, logo no preâmbulo da Lei, afirma que afasta o uso do termo Eutanásia, preferindo chamar o documento de *Lei de Direitos e Garantias da Dignidade da Pessoa Durante o Processo de Morte*.

Ao longo da Lei, fala-se em Ortotanásia, Cuidados Paliativos, Consentimento Informado, Diretivas Antecipadas, escolha de pessoas para representar o doente quando este não possa mais se manifestar, dentre outros importantes aspectos.

Ademais a lei tem por finalidade a promoção da liberdade, autonomia e vontade da pessoa, de acordo com seus desejos, preferências, crenças ou valores, assim como a preservação de sua intimidade e confidencialidade - termo análogo à privacidade, mas que no âmbito bioético significa o dever de preservação das informações privadas e íntimas, ou ainda a “garantia do resguardo das informações dadas pessoalmente em confiança e a proteção contra a sua revelação não autorizada”, segundo o Glossário de Bioética (Bioethics Thesaurus) do Kennedy Institute of Ethics. (Washington: KIE, 1995:9);





Por fim, o legislador andaluz ordena que se respeitem os chamados Valores Vitais - Conjunto de valores e crenças de uma pessoa que dão sentido ao seu projeto de vida e que sustentam suas decisões e preferências nos processos de enfermidade e morte.

A quem interessa, portanto, chamar a Lei andaluza de “Lei da Eutanásia”, ou outro conceito simplista? Isso deve ser repensado.

Certo que a Eutanásia é permitida por várias legislações, como a Holandesa, por exemplo, mas conforme destacado por Leo Pessini, geralmente a informação a respeito da Ortotanásia faz com que vários pacientes desistam da Eutanásia, embora seu número não caia para zero³¹.

Pugna-se por um debate sério a respeito em plagas brasileiras, debate este que já teve início em outros países latino-americanos (como o Uruguai e a Argentina). E permaneceremos insistindo nisso. Há pessoas no Brasil, e são muitas, cujas opiniões, crenças e valores a respeito da vida e da morte, não estão sendo respeitadas e isso está errado. Como você quer morrer? Será que a sua vontade está amparada pelo Estado? Quem é o dono da sua vida? Essas são questões ainda por responder.

Deixo-vos ao final com a interessante lição (ou será uma ressalva) da autora portuguesa Maria Filomena Mónica:

É provável que morra nos próximos dez, quinze anos. Tenho filhos e netos, amei e fui amada, escrevi livros, ouvi música e viajei. Em princípio, poderia dar-me por satisfeita, o que infelizmente não me faz encarar a morte com placidez. Como Montaigne afirmou, com o tempo, o dilema vida versus morte vai-se transformando num outro, velhice versus morte. Sei que as minhas células foram morrendo, as minhas articulações se tornaram rígidas e até o meu crânio diminuiu, mas nada disto conta quando se trata de pensar no fim. Se amanhã um médico me disser que sofro de uma doença incurável, terei um ataque do coração, o que convenhamos, resolveria o problema. Mas se isto não acontecer quero ter a lei do meu lado³².

³¹ PESSINI, Léo. *Lidando com pedidos de eutanásia - a inserção do filtro paliativo*. Revista Bioética Vol. 18, n. 03, 2010, p. 549-560. http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/584/590.

³² MÓNICA, Maria Filomena. *A Morte*. Lisboa. Fundação Francisco Manuel dos Santos: 2011, p. 80.

BIBLIOGRAFIA

ANDALUZIA. *Ley de derechos y garantías de la dignidade de la persona en el proceso de la muerte*. Disponível em <<http://www.boe.es/boe/dias/2010/05/25/pdfs/BOE-A-2010-8326.pdf>>, acesso em 29.nov.2013, 22:00:00.

AUSÍN. F. José; PEÑA, Lorenzo. *Derecho a la vida y eutanásia: Acortar la vida o acortar la muerte? Anuário de Filosofia del Derecho XV (1998)*.

BRASIL - CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Código de Ética Médica*. Disponível em <http://www.portalmedico.org.br/novocodigo/integra_5.asp>, acesso em 29.jun.2013, 23:15:15.

BRENNAN, F.; COUSINS, M.J.. *El alivio del dolor como un derecho humano*. *Rev. Soc. Esp. Dolor* 2005; 12: 17-23.

BROCHADO, Ana Carolina; PENALVA, Luciana Dadalto. *Terminalidade e autonomia: uma abordagem do testamento vital no Direito brasileiro*. In. PEREIRA, Tânia da Silva; MENEZES, Rachel Aisengart; BARBOZA, Heloisa Helena (org.). *Vida, Morte e Dignidade Humana*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2010.

CAMATA, Gérson. *Em Defesa da Ortotanásia*. In. PEREIRA, Tânia da Silva; MENEZES, Rachel Aisengart; BARBOZA, Heloisa Helena. *Vida, Morte e Dignidade Humana*. Rio de Janeiro: GZ Editora. 2010.

CULLETON, Alfredo; BRAGATO, Fernanda Frizzo; FAJARDO, Sinara Porto. *Curso de Direitos Humanos*, São Leopoldo: Editora Unisinos. 2009. p. 86.

DWORKIN, Ronald. *Domínio da Vida – Aborto, Eutanásia e Liberdades Individuais*. São Paulo: Martins Fontes. 2009.

GAFOFERNÁNDEZ, Javier. *10 Palavras-Chave em Bioética*. apud. VIEIRA, Mônica Silveira. *Eutanásia – Humanizando a Visão Jurídica*. Curitiba. Juruá Editora: 2009.

KARAM, Maria Lúcia. *Proibições, Crenças e Liberdade: O Direito à Vida, a Eutanásia e o Aborto*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, pág. 15.

LIPPMANN, Ernesto. *Testamento Vital – o direito à dignidade*. São Paulo: Editora Matrix, 2013.

MARTINEZ, Fernando Rey. *Que significa en el ordenamento español el derecho a vivir com dignidade el processo de la muerte?* *Revista de la Facultad de Derecho PUCP*, n. 69, 2012, Disponível em <<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/4270/4242>>, acesso em 29.nov.2013, 22:05:15.

MÓNICA, Maria Filomena. *A Morte*. Lisboa. Fundação Francisco Manuel dos Santos: 2011.

NERY JÚNIOR, Nélon. *PARECER - Escolha esclarecida de tratamento médico por pacientes Testemunhas de Jeová como exercício harmônico de direitos fundamentais*, 2009.

PEREIRA, Tânia da Silva. *O Direito à Plenitude da Vida e a Possibilidade de uma Morte Digna*. In: PEREIRA, Tânia da Silva; MENEZES, Rachel Aisengart; BARBOZA, Heloisa Helena. *Vida, Morte e Dignidade Humana*. Rio de Janeiro: GZ Editora. 2010.

PESSINI, Léo. *Códigos de Ética e questões de final de vida: uma leitura ética comparada*. Disponível em <<http://www.portalmedico.org.br/novocodigo/artigo2.htm>>, acesso em 30.nov.2013, 01:34:20.

PESSINI, Léo. *Lidando com pedidos de eutanásia – a inserção do filtro paliativo*. *Revista Bioética* Vol. 18, n. 03, 2010, p. 549-560. http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/584/590, acesso em 30.dez.2013, 05:30:20.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.



SERRANO, Pablo Jimenez. *Fundamentos da Bioética e do Biodireito*. Campinas. Alínea Editora: 2013.

SCHOPENHAUER, Arthur. *Da Morte*. São Paulo: Editora Martin Claret. 2006.

SCHUMACHER, Bernard M. *Confrontos com a Morte*. São Paulo: Edições Loyola. 2009.

SILVEIRA, Vladmir Oliveira da; CAMPELLO, Livia Gaigher Bósio. *Cidadania e Direitos Humanos*. In. MORAES, Alexandre de; KIM, Richard Pae (Coordenadores). *Cidadania – o novo conceito jurídico e a sua relação com os direitos fundamentais individuais e coletivos*. São Paulo: Editora Atlas, 2013.

VIEIRA, Mônica Silveira. *Eutanásia – Humanizando a Visão Jurídica*. Curitiba. Juruá Editora: 2009.

VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. *Um Direito Fundamental à Ortotanásia*. In. PEREIRA, Tânia da Silva; MENEZES, Rachel Aisengart; BARBOZA, Heloisa Helena. *Vida, Morte e Dignidade Humana*. Rio de Janeiro: GZ Editora. 2010.





A CIDADANIA DA PESSOA IDOSA NO BRASIL DO FUTURO: REFLEXÕES INICIAIS SOB OS PARÂMETROS DOS DIREITOS HUMANOS

Celso Leal da Veiga Júnior¹

INTRODUÇÃO

A vigente Constituição da República Federativa do Brasil² determina ser dever da família, da sociedade e do Estado, amparar as pessoas idosas mediante a participação delas na comunidade, defendendo-lhes a dignidade e o bem-estar. Também lhes garantindo o direito à Vida.

79

Trata-se de um discurso político e social relevante, oriundo da crescente preocupação com os idosos, sintonizando recomendações internacionais e ao natural envelhecimento populacional no mundo.

É possível compreender que o interesse do legislador no Brasil, próximo do sentimento fraterno, é que a família seja a maior promotora de medidas voltadas ao amparo e à valorização do idoso, de modo que no ambiente familiar, e a partir dele, a pessoa idosa receba ampla atenção.

O Brasil dispõe do Estatuto do Idoso, materializado na Lei Federal 10.741, de 1º de outubro de 2003, destinado a regular os direitos assegurados aos com idade igual ou superior a sessenta anos.

¹ Mestre e Doutorando em Ciência Jurídica na Universidade do Vale do Itajaí, UNIVALI, sob a orientação do Professor Doutor Cesar Luiz Pasold. Professor e Coordenador do Curso de Direito da UNIVALI, em Tijucas, SC.

² A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida” (Artigo 230, *caput*).



Celso Leal da Veiga Júnior

Em dez anos de existência, o Estatuto do Idoso, que deveria chamar-se Estatuto da Pessoa Idosa, subsidiou projetos e procedimentos que se revertem, positivamente, sobre a população.

Todavia, muito ainda deve ser (re)pensado e efetivado para que os dez núcleos vinculativos³ de valorização do idoso se integrem harmoniosamente ao Brasil do futuro.

O Brasil está com a sua população envelhecendo, tornando imperioso o exercício de ações preventivas, necessárias à Cidadania plena da pessoa idosa, ainda mais que, conforme CAMARANO⁴:

Embora o envelhecimento tenha sido desejado pela sociedade, pois é resultado de políticas e incentivos promovidos por ela e pelo Estado, as suas conseqüências, em geral, têm sido vistas com preocupação, por acarretarem mudanças no perfil das demandas por políticas públicas e na redistribuição dos recursos, determinando desafios para o Estado, a Economia e o bolso dos indivíduos.

O Índice Global de Envelhecimento de 2013⁵, publicado em Outubro de 2013, ao reconhecer que o envelhecimento é celebrado por causa do aumento da esperança de Vida decorrer do desenvolvimento, coloca o Brasil na trigésima primeira colocação entre noventa e um países preocupados com a qualidade de vida das pessoas idosas, indicando que 10,9% dos brasileiros – 21,6 milhões - possuem idade superior a 60 anos, com previsão de o percentual elevar-se a 29% em 2050.

É de salientar que países como Chile, Espanha, Uruguai, Argentina, Costa Rica e Panamá ocupam posições mais privilegiadas que o Brasil.

A atual classificação ainda não é a ideal para um país com as dimensões do Brasil e que deverá atuar para prevenir e superar

³ Direito à vida; Direito ao Respeito; Direito ao Atendimento de suas Necessidades Básicas; Direito à Saúde; Direito à Educação; Direito à Moradia; Direito à Justiça; Direito ao Transporte; Direito ao Lazer e Direito ao Esporte; conforme Veiga Junior, Celso Leal da; Pereira, Marcelo Henrique. *Comentários ao Estatuto do Idoso*, p. 19/22.

⁴ CAMARANO, Ana Amélia. Prefácio in FÉLIX, Jorge. *Viver muito: outras idéias sobre envelhecer bem no séc. XXI (e como isso afeta a economia e o futuro)*, p. 9.

⁵ Global Age Watch Index 2013, desenvolvido pela ONG Help Age International. Acessar www.helpage.org/global-agewatch/reports/.



as dificuldades advindas com a população idosa, consciente que segundo o padrão mundial⁶:

El índice muestra que las personas de los países que tienen experiencia en la promulgación de políticas progresistas de bienestar social para todos sus ciudadanos en todas las etapas de sus vidas tienen más probabilidades de obtener beneficios en salud e bienestar, así como un sentimiento de conexión social en la edad avanzada.

1. QUAL A CIDADANIA PROGRAMADA AOS IDOSOS NO BRASIL?

A Cidadania e a Dignidade da Pessoa Humana são alguns dos fundamentos da República Federativa do Brasil e relacionados aos Princípios Fundamentais identificadores do Estado Democrático de Direito.

No processo de integração da pessoa idosa com a realidade nacional, faz-se necessário reconhecer o idoso como cidadão pleno, um sujeito de direitos e não simples personagem que nasceu, produziu e sucumbe com o passar dos anos.

A nação precisa aprender a conviver com a população idosa, mas distanciando-se dos fatores que menosprezam o velho nacional.

Para PASA⁷:

A cultura atual deseja controlar o envelhecimento. O culto ao corpo, à beleza, à agilidade e, principalmente à produtividade desencadeia a rejeição à velhice como um mecanismo de defesa natural. No entanto, é na aceitação da realidade que se compreende como é possível ser feliz em qualquer momento da vida. Esse é o melhor caminho para a longevidade.

⁶ Resumen do Índice Global del Envejecimiento 2013, p. 8. Acessar www.helpage.org/global-agewatch/reports/.

⁷ PASA, Fabiane. *Enfrentando a depressão e a solidão*. In BRUSTOLIN, Leomar A; CORTELETTI, Ivonne A. *Saber viver: reflexões e dicas para envelhecer com qualidade*, p. 147.



Celso Leal da Veiga Júnior

É pensando na essência do Estado Democrático de Direito, que se faz urgente no Brasil a recomposição do significado de Cidadania e de Direitos Humanos com a finalidade de aliá-los à efetividade de direitos aos idosos, mudando-se conceitos e comportamentos em relação à pessoa idosa, valendo para tanto, repensar BRANDÃO e MERCADANTE⁸:

Em uma sociedade na qual os valores são o ganho e o consumo, qual o lugar reservado a quem não mais ganha, e pouco consome? Que não gera lucros, mas despesas? Que não ajuda e tem de ser ajudado? Que não é vigoroso, saudável e bonito segundo padrões estéticos ligados à beleza, saúde e força física?

Na expectativa de tornar mais real o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, em combinação com a Cidadania e os Direitos Humanos verdadeiramente adaptados ao sentimento fraterno, formando-se um conjunto justo e necessário aos direitos da pessoa idosa, ponderando-se que para GALTUNG⁹:

[...] um direito humano será concebido a partir daqui como uma norma, respeitante a e, de facto, protegendo o que há de mais essencial na existência humana. Existe uma ligação às necessidades humanas básicas que, potencialmente, tornariam os direitos humanos aplicáveis aos seres humanos em toda a parte [...]

Conforme PIOVESAN¹⁰: “os direitos humanos são fruto de um espaço simbólico de luta e ação social, na busca por dignidade humana, o que compõe um construído axiológico emancipatório”.

Assim, para BOTELHO¹¹, “a concretização dos direitos fundamentais pode ser entendida como um pressuposto para a efetivação da cidadania” ao que, existindo omissões quanto aos

⁸ BRANDÃO, Vera Antonieta T.; MERCADANTE, Elizabeth Frohlich. *Envelhecimento ou longevidade*, p. 41.

⁹ GALTUNG, Johan. *Direitos Humanos: uma nova perspectiva*. Tradução de Margarida Fernandes, p. 10.

¹⁰ PIOVESAN, Flavia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 13. ed. p.176.

¹¹ BOTELHO, Alexandre. *Curso de Ciência Política*, p. 352.





direitos das pessoas idosas pelos diversos níveis da Administração Pública no Brasil, o Poder Judiciário têm se pautado com decisões de vanguarda a respeito da saúde do idoso, tomando por parâmetro questões constitucionais mais amplas e prestigiando o idoso como cidadão merecedor de cuidados específicos.

É preciso que as Políticas Públicas voltadas aos idosos sejam construídas com a participação deles almejando-se, entre outros, o sentido do enlace cidadão na elaboração de leis, projetos e programas a eles voltados.

O idoso-cidadão, sem ser obstáculo, mas ativo e interessado, representa a evolução do Direito e das forças sociais que carecem de mais legitimidade ao futuro do Brasil, país que se apresenta parcialmente despreparado para atender as demandas decorrentes da longevidade de seus filhos.

Se para MORAES¹² a noção de direitos fundamentais é “mais antiga que o surgimento da idéia de constitucionalismo, que tão-somente consagrou a necessidade de insculpir um rol mínimo de direitos humanos em um documento escrito, derivado diretamente da soberana vontade popular” é razoável entender que dignificar o idoso, esteja ele dependente ou não, é obrigação moral antes de ser legal.

De nada adianta o arcabouço legal se a Sensibilidade e a Amorosidade não estiverem ligadas e exercitadas no cotidiano das pessoas e das diversas repartições públicas nacionais.

Infelizmente, na divisão de deveres para com os idosos, embates existem entre a família, a sociedade e o Estado, cada qual buscando escusar-se, delegando ao outro, parcelas de responsabilidades.

Apenas a Política Nacional do Idoso e o Estatuto do Idoso serão insuficientes para a garantia de dias melhores à população idosa.

A (re)construção da Cidadania da pessoa idosa é questão merecedora de estudos mais aprofundados, possibilitando a sistematização legal e operacional dos anseios, das necessidades e das demandas emergentes.

É imprescindível a mudança comportamental da família, do Estado, da sociedade e do próprio idoso que ao exercício da Cidadania plena deve deixar de considerar-se vítima do sistema econômico e

¹² MORAES, Alexandre. *Direitos Humanos Fundamentais*: comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência, p.19.



atuar, em todos os sentidos, com maior autonomia, bradando por direitos e integrando-se a órgãos representativos.

Entre alguns dos Direitos Fundamentais expressos na Constituição da República Federativa do Brasil, é possível neles inserir a pessoa idosa e promover, com mais ênfase, a Cidadania da pessoa idosa, ainda mais se forem abarcados aqueles princípios implícitos no texto constitucional, apesar de a festejada Declaração Universal dos Direitos Humanos¹³ não colocar o idoso como sujeito de maiores preocupações, tanto que fornece melhor destaque, por exemplo, à maternidade e à infância, afirmando-lhes pontualmente, o direito a cuidados e assistência especiais, enquanto a pessoa idosa nela consta em caráter geral.

2. ALGUNS SIGNIFICADOS AO BEM DA CIDADANIA DA PESSOA IDOSA

A edificação da Cidadania plena ao idoso, como decorrência de processo histórico e social fará justiça aos Direitos Humanos e à sua importância no contexto da humanidade.

Com o aumento da população idosa no Brasil, surgirão outros tipos de questões que até então não eram notadas. Os idosos passam despercebidos.

Sabe-se que existe enorme dependência das pessoas em relação ao Estado, algo que haverá de ser ajustado sem perder de vista que na lição de Pasold¹⁴:

Quanto ao Paternalismo e o Estado Brasileiro o desafio é estabelecer qual o real limite além do aspecto conceitual entre políticas, projetos, programas de apoio aos social e economicamente excluídos, e o comportamento paternal do poder governamental, este último sempre estimulador da cooptação política dos contemplados.

¹³ Adotada e proclamada pela Resolução 217-A da Assembléia Geral das Nações Unidas em 10.12.1948.

¹⁴ PASOLD, Cesar Luiz. *Teoria da Constituição e do Estado: uma pauta para o tempo XXI*. In PASOLD, Cesar Luiz; SANTO, Davi Espírito. *Reflexões sobre Teoria da Constituição e do Estado*. p. 471.



Se os direitos fundamentais devem ser destinados a todas as pessoas, podem-se admitir os idosos como os destinatários especiais, tendo eles, inclusive, Direito à Paz e à Tranquilidade, situação que poderia ser garantida, mais pelo Estado do que pela família e pela sociedade.

Não é porque existem o Estatuto do Idoso no Brasil e algumas ações paliativas acerca das pessoas idosas que estão resolvidos os problemas e as carências da população idosa.

Pelo contrário, a partir do referido diploma legal, nasceu a necessidade de debater sobre a Cidadania da pessoa idosa, qualificando-a frente ao mercado e outros interessados que buscarão explorar a longevidade.

É que, conforme OLIVEIRA JÚNIOR¹⁵:

[...] muito embora a maioria dos princípios que fundamentam os direitos fundamentais à qualidade de vida estejam constitucionalizados, isto não quer dizer que estejam sendo vividos. É preciso perceber a distância entre a Constituição formal e a Constituição real, bem como o fato de que sempre existe o risco das forças políticas atuarem menos em favor do melhor e funcionalmente útil e mais em favor de interesses econômicos.

Visando à Cidadania da pessoa idosa no Brasil, mediante amplo debate com a comunidade, impõe-se uma prática dialogal, dialética e sistêmica entre governos, sociedade e família, aproximando-os da realidade do cidadão idoso, criando-se mecanismos que possibilitem a redução das discriminações.

O redesenho sobre a Cidadania no Brasil pode ser um conselho associado à hipótese de se alcançar a esperada efetividade dos direitos a pessoa idosa, construída nos ideais de Justiça, da Paz, do Cuidado e da Solidariedade.

A Cidadania da pessoa idosa no Brasil, partindo-se da premissa que as democracias representativas são reduzidas, requer outro pensar, mais humanizado, unido ao entendimento de finitude das pessoas, em valores que para BOFF¹⁶ não conhecem limites:

¹⁵ OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebiades de. *Teoria Jurídica e Novos Direitos*, p.162.

¹⁶ BOFF, Leonardo. *Ética da vida: a nova centralidade*, p.142.

Tais valores são a tolerância, a não violência, a idéia da renovação gradual da sociedade por meio do livre debate, a transformação das mentalidades e do modo de viver mediante o diálogo permanente, aberto e crítico; enfim, a vivência da irmandade e da consciência de um destino comum para todos. A democracia é o regime no qual cada pessoa reivindica a dignidade de obedecer ao que é justo. E o que é justo ou injusto não é estabelecido de modo autoritário pela lei, mas nasce da persuasão sobre a validade objetiva de valores que julgam nossas práticas e norteiam nossas consciências.

A Cidadania, pela sua importância, há de ser compreendida por várias formas. Desde a jurídica até a sociológica, o que permite análise dela sob o manto da Espiritualidade, fazendo com que possamos compreender a Utopia de uma Cidadania da pessoa idosa, esta voltada ao grupo de seres humanos que cresce à margem do desenvolvimento econômico, distanciado da valorização da vida como bem inalienável.

Para realçar a Cidadania como um todo e fundamentalmente ao Bem de uma Cidadania da pessoa idosa, os poderes constituídos no Brasil e a sociedade em geral devem assimilar a urgência de se voltarem ao simples, ao elementar, que é a Dignidade da pessoa humana, partindo da indicação de OLIVEIRA JÚNIOR¹⁷ no sentido de a Cidadania ser compreendida através de três planos diversos, porém interligados, a saber:

- a) o da evolução sucessiva de direitos; b) o da necessidade de uma politização do direito e uma juridicização da política, ou da busca da efetividade sem a eliminação de certos princípios, e c) a questão dos avanços tecnológicos na área a bioética e da bioengenharia e os problemas éticos daí decorrentes para a construção de uma ordem jurídica.

¹⁷ OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebiades de. *Teoria Jurídica e Novos Direitos*, p. 85.



CONCLUSÃO

Sem a pretensão de concluir o assunto, mas iniciar debate ao aperfeiçoamento do tema e reconhecendo a existência de ruídos na efetivação da Cidadania e de uma Cidadania da pessoa idosa, considerando o atual modelo de Estado no Brasil e as variáveis das crises e das omissões da família, da sociedade e do Estado em relação aos idosos, parece que:

a) em momentos nos quais buscam a longevidade através do avanço da medicina e outras ciências, poucos avançam para destacar a pessoa idosa como sujeito de direitos;

b) o idoso, tido como excluído, convive distante dos valores elementares da plena Cidadania, afastado de valores humanos fundamentais;

c) os legisladores não entendem a pessoa idosa como um ser humano útil e necessário, mas sim dependente e sem autonomia;

d) em tempos de discursos voltados à valorização da Vida, esquecem Princípios básicos de deveres fundantes da família que em diversos casos esconde o seu membro idoso, privando-o de cuidados;

e) outras reflexões exigem constância de modo a se buscar (re)aproximação prática e conceitual entre a Cidadania, o Direito e a Vida;

f) a ineficácia e a inefetividade de alguns direitos fundamentais relacionados aos idosos não é maior por conta de medidas adotadas pelo Poder Judiciário. Todavia, as pessoas idosas não podem permanecer em litígios constantes para assegurar direitos. Pelo contrário, deveriam estar mais tranquilas e participativas;

g) uma vida digna ao idosos? A continuar como estamos, permanecerá apenas o discurso político-partidário favorecedor daqueles que objetivam vantagens;

h) Direitos Humanos e Cidadania são referenciais históricos, necessários ao aperfeiçoamento do aparato legal-judiciário nacional à população idosa;

i) a lei nada é e pouco representará se, no seio familiar, não conviver a Harmonia forjada pela Sensibilidade, com o Respeito Humano e a Moral;

j) se os direitos evoluem, edificar uma Cidadania da pessoa idosa, sem criar privilégios, pode ser um caminho para que o Brasil



seja, de fato, cumpridor de tarefas imprescindíveis à Dignidade da pessoa humana;

k) a Cidadania da pessoa idosa haverá de ser aquela que motiva o idoso a participar de processos, das decisões políticas, integrando-o como reivindicante, titular, parceiro, agente de mudanças e destinatário de deveres e direitos;

l) dar ao idoso a validade real ao exercício preferencial de Acesso à Justiça e dela obter rápida decisão poderá ser uma das consequências da Cidadania da pessoa idosa.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BOFF, Leonardo. *Ética da vida: a nova centralidade*. Rio de Janeiro: Record, 2009.

BOTELHO, Alexandre. *Curso de Ciência Política*. Florianópolis: Letras Contemporâneas, 2005.

BRANDÃO, Vera Maria Antonieta T.; MERCADANTE, Elizabeth Frohlich. *Envelhecimento ou longevidade*. São Paulo: Paulus, 2009.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. 25. ed. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2007. (Série Textos Básicos)

BRASIL. Lei 10.741, de 1º de outubro de 2003. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. In, VEIGA JUNIOR, Celso Leal da; PEREIRA, Marcelo Henrique Pereira. *Comentários ao Estatuto do Idoso*. São Paulo: LTr, 2005.

CAMARANO, Ana Amélia. Prefácio in FÉLIX, Jorge. *Viver muito: outras idéias sobre envelhecer bem no séc. XXI (e como isso afeta a economia e o futuro)*. São Paulo: Leya, 2010.

FELIX, Jorge. *Viver muito: outras idéias sobre envelhecer bem no séc. XXI (e como isso afeta a economia e o seu futuro)*. São Paulo: Leya, 2010.





GALTUNG, Johan. *Direitos Humanos: uma nova perspectiva*. Tradução de Margarida Fernandes. Lisboa, Portugal: Instituto Piaget, 1994. Título Original: *Human Rights-In Another Key*.

MORAES, Alexandre. *Direitos Humanos Fundamentais: comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 1997.

OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebiades de. *Teoria Jurídica e Novos Direitos*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2000.

PASA, Fabiane. Enfrentando a depressão e a solidão. In BRUSTOLIN, Leomar A.; CORTELLETTI, Ivonne A. *Saber Viver: reflexões e dicas para envelhecer com qualidade*. São Paulo: Paulus, 2013.

PASOLD, Cesar Luiz. Teoria da Constituição e do Estado: uma pauta para o tempo XXI. In PASOLD, Cesar Luiz; SANTO, Davi Espírito. *Reflexões sobre Teoria da Constituição e do Estado*. Florianópolis: Insular, 2013.

PIOVESAN, Flavia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 13. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

VEIGA JÚNIOR, Celso Leal da; PEREIRA, Marcelo Henrique. *Comentários ao Estatuto do Idoso*. São Paulo: LTr, 2005.





LOS DERECHOS HUMANOS Y EL MATRIMONIO CANONICO: EL CANON 1095 DEL C.I.C.

M^a Leticia Rojo Alvarez-Manzaneda¹

INTRODUCCIÓN

Si hacemos referencia a los usos lingüísticos, el término “derechos humanos”, designa aquellos derechos que, refiriéndose a valores básicos, se encuentran recogidos por los tratados internacionales. Teniendo en cuenta esta consideración la diferencia entre derechos fundamentales y derechos humanos se encuentra en el ordenamiento que los reconoce y protege, si ha

¹ Trabajo realizado por Profa. Dra. M^a Leticia Rojo Alvarez-Manzaneda, Profesora Contratada Doctora, del Departamento de Derecho Procesal y Derecho Eclesiástico del Estado (Sección Departamental de Derecho Eclesiástico del Estado) de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada (España). Doctora en Derecho por la Universidad de Granada con la calificación de “Sobresaliente cum laude”; autora de numerosas publicaciones en las que se abordan temas como “El proceso de secularización del matrimonio en Portugal”, “El testamento vital en la legislación autonómica; análisis comparativo”, “Confesiones religiosas, matrimonios homosexuales y objeción de conciencia en España”, “Análisis de la objeción de conciencia fiscal”, “La elección del Romano Pontífice”, “Régimen jurídico de los bienes histórico-artísticos de las confesiones religiosas en la legislación autonómica”, “La objeción de conciencia farmacéutica y la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 8 de enero de 2007”, “Derecho de libertad religiosa: objeción de conciencia ante la asignatura de educación para la ciudadanía”. Por lo que se refiere a las publicaciones en libros y capítulos de libros, hay que decir que los temas tratados son los siguientes: “Instrumentos jurídicos para la protección del Patrimonio Histórico-Artístico y Cultural de la Iglesia Católica en Granada”, “Planes de acción en tutorías de la Universidad de Granada 2003-2004”, “Orientación y tutoría en la Universidad de Granada”. - “Otros supuestos de objeciones de conciencia”, “La enseñanza y el aprendizaje en la universidad. Una propuesta de evaluación en la facultad de derecho: la formación de los juristas y su adaptación al espacio europeo de educación superior”, “Los sentimientos religiosos en los mayores”, “El régimen patrimonial, económico y fiscal de las confesiones”, y la “Asistencia religiosa”.



blamos de derechos fundamentales el ordenamiento interno y en el caso de los derechos humanos el ordenamiento internacional². Por lo tanto podemos decir que unos mismos derechos, son protegidos por varios ordenamientos, entre los que se establece un sistema de colaboración. Además en España hay que tener en cuenta lo establecido en art. 10.2 de la Constitución que obliga a interpretar las normas constitucionales sobre derechos fundamentales “de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”.

“Los derechos humanos nacen con un marcado signo individualista, como libertades individuales que reclaman un ámbito de autonomía que compete garantizar al Estado. Al Estado liberal hay que reconocerle la declaración y protección jurídica de libertades y de ciertos derechos fundamentales, civiles y políticos (de pensamiento, expresión, religión, participación política aunque restringida, establecimiento de garantías penales y procesales, etc.)”³.

En relación con la protección de estos derechos frente a los poderes públicos, el régimen de ejercicio de estos derechos puede responder al modelo preventivo o el represivo. El preventivo es aquel en el que la administración controla o vigila a priori el uso de la libertad, de tal forma que queda “retenida” en tanto en cuanto no se conceda el correspondiente permiso. El modelo represivo, consistente en que los ciudadanos ejercen esos derechos sin límites, pero hay que tener en cuenta que pueden ser objeto de sanción en vía judicial, si se produce la vulneración de otros derechos o bienes jurídicos, se trata de un modelo que se aplica en sistemas respetuosos con las libertades y el que se desprende de la constitución y de su normativa de desarrollo⁴.

Otro aspecto que también hay que tener en cuenta es que el Tribunal Constitucional determina que “no existen derechos ilimitados. Todo derecho tiene sus límites que, ... establece la Constitución por sí misma en algunas ocasiones, mientras en otras

² DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L. M. *Sistema de derechos fundamentales*. Cizur Menor: Thomson-Civitas, 2005 (2.^a ed.), Capítulo I (“Aproximación a la idea de derechos fundamentales”), p. 31.

³ BETEGÓN CARRILLO, J. *Concepto y fundamento de los derechos humanos*. Teoría del derecho y filosofía del derecho, Iustel, Madrid, (<http://www.iustel.com>).

⁴ PRIETO SANCHÍS, L. *La protección de los derechos humanos*. Teoría del derecho y filosofía del derecho, Iustel, Madrid, (<http://www.iustel.com>).



el límite deriva de una manera mediata o indirecta de tal norma, en cuanto ha de justificarse por la necesidad de proteger o preservar no sólo otros derechos constitucionales, sino también otros bienes constitucionalmente protegidos”⁵.

1. EL MATRIMONIO COMO DERECHO HUMANO

Centrándonos en el tema objeto de nuestro estudio, el matrimonio, comenzaremos por analizar lo establecido por el ordenamiento internacional desde la perspectiva de derecho humano.

En el artículo 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948⁶, proclamada por la Asamblea General, se determina, que “los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio. Sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio”.

El Convenio de Roma de 4 de noviembre de 1950⁷, para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, en su artículo 12, regula el derecho a contraer matrimonio. Determina que “a partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho”.

En el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello, para que se celebre el matrimonio es necesario el consentimiento de los contrayentes. Los Estados Partes tomarán las medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y de responsabilidades de ambos esposos

⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional 2/1982, de 29 de enero (BOE de 26 de febrero de 1982).

⁶ 10 de diciembre de 1948, Asamblea General ONU. Declaración Universal de derechos humanos, adoptada y proclamada por la 183ª Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas.

⁷ Convenio de 4 de noviembre de 1950, ratificado por instrumento de 26 de septiembre de 1979. Protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, hecho en Roma (BOE de 10 de octubre de 1979).



en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución⁸.

En el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁹ en su artículo 10 se determina que “el matrimonio debe contraerse con el libre consentimiento de los futuros cónyuges”. Y el artículo 12 del Convenio de Roma para la protección de los Derechos Humanos y de las libertades fundamentales, en el que se recoge el derecho a contraer matrimonio, concretamente se dice que “a partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia según las leyes nacionales que rijan en el ejercicio de este derecho”.

Dentro del ámbito de la Unión Europea tenemos que destacar el artículo 9 de la Carta de Derechos fundamentales de la UE, hecha en Niza el 7 de diciembre de 2000¹⁰, en el que se garantiza “el derecho a contraer matrimonio y el derecho a fundar una familia según las leyes nacionales que regulen su ejercicio”.

A la vista de lo anterior queda claramente constatado que la unión matrimonial necesita una regulación jurídica que, independientemente de su carácter civil o religioso, ha de ser regulada por normas que determinen necesariamente los derechos y deberes de los que componen esta unión.

2. DISTINTOS CONCEPTOS DE MATRIMONIO

Se exponen a continuación distintos conceptos de matrimonio, cada uno con las particularidades que le son propias y teniendo en cuenta la fuente de la que proceden.

Según el Diccionario de la Real Academia Española el matrimonio se define como la “unión de hombre y mujer, concertada mediante ciertos ritos o formalidades legales, para establecer y mantener una comunidad de vida e intereses”.

La Constitución Española de 1978, ubica dentro de los derechos y deberes de los ciudadanos, concretamente en el artículo 32, el derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica, y determina que la “ley regulará las formas de matrimonio, la edad y

⁸ Vid. art. 23 del Pacto de 19 de diciembre de 1966. Ratificado por instrumento de 13 de abril de 1977. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (BOE de 30 de abril de 1977).

⁹ Pacto de 19 de diciembre de 1966. Ratificado por Instrumento de 27 de abril de 1977. Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales (BOE de 30 de abril de 1977).

¹⁰ Do Comunidades Europeas “Serie C” núm. 364, de 18 diciembre 2000.



capacidad para contraerlo”¹¹, con lo que se deja la capacidad para ser regulada legalmente¹².

En el Código Civil, se regula el matrimonio del artículo 42 al 107. En su artículo 44 se determina que “el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio”, añadiendo “que el matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo”¹³, en el mismo texto se indica que no hay matrimonio sin consentimiento matrimonial¹⁴, así como quienes no pueden contraer matrimonio, la forma de celebración, etc...

Y el Código de Derecho Canónico en el canon 1.055 se establece que el matrimonio canónico es la “alianza matrimonial por la que el varón y la mujer constituyen entre sí un consorcio de toda la vida, que se ordena por su misma naturaleza al bien de los cónyuges y a la generación y educación de la prole”.

El canon 1057.2 establece: “El consentimiento matrimonial es el acto de la voluntad, por el cual el varón y la mujer se entregan y aceptan mutuamente en alianza irrevocable para constituir el matrimonio”. De ello se deduce que el consentimiento es un acto interno y personalísimo, es en definitiva un acto humano, un acto de la voluntad, hacemos nuestras las palabras de J. F. Castaño que dice lo siguiente: “el acto humano de consentir, que en su naturaleza entitativa es un acto de la voluntad, en su “mecanismo interno”, se halla precedido de una serie de actos parciales del intelecto. Antes de que el consentimiento esté completo en su ser de “actus voluntatis”, es decir, antes de que llegue a su última perfección entitativa (acto decisorio), tiene que pasar por una serie de actos del intelecto como son advertir, considerar, deliberar, juzgar, estimar... Acto, pues de la voluntad aunque en su formación y antes de llegar a su última perfección, esté prendido de actos del intelecto”¹⁵.

¹¹ “1. El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica. 2. La ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos”.

¹² Vid. también en relación con la institución del matrimonio los artículos 14, 39 y 149.1.8^a de la Constitución de 1978.

¹³ El párrafo 2^o del artículo 44 introducido por el apartado uno del artículo único de la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio (BOE de 2 de julio).

¹⁴ Vid. artículo 45 del Código Civil.

¹⁵ CASTAÑO, J. F., “*El canon 1057, centro de la legislación matrimonial*”, en AAVV, Estudios Jurídico-canónicos, Universidad Pontificia de Salamanca, Salamanca, 1991, p. 213-214.



Sin pretender precisar ni entrar sobre el carácter socio-político-religioso de las distintas definiciones anteriormente expuestas, nos centramos en el hecho fundamental de que para hablar de un matrimonio válido es necesario que sea contraído con una serie de requisitos: capacidad de las partes, consentimiento mutuo y libre, y en la forma que determine el legislador.

3. LOS DERECHOS DE LA PERSONA EN RELACIÓN CON LAS CAUSAS MODIFICATIVAS DE LA CAPACIDAD

Nadie está obligado a ejercitar este derecho de la persona. El individuo es libre para casarse o no. Y el legislador no puede prohibir a ninguna persona ejercitar este derecho.

Ahora bien existen limitaciones a este derecho que pueden venir determinadas por el legislador, en cuyo caso el matrimonio contraído no sería válido.

¿Y cuándo se pueden llegar a plantear esas limitaciones? Lógicamente que las mismas se sitúan con anterioridad a la celebración del matrimonio teniendo en cuenta, a la hora de elaborar el expediente matrimonial, que no exista ninguna de las prohibiciones que el legislador ha establecido, y en su caso solicitando la dispensa correspondiente.

Pero la realidad nos lleva al momento posterior a la celebración del matrimonio, partiendo de la existencia de una ruptura, de un fracaso en la convivencia y sobre todo de los resultados recogidos por la jurisprudencia, y ya entramos plenamente en el ámbito del Derecho matrimonial canónico, que nos muestra que el mayor porcentaje de causas de nulidad matrimonial que se tramitan ante los tribunales eclesiásticos están relacionadas con la falta de consentimiento, en definitiva por una falta de capacidad en ambas partes o en alguna de ellas a la hora de contraer matrimonio.

Así pues cuando se produce un fracaso matrimonial, lo primero que se ha de tener en consideración es el origen del mismo y especialmente qué factores han llegado a incidir en dicho fracaso.

¿Supone ello una incapacidad de las partes para la convivencia? ¿Supone una quiebra de la capacidad del individuo en todos los órdenes de la vida?. Ciertamente que no puesto que hay situaciones en las que la incapacidad de la persona únicamente afecta a la esfera de





las relaciones interpersonales matrimoniales, y que de forma certera aparece recogida en la sentencia del Tribunal interdiocesano de Primera Instancia de Sevilla: “Si quiere hacer hincapié este Colegio Judicial que sus conclusiones sólo se refieren al área del matrimonio y de la comunidad conyugal, pues éste es su oficio, sin juzgar nada por cuanto se refiere a otras áreas de la vida de los litigantes en esta causa, que quedan fuera del ámbito de lo matrimonial y de la comunidad conyugal, pues sale ello del oficio del Tribunal”¹⁶.

Si las perturbaciones afectan a la configuración psíquica del sujeto y a sus facultades en términos tales que afecte a que el consentimiento matrimonial pueda prestarse válidamente y cumplirse los compromisos esenciales asumidos, el sujeto es incapaz de consentir o asumir y por consiguiente no puede nacer el vínculo matrimonial.

4. LAS INCAPACIDADES DEL CANON 1095

Existen en las legislaciones circunstancias modificativas de la capacidad de las personas físicas¹⁷. Y en este sentido, y dado que nos referimos al matrimonio canónico, el Código de derecho canónico en el Título VI De las personas físicas y jurídicas, Capítulo Primero, De la condición canónica de las personas físicas, a partir del canon 96, explicita aquellas circunstancias que afectan a la capacidad de las personas físicas¹⁸.

No se trata aquí y ahora de entrar a analizar dichas circunstancias, ni tampoco desarrollar lo referente a las prohibiciones o impedimentos canónicos que ciertamente suponen una clara restricción al “*ius connubii*”. Este trabajo pretende centrarse en la incapacidad para consentir y en definitiva en analizar el contenido del canon 1095, del vigente Código de derecho canónico, a la luz de la jurisprudencia emitida más recientemente por el Tribunal de la Rota de la Nunciatura Apostólica de Madrid.

¹⁶ Sentencia del Tribunal interdiocesano de Primera Instancia de Sevilla de fecha 15 de febrero de 2007.

¹⁷ Vid. Libro Primero del Código Civil.

¹⁸ “Por el bautismo se adquiere, pues, la condición de personas física en el Derecho canónico, y por tanto, la plenitud de los derechos y deberes propios de los cristianos; se puede privar de estos derechos por sanción legítimamente pronunciada”, SOUTO PAZ, J.A. *Derecho canónico*. Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 1986, p. 92. Vid. también LOMBARDÍA, P. *Escritos de Derecho Canónico III*. Ediciones de la Universidad de Navarra, Pamplona, 1974, p. 59 y ss.



Este canon, determina que: “Son incapaces de contraer matrimonio: 1º quienes carecen de suficiente uso de razón; 2º quienes tienen un grave defecto de discreción de juicio acerca de los derechos y deberes esenciales del matrimonio que mutuamente se han de dar y aceptar; 3º quienes no pueden asumir las obligaciones esenciales del matrimonio por causas de naturaleza psíquica”¹⁹.

4.1. La carencia de suficiente uso de razón

La doctrina determina que estaríamos ante este supuesto en el caso de que en el momento de contraer matrimonio no se tenga el suficiente uso de razón, esto quiere decir que, se carece de dominio de entendimiento y voluntad para realizar un acto humano. Dentro de este supuesto nos encontramos ante las personas que están afectadas por una enfermedad mental, en estado de perturbación psíquica. En resumen todos aquellos que se encuentran privados del uso de sus facultades intelectuales y volitivas en el momento de prestar el consentimiento.

Partiendo de la dificultad que entraña la enfermedad mental en cuanto a su concepto y manifestación, es evidente que encierra matices que son de difícil comprensión jurídica.

Sin penetrar tanto en la palabra enfermedad como mental es evidente que lo que aquí quiere recoger la legislación es una discordancia o anomalía de la mente en la relación intelectual volitiva, que es lo que se podría considerar como enfermedad mental.

En este sentido, como dice V. Reina: “...no son las perturbaciones psíquicas en cuanto tales, las que hacen nulo el matrimonio, sino su incidencia en el consentimiento conforme a criterios jurídicos de valoración...”²⁰.

Esta incapacidad pertenece a la esfera cognitiva o valorativa-teórica. El consentimiento exige la capacidad de conocer y de entender la realidad exterior al hombre. Y como dice Aznar Gil “Esta capacidad, se realiza mediante tres fases sucesivas: mediante la aprensión de la cosa, la reflexión sobre la misma y el juicio que se da. Por lo tanto, cualquier enfermedad mental que impida

¹⁹ Este canon constituye una novedad en relación con lo dispuesto en la legislación del Código de derecho canónico de 1917. Recoge la praxis jurisprudencial de los últimos años estableciendo la incapacidad para prestar el consentimiento matrimonial en estos tres supuestos concretos.

²⁰ REINA, V., “*Lecciones de Derecho matrimonial*”, Barcelona, 1984, p. 72-73.



el desarrollo y ejercicio de esta facultad, o una grave perturbación del ánimo, que suponga una carencia del suficiente uso de razón, impedirá emitir un consentimiento matrimonial válido”²¹.

Habría que aludir a los distintos supuestos en que se presenta la enfermedad mental, encuadrados como anomalías de personalidad y que abarcarían las psicosis, neurosis, psiconeurosis, psicopatías, desviaciones sexuales y deformaciones morales²².

4.2. El grave defecto de discreción de juicio acerca de los derechos y deberes esenciales del matrimonio que mutuamente se han de dar y aceptar

En este caso no son capaces de consentir aquellos que tienen un defecto grave de discreción de juicio, es decir, carecen de capacidad crítica, o madurez de juicio suficiente y proporcionada a los derechos y deberes que mutuamente se han de dar y aceptar, de tal forma que esto supone que no puedan discernirlos, entenderlos y quererlos adecuadamente.

Como señala Panizo, “la discreción de juicio puede decirse que es suficiente cuando la persona es capaz de proporcionar su consentimiento, intelectual y volitivamente, a lo que es la esencia jurídica del matrimonio. El canon 1095 no contempla, para admitir una incapacidad del matrimonio, cualquier tipo de laguna del psiquismo; no exige -según la doctrina y la jurisprudencia más fiable- un perfecto equilibrio intelectual-volitivo-afectivo, sino que pide, por el contrario, que exista un grave defecto de discreción de juicio en sentido canónico. Con esto insistimos en una idea: la normalidad psicológica es categoría distinta y con diferente proyección que la normalidad canónica. Y bien puede ocurrir que una persona sea calificada de anormal en sentido psicológico o psiquiátrico, sin que esa anormalidad se traduzca en una verdadera falta de discreción”²³.

²¹ AZNAR GIL, F. *El nuevo derecho matrimonial canónico*. Publicaciones de la Universidad Pontificia de Salamanca, Salamanca, 1983, p. 268.

²² Para un mejor estudio de la cuestión vid. GUTIERREZ MARTÍN, L. “*La incapacidad para contraer matrimonio*”, Publicaciones Universidad Pontificia de Salamanca, 1987, p. 103-150.

²³ GARCÍA FAILDE, J.J. *Manual de Psiquiatría forense canónica*. Universidad Pontificia de Salamanca, Salamanca, 1991, p. 66.



La jurisprudencia se manifiesta en cuanto al acto del consentimiento matrimonial como “acto humano, es decir que procede inmediatamente de la voluntad y supone y requiere también un acto del entendimiento, lo que equivale a decir que es un acto que procede de la voluntad deliberada de quien lo pone y que en él se da la acción de ambas facultades, entre las cuales se da mutua dependencia y causalidad”²⁴.

En esa misma línea la sentencia del Tribunal de la Rota de Madrid, de fecha 12 de julio de 2006, declara la nulidad del matrimonio a causa del grave defecto de discreción de juicio sufrido por el esposo, y en su fundamentación jurídica establece lo siguiente: “acto humano se dice que es el acto del que el hombre es dueño. “Est autem homo dominus suorum actuum per rationem el voluntatem ... Illae ergo acciones proprie humanae dicuntur, quae ex voluntate deliberata procedunt, in quantum (voluntas) sequitur deliberationem rationis”²⁵.

De igual forma aparece reflejado en un Decreto ratificatorio de sentencia del Tribunal de la Rota de Madrid, la necesidad de que el acto humano de consentir ha de ser pleno: “La fenomenología del “obrar humano” se constituye toda ella por un hacer del hombre como persona racional; un hacer que reviste perfiles diferentes al “conocer” y “decidir” lo que se hace y al “realizar” lo que se conoce y decide. Es -como señala J. DE FINANCE (Ensayo del obrar humano, Gredos Madrid, 1.966, pag. 7)- un proceso que va del pensamiento en acto a las cosas en acto, “ab anima ad res”, del “querer y decidir contraer matrimonio” al “estar condiciones de efectivizar y poner por obra lo consentido”²⁶.

4.3. Son incapaces de prestar válidamente el consentimiento, y como consecuencia, de contraer matrimonio, quienes no pueden asumir las obligaciones esenciales del matrimonio por causas de naturaleza psíquica

Se tiene que tratar de una anomalía que realmente incapacite para asumir esas obligaciones esenciales.

²⁴ Decreto ratificatorio C. Alonso Rodríguez Tribunal de la Rota de la Nunciatura Apostólica Madrid 15-12-1998).

²⁵ Cf. S. Thomas, Summa Theol. 1^a – II^{aa}, qu. 1, art. 1.

²⁶ C. Panizo, Decreto ratificatorio de sentencia de fecha 24 de abril de 2006 (Base de Datos de Tirantonline.com).



El problema de la incapacidad conyugal habría de ser afrontado partiendo del principio de derecho natural, que se encuentra en la base del canon 1.095 por cuanto “nemo potest ad impossibile obligari”. Este principio se aplica al matrimonio entendido como un consorcio para toda la vida y se refiere a las obligaciones esenciales del matrimonio, que son las que constituyen el punto de referencia para valorar la incapacidad. Por consiguiente el concepto concreto quedaría referido a la incapacidad para asumir es decir imposibilidad moral que incide en el sujeto en relación con la vida matrimonial.

Esta imposibilidad ha de existir en el momento de la emisión del consentimiento, y no equivale simplemente a no cumplir, ni a la posible dificultad que ello conlleve, ni tampoco a no querer cumplir, sino a realmente no poder cumplir. En este sentido hacemos nuestra la expresión del Profesor Viladrich que, a este respecto, indica lo siguiente: “A diferencia de “cumplir” o “realizar” que son términos equívocos, asumir es una acción libre y racional de presente: el futuro es anticipado en potencia y sobre esta potencia el sujeto compromete su intento de realización, como intento obligado en justicia para siempre”²⁷.

El legislador nos indica que la característica de esa incapacidad ha de ser por causa de naturaleza psíquica, aunque la jurisprudencia pone de manifiesto que no necesariamente ha de ser una patología en sentido estricto, si bien se acepta que se deba tratar de una seria forma de anomalía referida al universo psíquico de la persona.

Precisamente desde que se han incorporado las nuevas técnicas a la vida actual se han venido a producir nuevas causas posibles de nulidad matrimonial con una terminología específica las llamadas adicciones.

En los fundamentos de derecho del Decreto ratificatorio de sentencia de fecha 28 de marzo de 2006, en el que se declara la nulidad del matrimonio por defecto de consentimiento en el marido demandado, tanto por su grave defecto de discreción de juicio como por su incapacidad de asumir-cumplir las esenciales obligaciones conyugales, se procede a precisar qué se entiende por “adicción”. “La palabra “adicción” y el adjetivo “adicto” -cuando se refieren a personas, “persona con adicción” o “persona adicta”- llevan consigo idea de “sumisión inexcusable o imperiosa”, idea de ser o

²⁷ VILADRICH, P.J., *sub. Can. 1095 en “Comentario Exegético al Código de Derecho Canónico”*, EUNSA, Pamplona 202, vol3/2, p. 1228.



persona “dominada” por un hábito; en Toxicomanía, por el hábito de consumo de sustancias tóxicas o por hábitos irrefrenables e inflexibles de conductas aunque no sean determinados por ingesta de sustancias tóxicas (por ejemplo, ludopatías, cibermanías²⁸, etc.). En “estados de adicción”, lo más esencial y digno de nota es el peso del hábito, del que no se puede prescindir o abstenerse por razones psicológicas o fisiológicas inclusive. Una natural consecuencia del “hábito” a sustancias psico-activas o de las conductas de “enganche” sin sustancias es la caracterizada por la pérdida o grave deterioro del control de los impulsos”.

En las circunstancias actuales se ha de destacar la importancia que tanto individual como colectivamente tiene la red de comunicación global – Internet – y mientras que su uso racional y equilibrado es beneficioso para la persona y la sociedad, no cabe duda que de contrario puede ser perjudicial, y dentro de esta consideración, su uso irracional y desequilibrado puede ser debido a una adicción de consecuencias impredecibles, y es más esta adicción podría incidir directamente en la persona originando, en su caso, un trastorno de personalidad, motivando una incapacidad y dando origen a la nulidad matrimonial.

En este sentido nos referimos expresamente a un recientísimo Decreto ratificatorio de sentencia de nulidad matrimonial de 1º instancia de fecha 17 de abril de 2013, en el que se declara la nulidad del matrimonio por grave defecto de discreción de juicio en el esposo

²⁸ Internet se ha incorporado a la vida moderna y su popularización ha suscitado advertencias sobre las consecuencias negativas si se usa de forma desmedida Vid. CRUZADO DÍAZ, L.; MATOS RETAMOZO, L.; KENDALL FOLMER, R. *Adicción a internet: perfil clínico y epidemiológico de pacientes hospitalizados en un instituto nacional de salud mental*. Rev Med Hered 17 (4), 2006, p. 197 y ss. En esta misma publicación en su página 203, después de realizar un exhaustivo estudio determina que los “pacientes con adicción a internet se caracterizan por su corta edad, elevado tiempo de uso diario de internet, predominancia de uso de juegos en red y alta frecuencia de rasgos y conducta psicopáticas. Proviene de familias disfuncionales, poseen baja autoestima e importante comorbilidad con cuadros depresivos y de consumo de sustancias. Su adicción redundó en importante deterioro personal académico y de sus relaciones familiares”. Vid. también MARCO, C.; CHÓLIZ, M. *Tratamiento cognitivo-conductual en un caso de adicción a Internet y videojuegos*. International Journal of Psychology and Psychological Therapy, 2013, 13, 1, p. 125-141, en este estudio se determina que “es preciso aseverar que jugar con videojuegos y conectarse a Internet son conductas que no sólo son útiles y beneficiosas, sino que incluso es probable que se incrementen en la población. Pero no hay que olvidar que hay personas que pueden llegar a padecer problemas de dependencia de éstas y que esto ya es motivo de preocupación por parte de familiares y profesionales, razón por la cual es necesario darle cumplida respuesta desde la investigación científica para ayudar a aquellas personas que presentan dificultades para controlar el uso de videojuegos e Internet”.



demandado y por incapacidad del mismo para asumir las obligaciones esenciales del matrimonio. Dentro de los fundamentos de derecho señala que: “La adicción a internet agrupa a una serie de desórdenes relacionados con la realización compulsiva de actividades en línea (online): Compras, cibersexo, juegos de azar, uso desproporcionado de redes sociales, captación de novedades, continua visualización de imágenes... Las características más conocidas de este síndrome adictivo son el abandono de la vida familiar o social, el descuido de las funciones laborales, así como el deterioro de la higiene y la salud física a raíz de la inversión de energía y tiempo desmesurados en Internet. Cabe destacar el desajuste en el sueño de la persona adicta. Estas personas se sumergen en un mundo virtual, cada vez más aislado del mundo real, condicionando todos sus ámbitos de vida, afectando así gravemente al área de su voluntad y de su libre actuación. Los contrayentes que padecen esta adicción de forma grave no asumen las obligaciones esenciales del matrimonio, se muestran incapaces de formar una comunidad de vida y amor, pues degradan la institución matrimonial en virtud de un egocentrismo cada vez más agudo y ponen de manifiesto una más que preocupante inmadurez afectiva”²⁹.

El Pontificio Consejo para las Comunicaciones Sociales, hace específica referencia a la problemática nacida del uso de Internet, y en ese sentido dice lo siguiente: “Internet tiene un conjunto de características impresionantes. Es instantáneo, inmediato, mundial, descentralizado, interactivo, capaz de extender ilimitadamente sus contenidos y su alcance, flexible y adaptable en grado notable. Es igualitario, en el sentido de que cualquiera, con el equipo necesario y modestos conocimientos técnicos, puede ser una presencia activa en el ciberespacio, anunciar su mensaje al mundo y pedir ser oído. Permite a las personas permanecer en el anonimato, desempeñar un papel, fantasear y también entrar en contacto con otros y compartir. Según los gustos del usuario, se presta igualmente a una participación activa o a una absorción pasiva en «un mundo narcisista y aislado, con efectos casi narcóticos». Puede emplearse para romper el aislamiento de personas y grupos o, al contrario, para profundizarlo”³⁰.

²⁹ C. Moreno García, Decreto ratificatorio de sentencia de nulidad matrimonial de fecha 17 de abril de 2013.

³⁰ Pontificio Consejo para las Comunicaciones Sociales, “Ética e Internet”, 22 de febrero de 2002, n° 7.



De todas formas habría que decir que para que se reconozcan estas posibles causas de nulidad matrimonial habrán de ser antecedentes a la celebración del matrimonio, graves, y que impidan la existencia de una comunidad de vida y amor – objeto del matrimonio – y valoradas por las correspondientes pruebas y de forma específica por la prueba pericial.

En estas causas se ha de acudir al dictamen de peritos³¹, siendo el objeto de la pericia el cónyuge que sufre esta patología, y los capítulos a los que ha de responder los de la naturaleza o diagnóstico, su grado, su comienzo, su fin, sus efectos, así como las razones científicas en que fundamenta sus conclusiones.

Corresponde al juez nombrar a los peritos, después de oír a las partes o a propuesta de ellas, y determinar mediante decreto cada una de las cuestiones que debe considerar el dictamen de los peritos. Al perito se le entregará las actas de la causa y aquellos otros documentos y adminículos que pueda necesitar para cumplir bien y fielmente su cometido³². En este sentido hay que hacer referencia a las palabras de Juan Pablo II, en su discurso al Tribunal de la Rota Romana, el 5 de febrero de 1987, en el que pone de manifiesto que “entender de las causas de nulidad del matrimonio por limitaciones psíquicas o psiquiátricas exige, por una parte, la ayuda de expertos en esas materias, que valoren según su propia competencia la naturaleza y el grado de los procesos psíquicos que afecta al consentimiento matrimonial, y la capacidad de la persona para asumir las obligaciones esenciales del matrimonio; por otra parte no dispensa al juez eclesiástico, al usar las pericias, del deber de no dejarse sugestionar por conceptos antropológicos inaceptables acabando por ser implicado en malentendidos sobre la verdad de los hechos y de los significados”.

REFERENCIAS

GARCÍA FAILDE, J.J. *Manual de Psiquiatría forense canónica*. Universidad Pontificia de Salamanca, Salamanca, 1991

LÓPEZ ALARCÓN, M.; NAVARRO- VALLS, R. *Curso de derecho matrimonial canónico y concordado*. Tecnos, Madrid, 2001.

³¹ Vid. canon 1574 y Dignitas Connubii, de 25 de enero de 2005, arts. 203, 209.

³² Vid. canon 1575 y 1577.



M^a Leticia Rojo Alvarez-Manzaneda

AZNAR GIL, R. *Derecho matrimonial canónico*. Universidad Pontificia de Salamanca, Salamanca, 2002.

VILADRICH, P.J. *Comentarios a los cc.1095-1107, en Código de Derecho Canónico*. Universidad de Pamplona, Pamplona, 1992.

MARZOA, A.; MIRAS, J.; RODRÍGUEZ-OCAÑA, R. *Comentario exegético al Código de derecho canónico*. Eunsa, Pamplona, 1996.

FORNÉS J. *Derecho matrimonial canónico*. Tecnos, 5^a ed., Madrid, 2008.





CIDADANIA E ÉTICA

PRESSUPOSTOS BÁSICOS PARA A CONVIVÊNCIA SOCIAL

Alane de Lucena Leal¹

“O que eu vi, sempre, é que toda ação principia mesmo é por uma palavra pensada.” (Guimarães Rosa in: Grande Sertão: Veredas).

107

A questão proposta nesse capítulo sobre **Cidadania e Ética—pressupostos básicos para a Convivência Social** têm a finalidade de oferecer um melhor entendimento nas preocupações que envolvem o bom funcionamento da vida em sociedade, mormente no tocante dos *Direitos Humanos & Cidadania*.

O seguinte capítulo propõe promover o entendimento, crítico e reflexivo sobre o exercício da Cidadania e da Ética. Oferece pensamentos de alguns teóricos clássicos para análise e atuação na vida social, pública e privada, porquanto a reflexão deve preceder a ação. A Cidadania é fundamentalmente um método de inclusão social. Cidadania é algo que não se aprende com os livros, mas com a convivência na vida social e pública, na prática.

¹ Mestre em Ciências da Religião, graduada em Filosofia, com especialização em Filosofia e Existência, Terapia Comunitária-MISMEC e Psicodrama. Instrutora de Tai Chi Chuan. Professora do Centro Universitário UNIEURO (DF). É autora dos livros Educação e Cidadania (ed. Paulinas, 2005), Relato de uma experiência sob a ótica das Ciências Sociais (ed. Livre Expressão, 2012), coautora: Direito e Religião: Uma Aproximação (ed. Processus, 2012) e A Terapia Comunitária Integrativa no Cuidado da Saúde Mental (ed. Kiron, 2013), bem como artigos publicados em revistas eletrônicas. Contatos: e-mail: alanelucena@yahoo.com.br; Blog: alanelalealteste.wordpress.com; Twitter: [@profaneleal](https://twitter.com/profaneleal).



Entende-se que a Ética esteja ligada à liberdade, porque implica em escolhas conscientes e com responsabilidades. Logo, crê-se que mais do que normas e códigos, a Ética deve ser uma atitude, uma maneira de ser que é derivada do íntimo da cada indivíduo. Portanto, esse ensaio situa-se na intersecção desses dois eixos: Cidadania e Ética.

Com isso, buscou-se elucidar alguns conceitos *chaves* para melhor compreender a teoria aliada a prática. Assim, os conceitos de Cidadania e de Ética se tornam o pilar deste trabalho. Para tanto, recorreu-se aos clássicos gregos, Sócrates, Platão e Aristóteles bem como aos teóricos da área de Ciências Sociais, Marx, Durkheim, Peter Berger, dentre outros.

Cidadania fala de cidade, de civilização, de conduta no mundo das relações sociais, políticas que constroem a casa do homem de hoje (*ethos*). Sem ética a cidadania se esvazia e se corrompe. Daí a importância de articular semanticamente esses dois universos.

Acredita-se, pois, que todo conhecimento sugere mudanças no qual converge para atividades ligadas à construção de Ser Cidadão, pressuposto básico para a prática da Ética bem como da moral no seu significado primário.

Diante disso, esclarece-se que a opinião da autora traz um viés com questões ligadas no eterno aprendizado de ser e de tornar-se docente e praticante do eterno vir-a-ser do sujeito pensante e atuante na sociedade.

1. CIDADANIA

Os maiores males não se devem àquele que tem de confrontar-se consigo mesmo. Os maiores malfeitores são aqueles que não se lembram porque nunca pensaram na questão. (Hannah. Arendt)

Entende-se por Cidadania² o direito à vida num sentido pleno. Trata-se de um direito que precisa ser construído coletivamente, não só em termos do atendimento às necessidades básicas, mas de acesso a todos os níveis de existência, incluindo o mais abrangente,

² LEAL, Alane de Lucena. *Relato de uma experiência sob a ótica das Ciências Sociais: Uma tentativa de repensar as diferenças culturais e suas transformações*. Rio de Janeiro. Ed. Livre Expressão, 2012.



o papel do(s) homem(s) no Universo, que se realiza pela educação, pela vida em sociedade mediada pelo encontro e relação face a face, que é, sobretudo, um auxílio transformador.

Assim como a Cidadania a Ética é hoje questão fundamental, quer na educação, quer na família e entidades, para o aperfeiçoamento de um modo de vida. Não basta o desenvolvimento tecnológico e científico para que a vida fique melhor. É preciso uma boa e razoável convivência na comunidade política, para que os gestos e ações de Cidadania possam estabelecer um viver harmônico, mais justo e menos sofredor.

Enquanto em um estado democrático todos os cidadãos são iguais perante a lei, a sociedade civil ou a nação será tanto mais democrática quanto menor forem as diferenças de poder real dos seus membros – quanto menores forem as diferenças decorrentes do dinheiro, do conhecimento, e mesmo da capacidade de organização ou mobilização social. Pode-se compreender, com base em Celso Lafer que:

[...] a reflexão arendtiana, no entanto, vai mais além [...] **os direitos humanos pressupõem a cidadania não apenas como um fato e um meio, mas sim como um princípio, pois a privação da cidadania afeta substantivamente a condição humana**, uma vez que o ser humano privado e suas qualidades acidentais – o seu estatuto político – vê-se privado de sua substância, vale dizer de ser tratado pelos *outros* como semelhante.³ (negrito da autora).

É na esfera política e pública que realizamos nossa condição humana. O exercício da Cidadania, ou de tornar-se Cidadão, encontra-se em um processo dialético, que se encontra em incessante percurso em nossa sociedade, porque Cidadania é o direito à vida no sentido pleno, isto é, direito que precisa ser construído coletivamente, como já explicitado anteriormente. Sobretudo porque a Cidadania é uma construção que está sempre em processo porque só as leis não constroem a Cidadania⁴.

³ LAFER, Celso. *A Reconstrução dos Direitos Humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1998, p. 214.

⁴ LEAL, Alane de Lucena. *Educação e Cidadania*. São Paulo: Paulinas, 2005.



É importante lembrar que o mais antigo tratado de filosofia política, *A República* de Platão⁵, datado do século IV a.C., é, além do mais completo tratado sobre educação segundo a avaliação de Rousseau⁶, essencialmente um tratado sobre a justiça. Na elaboração da *Kalipolis*, ou da cidade ideal, fundada nos princípios da justiça, Platão estabelece que o governante deve ser filósofo, pois só ele conhece a essência da justiça, a mais importante das quatro virtudes cardeais. As outras três virtudes que devem moldar o caráter do cidadão grego seriam a temperança, a coragem e a piedade.

A cidade justa, afirma Platão, além de governada pelo filósofo é aquela composta de cidadãos justos, e o cidadão justo é aquele que age tanto na esfera política quanto na esfera privada de maneira justa, ou seja, o cidadão justo é o homem justo.

Desde *A República* de Platão, até a filosofia das Escolas, a filosofia política moderna e a filosofia contemporânea têm buscado uma definição precisa do conceito de justiça. Conectando a noção de justiça à de propriedade a ação justa pode ser definida como “dar a cada um o que lhe é devido”. Ou ainda “restituir o que se tomou”. Vinculando-a à linguagem o conceito de justiça pode ser compreendido como “manter a palavra dada” ou ainda “cumprir as promessas”. Vinculando-a a posse das armas, a mais controversa definição de justiça define que justo é “o que está no interesse do mais forte”. A partir do século XVII, a noção de justiça está vinculada à noção de contrato e é definida como “o cumprimento dos contratos celebrados”.

Nesse sentido, se considerarmos, de modo geral, vários períodos da história do pensamento filosófico, o injusto seria, portanto, violar a propriedade alheia, não pagar as dívidas, mentir, não cumprir as promessas, desrespeitar aqueles que detêm o poderio bélico e não cumprir os contratos celebrados.

A linguagem jurídica, a linguagem do poder público, a linguagem dos representantes das organizações não governamentais e a linguagem acadêmica devem, num esforço comum, buscar os evidentes benefícios da interdisciplinaridade, princípio que hoje impera como paradigma do processo de conhecimento em oposição

⁵ PLATÃO. *A República*. São Paulo: Martin Claret, 2009.

⁶ Jean-Jacques ROUSSEAU (1712/1778) foi um importante filósofo, teórico político, escritor e compositor autodidata suíço. É considerado um dos principais filósofos do iluminismo e um precursor do romantismo.



ao caráter de especificidade das várias áreas do saber, predominante até o final do século passado.

A noção de Cidadania que se tem hoje se refere, de maneira geral, aos direitos e deveres partilhados por indivíduos em determinada comunidade. Na maioria das vezes, é enfocada no aspecto do acesso individual aos direitos e produtos sociais, assim como participação, enquanto pertencimento na sociedade.

Acredita-se que não há um consenso sobre o tema, ou seja, o tema permanece gerando polêmica e comprova que, mesmo no âmbito da filosofia moral ou da jurisprudência, a ignorância sobre o assunto ainda não foi superada.

É importante compreender que Cidadania não deve ser vista como uma condição passiva e privilegiada de poucos, mas sim como um Direito e um Dever de cada Cidadão. Há explícito o vínculo entre a Cidadania e Educação, pois não existem cidadãos sem a educação adequada. Portanto, a educação tem como forma preventiva, um importante papel no combate à corrupção. A Educação para a Cidadania é um forma preventiva de controle social.

É consenso na Grécia Antiga, no entanto, que a justiça deve ser considerada como um bem em si e que deve ser praticada pelo seu próprio valor. Isso significa que a ação justa não deve ser pautada na expectativa de obtenção de qualquer tipo de benefício com recompensa, nem tampouco estar fundamentada no receio de punição.

Sobre a questão da justiça, é possível ainda detectar duas correntes distintas: a *jusnaturalista* e a *juspositivista*. A primeira se funda numa espécie de justiça inscrita na natureza. A segunda estabelece que a justiça se fundamenta no direito positivo ou civil. O direito natural moderno prescreve que justo é o que diz a razão humana, ou o bom senso. Por outro lado, o direito civil prescreve que justo é o que diz a lei civil, sendo o legislador um representante ou o próprio povo.

Pode-se compreender, com base em Lafer⁷ que elementos para reflexão sobre a possibilidade de se encontrar caminhos para a *reconstrução* dos Direitos Humanos. Suscita, sobretudo, a importância da tomada de consciência de que o Direito é fundado no social e para o social, e, que, por conseguinte, o indivíduo tido como

⁷ LAFER, Celso. *A Reconstrução dos Direitos Humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 2003.



Cidadão se insere nesse contexto, qual seja da relação e construção da Cidadania o qual possibilita o envolvimento na Responsabilidade Social e Ética que perpassa as relações interpessoais.

O tema da Cidadania é um tema clássico que permanece válido e desperta a atenção dos pensadores políticos desde a Grécia antiga até nossos dias.

As ideias de Cidadania política e social têm suas origens no pensamento de Marshall, quando o autor vincula o conceito de Cidadania a partir do desenvolvimento dos direitos, iniciando com o aparecimento dos direitos civis, políticos e, finalmente, os sociais. Os direitos civis referem-se aos direitos necessários à liberdade individual, os direitos políticos compreendem a participação no exercício do poder e os direitos sociais, que surgem no século XIX, correspondem ao desenvolvimento das leis trabalhistas e à implantação da educação primária pública.

Thomas Humprey Marshall (1893-1981) foi um sociólogo britânico, conhecido principalmente por seus ensaios, entre os quais se destaca *Citizenship and Social Class*, “Cidadania e Classe Social”, publicado em 1950, a partir de uma conferência proferida no ano anterior. Analisou o desenvolvimento da cidadania como desenvolvimento dos direitos civis, seguidos dos direitos políticos e dos direitos sociais, nos séculos XVIII, XIX e XX, respectivamente. Introduziu o conceito de direitos sociais, sustentando que a cidadania só é plena se é dotada de todos os três tipos de direito e esta condição está ligada à classe social.

Dessas acepções, pode-se ressaltar que “Tudo o que vai desde o direito a um mínimo de bem-estar econômico e segurança, ao direito de participar, por completo da herança social”⁸.

Por ser uma construção eminentemente coletiva, é fundamentalmente histórica e política, variando de acordo com o contexto social e da intervenção dos sujeitos. Portanto, Cidadania, mais do que ter direitos e deveres, está ligada à capacidade de intervenção social na construção e consolidação de direitos e obrigações mútuas, como despertar para a dignidade coletiva.

A Cidadania pressupõe o desenvolvimento de valores éticos que se objetivam nas seguintes virtudes cívicas: solidariedade

⁸ MARSHALL, Thomas Humphrey. *The Marshall Lectures, conferências em Cambridge*, 1949, In: Coleção leituras sobre a Cidadania-Cidadania e Classe Social. Senado Federal, Centro de Estudos Estratégicos, Ministério da Ciência e Tecnologia, 2002.



(sentimento que levam os indivíduos a se auxiliarem mutuamente) e tolerância (disposição de admitir, nos outros, modos de pensar, de agir e de sentir diferentes dos nossos), engrenadas na relação da vida pública.

Há uma estreita ligação entre Cidadania e Direitos Humanos – ser cidadão significa ter acesso pleno a todos os direitos individuais e políticos, sociais e econômicos que assegure uma vida digna ao ser humano, à comunidade e à sociedade.

Assim sendo, salienta-se que:

[...] o direito subjetivo é uma figura jurídica afim com a dos direitos do homem e da personalidade, todos representativos, no seu desenvolvimento teórico, do individualismo. [...] ver na cidadania o direito a ter direito uma vez que a igualdade não é um dado, mas um construído da convivência coletiva, que requer, por isso mesmo, acesso ao espaço público⁹.

A percepção dos conhecimentos necessários ao exercício da Cidadania, proporcionados pela convivência no âmbito social teve ênfase variante (em função das diferentes localizações sociais dos grupos inquiridos): na formação acadêmica, na instrumentação pragmática ou na emancipação social.

A percepção e o exercício da Cidadania, assim como dos direitos e deveres, longe de ser algo dado, é uma construção dinâmica a partir de vivências coletivas traçadas em determinados contextos sociais. Desde a proclamação dos direitos humanos¹⁰ ela tem uma dimensão pública (relativa ao bem comum e à generalização de normas), mas também particular (relativa ao direito à diversidade de existência real das pessoas). Estas duas dimensões nem sempre se constituem de maneira harmoniosa, havendo supressão de uma sobre a outra, dificultando o estabelecimento de uma Cidadania plena.

Nesse sentido, maior compreensão das relações entre público e privado, de geral e de diverso, de social e de individual, nas sociedades modernas, é fundamental para se chegar ao conceito de Cidadania hoje e reconstruí-lo em nossa práxis. Isso não se dá

⁹ LAFER, Celso. *A Reconstrução dos Direitos Humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 2003, p. 98.

¹⁰ Declaração Universal dos Direitos Humanos. Adotada e proclamada pela Resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948.



somente se apropriando de um legado teórico, mas também prático: “O único meio de fazer com indivíduos outra coisa que não eles mesmos é colocá-los em relação e agrupá-los de uma maneira duradoura.¹¹”. Portanto, “politicamente não existimos isolados, mas coexistimos. [...] podemos pensar por conta própria, só podemos agir em conjunto.¹²”.

Cidadania não nos é dada, ela é construída e conquistada a partir da nossa capacidade de organização, participação e intervenção social. Nesse exercício, criar uma cultura da cidadania torna-se mais importante do que o discurso, do que os conceitos.

Construir Cidadania é também construir novas relações e consciências. A Cidadania é algo que não se aprende com os livros, mas com a convivência na vida social e pública.

Criar uma cultura da Cidadania torna-se mais importante do que ações concretas. Isso significa que os símbolos, os comportamentos, as práticas das pessoas devem respirar cidadania, modificando a concepção e a realidade do atual Estado brasileiro.

Diante das discussões e reflexões levantadas, aventam-se as seguintes questões: Quais os critérios que norteiam as escolhas que um homem faz em sua vida? Quais são os valores que pautam suas ações?

Pode-se compreender com base nas referências supracitadas que Cidadania é também um sentimento de pertencimento a uma dada comunidade. Cidadania não é uma definição estanque, mas um conceito histórico.

Então, é preciso fundar a responsabilidade individual numa Ética construída e instituída tendo em mira o bem comum, ou seja, visando à formação do sujeito ético, porque aí é possível a síntese entre Cidadania e Ética, no qual possa prevalecer muito mais uma Ética de princípios, do que uma Ética do dever. Ou seja, a responsabilidade individual deverá ser portadora de princípios e não de interesses particulares, porquanto somos seres de relação. Necessitamos viver e conviver em sociedade.

É preciso ressaltar que o exercício da Cidadania não deve ser reduzido ao direito de escolha dos representantes no momento do

¹¹ DURKHEIM, Emile. *As regras do método sociológico*. São Paulo, Ed. Martin Claret: 2002, p. 147.

¹² HANNAH, Arendt. *A Condição Humana*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000, p. 349.



voto. É falsa a crença de que o exercício da Cidadania se resume no momento do voto em períodos de eleição.

Na busca permanente do bem público, a escolha de um representante implica não somente o momento da eleição, mas igualmente um trabalho constante de informação e fiscalização. Ato que se ocorre com consciência. No processo seletivo de escolha livre e democrática dos representantes direitos e deveres dos cidadãos se confundem. Respectivamente, a educação preventiva, o voto e a fiscalização da ação dos representantes são simultaneamente direitos e deveres cívicos de cada cidadão.

É cada vez mais visível a conscientização de que o exercício da cidadania implica três etapas distintas: uma preocupação constante com a própria consciência política, que antecede o momento do voto, numa segunda etapa, o próprio voto, um direito civil que no Brasil e alguns outros poucos países do mundo é também um dever e, finalmente, numa terceira etapa, a atividade cidadã impõe ao controle permanente das ações dos representantes eleitos.

Tanto no sentido antigo quanto moderno, a Cidadania deve ser compreendida como uma atividade permanente. Implica além do voto uma atividade duradoura de conhecimento e educação que o precede, assim como uma atividade de fiscalização que seria posterior ao momento da eleição.

2. ÉTICA

[...] os homens tornam-se arquitetos construindo e tocadores de lira tangendo seus instrumentos. Da mesma forma, tornamo-nos justos praticando atos justos. (Aristóteles)

Entende-se por ética, no primeiro sentido, do grego *Ethos*, morada, abrigo, refúgio, a forma de se programar soluções para os problemas sociais, cultivando um conjunto de valores e formando cultura interna e externa. Tem como alicerce para sua sustentação a Cidadania e os *Direitos Humanos* na aplicação do Direito nas suas mais variadas formas de atuação.

Ética é o estudo sistematizado das diversas morais, no sentido de explicitar os seus pressupostos – as concepções sobre o ser humano. É *práxis*, prática humana, que é o comportamento moral, orienta-se, pois, pelo desejo de unir o saber ao fazer.



Ética fala de *ethos*¹³, de comportamento, de costumes que se tornam normativos para um grupo social. Procura perceber-lhes o caráter racional, universal, categórico que ultrapassa a arbitrariedade dos indivíduos. É a ciência que estuda o comportamento moral das pessoas na sociedade.

Logo, o Homem age no mundo de acordo com valores – noções de bem e de justo. O Homem é um ser moral, pois avalia sua ação a partir de valores. E o que é Moral?

Moral é o conjunto de normas sociais que orientam o comportamento humano tendo como base os valores próprios a uma dada comunidade. Por conseguinte a questão cultural se faz presente nesse processo. Entende-se moral como código escrito que rege uma sociedade, e a ética a forma como o indivíduo se relaciona com o código.

Percebe-se, sobretudo, que a Ética está ligada à liberdade, porque implica escolhas conscientes e com responsabilidades.

A ideia de responsabilidade se encontra articulada com a de liberdade, pois se crê que tal conceito representa o eixo central da reflexão da Ética. Compreende-se que tal noção auxilia a encaminhar para ação com responsabilidade, porque responsabilidade também está ligada à noção de compromisso. Logo, Ética evoca uma postura de vida, um modo de ser e de se estar na sociedade.

Mais do que normas e códigos, a Ética deve ser uma atitude, uma maneira de ser que é derivada do íntimo. É uma base firme para o viver.

A partir dessa reflexão, pode-se dizer que: “Ética é um conjunto de princípios e valores que guiam e orientam as relações humanas. Esses princípios devem ter características universais, precisam ser válidos para todas as pessoas e para sempre.” (Herbert de Souza – Betinho¹⁴).

¹³ *Ethos*, na sociologia uma espécie de síntese dos costumes de um povo. O termo indica, de maneira geral, os traços característicos de um grupo, do ponto de vista social e cultural, que o diferencia de outros. Seria assim, um valor de identidade social. A palavra *ethos* tem origem grega e significa valores, ética, hábitos e harmonia. É o “conjunto de hábitos e ações que visam o bem comum de determinada comunidade”. Ainda mais especificamente, a palavra *ethos* significava para os gregos antigos a morada do homem, isto é, a natureza. (Fonte: Wikipédia). Em Filosofia, *ethos* significa morada, refúgio, abrigo do Ser.

¹⁴ Herbert José de Sousa, conhecido como Betinho, foi um sociólogo e ativista dos direitos humanos brasileiro. Concebeu e dedicou-se ao projeto *Ação da Cidadania contra a Fome, a Miséria e pela Vida*. (Fonte: Wikipédia)





Ao se perguntar por que se deve fazer isso ou aquilo ou porque não se deve fazê-lo, pergunta-se pela dignidade do ato.

Por que devo respeitar as regras do trânsito? Por que não devo jogar lixo a esmo? Por que devo ensinar bem? Por que não devo destruir a natureza? Por que devemos respeitar o outro? Por que devo ser honesto? Por que não devo colar durante as provas?

Quando não somos capazes de responder a essas perguntas *somos mordidos pela consciência*. Por isso, a consciência está ligada ao conceito de responsabilidade e de liberdade. Promessa é um ato que implica responder no futuro, logo, Ética possui um caráter universal, pois todos os seres humanos possuem consciência.

A preocupação com os problemas éticos teve início com Sócrates (filósofo grego, Séc. V a.C.) – “o pai da moral”. Suas indagações partiam do princípio que todos nós somos “sabedores” de bons atos e discernimentos. “O que é essencial no ser humano? A sua alma racional.” A ética socrática é racionalista, fundamentada na razão. O homem que age conforme a razão age corretamente.

Logo, só pode ser considerado um ato moral aquele ato praticado de forma autônoma, consciente, e por dever.

Como Sócrates diante do *ethos* grego de seu tempo, procura-se trazer ao tribunal da razão universal o *ethos* de nosso tempo a fim de se construir uma Ética que ultrapasse as opiniões (*doxas*), para se tornar demonstração.

Os estudos desses autores vêm ao encontro de nossos anseios, no sentido de mostrar que no primeiro livro da *República de Platão*¹⁵, é colocada a questão “O que é a justiça?” De que forma é a justiça melhor que a injustiça? E quem é mais feliz, o homem justo ou o injusto?”

Herdeiro e continuador da ética socrática, Platão foi quem pela primeira vez consignou por escrito argumentos em defesa da justiça como a virtude por excelência, seja para o indivíduo seja para a sociedade e propalou a crença socrática de que o homem justo é intrinsecamente feliz, desenvolvendo, dessa maneira, um conceito de justiça substancialmente distinto das concepções tradicionais.

Podemos ilustrar o conceito de justiça com destaque a sua identidade comunitária por meio do seguinte trecho¹⁶:

¹⁵ Platão. *A República*. São Paulo: Martin Claret, 2009.

¹⁶ Platão. *A República*. São Paulo: Martin Claret, 2009, p.122.



No lugar de conceber a justiça como um conjunto de convenções sociais que são articuladas e impostas pela e por causa da sociedade como um todo, Sócrates explica a justiça como aquela virtude (*excellence*) ou *arete* (*virtude própria*) pela qual qualquer ser humano será levado ao tipo de vida que maximizará seu maior bem.

O conceito platônico do justo está acima de todas as normas humanas e remonta a sua origem na alma¹⁷ mesma. É na natureza mais íntima desta que deve ter seu fundamento o que o filósofo chama o justo.

Uma comunidade socialmente equilibrada é agente de uma nova cultura e de mudança social, produtora de valor para todos os componentes da sociedade e comunidades diferenciadas e de maior potencial de sucesso e longevidade. Sobretudo porque não há justiça social sem Ética, entendida enquanto *práxis*.

Aristóteles (filósofo grego, Séc. IV a.C.) não pensava a Ética do indivíduo e da sociedade separadamente. Nem pensava o indivíduo fora da sociedade. Fundamentar os direitos do indivíduo na própria natureza humana, anterior ao Estado é comum a todos. Portanto, direitos naturais e universais.

Autor de dois tratados sobre ética, a *Ética a Nicômaco* e a *Ética a Eudemo*, e um tratado sobre política, *A Política*, Aristóteles define a Ética como o estudo das ações humanas tendo em vista o bem privado, ou seja, a paz.

As hipóteses encontradas na Ética Aristotélica indicam a vida ideal como vivência das virtudes, junto com os outros, e que essa vivência é a felicidade.

O que é o bom ou o bem?

Para Aristóteles, ético é um bem universal, porque o homem feliz vive bem e se conduz bem, pois praticamente definimos a felicidade como uma forma de viver bem e conduzir-se bem.

A excelência moral é o produto do hábito “[...] tornamo-nos justos praticando atos justos, moderados agindo moderadamente, e corajosos agindo corajosamente”¹⁸.

¹⁷ Na obra *Fédon*, Platão expõe as suas ideias sobre a alma. A alma não se limita a ser entendida como o princípio da vida, mas é também vista como o princípio de conhecimento. A alma é uma substância independente do corpo, é eterna, unindo-se a ele de forma temporária e acidental.

¹⁸ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Brasília, Ed. UnB: 2001, p. 57.



Agir de acordo com a *reta razão* é a prudência, ou melhor, a *rectaratio agibilium* (reta razão aplicada ao agir). Arte de decidir corretamente, não em virtude de qualquer tipo de sentimento, mas com base na realidade mesma. Prudência é ver a realidade e, com base nela, tomar a decisão certa. Ver a realidade é apenas uma parte da prudência.

É mediante a prática de atos justos que o homem se torna justo, e é mediante a prática de atos moderados que o homem se torna moderado; sem os praticar, ninguém teria sequer remotamente a possibilidade de se tornar bom. Quem age sob compulsão e involuntariamente age sofrendo, mas quem pratica atos porque estes são agradáveis ou nobilitantes pratica-os com prazer.

A partir desses levantamentos, cabe sinalizar o tão absurdo que é atribuir a responsabilidade (culpa) às circunstâncias exteriores, em vez de atribuí-la para si mesmo [...]. Para tanto, acredita-se que o ato responsável seja precedido pela deliberação, porque a escolha requer o uso da razão, do pensamento e da reflexão.

Será que deliberamos acerca de tudo, e tudo é um possível objeto de deliberação, ou a deliberação é impossível acerca de certas coisas?

Toda deliberação é uma investigação – coisas que podem ser realizadas graças aos nossos próprios esforços. Entende-se por moderação como o meio-termo no tocante aos prazeres, e por prudência como a *reta razão* aplicada ao agir. Assim como acreditava Aristóteles.

A ética serve para termos uma sociedade de boa qualidade, justa, funcional; não para ser santa. Devemos ser éticos porque a realidade assim exige e não simplesmente porque é certo ou bom.

2.1 O Indivíduo como Ser Social

O homem que ignora ser sujeito à necessidade não pode ser livre, uma vez que sua liberdade é sempre conquistada mediante tentativas, nunca inteiramente bem sucedidas, de libertar-se da necessidade. (H. Arendt)

Para Arendt¹⁹, os homens, independentemente do que façam, são sempre seres condicionados, estamos condicionados porque vi-

¹⁹ HANNAH, Arendt (1906-1975). *A Condição Humana*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.



vemos num mundo grupal, socializado a partir da convivência humana. Porém, é importante ressaltar que esta convivência humana traz a competitividade e, que por vezes, dificulta-nos a tomar uma posição de forma íntegra e imparcial ainda que dependamos do coletivo.

Acredita-se que a atitude do homem determina o sentido da sua existência. A atitude é uma ação que o homem toma no mundo. Na sua inserção dinâmica no mundo, o homem toma a atitude definidora da realidade de sua existência e com isso determina o mundo para si. Logo, o homem e o mundo estabelecem uma relação dual. O mundo não pode ser concebido sem o homem, e o homem somente pode ser entendido quando em relação com o mundo. O homem não é um ser-para-si, mas um ser que se projeta e se manifesta no mundo e com o mundo.

O papel da cultura no desenvolvimento do “humanizar-se” e do “tornar-se cidadão” sugere a importância das práticas individuais para formação/manutenção da cultura.

Isso nos revela a disparidade das diferenças sociais bem como a dificuldade em melhorar tais diferenças, como nos coloca Arendt²⁰: “porque a riqueza de qualquer dos seus cidadãos consiste em sua participação na renda anual da sociedade como um todo”, isto é, exercer a Cidadania consiste em colocar em prática seus direitos e deveres de forma participativa, colaborando para a construção de um espaço conquistado e ao imposto por alguns.

Desse modo, um dos aspectos fundamentais da vida da comunidade, sobre o qual se pode agir a fim de tornar a paz vital mais próxima e, por conseguinte, adquirir uma relação mais equânime é a educação, porque o verdadeiro educador tem por objetivo básico o desenvolvimento das qualidades individuais do educando e sabe que isto não é possível pela imposição de sua vontade e de suas ideias sobre o outro, mas somente pela capacidade de realmente escutar o outro, de estabelecer um diálogo autêntico.

Destarte, algo que amplia o senso comum é a socialização, que certifica que o indivíduo é um ser de relação, ao necessitar, sempre, de apoio, de reservas, de considerações, de aconselhamento, de reciclagem, de reaprendizado, do encontro, do outro. Não para criar

²⁰ HANNAH, Arendt (1906-1975). *A Condição Humana*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000, p. 174.



um ciclo de dependência, mas para alcançar momentos de harmonia, de adaptação, crescendo com a experiência do encontro.

A colocação da comunidade no centro do interesse relacional estabelece a retomada do sentido da responsabilidade para com o povo. Unidade e responsabilidade mútuas, entre as comunidades. É a retomada da ação na realidade, ação responsável, fruto de uma escolha, da liberdade individual de cada um.

Isso só é possível mediante uma atitude fenomenológica²¹ do ser. Não se alcança a plenitude do encontro sem antes haver realizado uma redução, numa abstenção dos apriorismos e dos julgamentos, para se atingir o outro sem barreiras.

Sabe-se que o próprio conceito de Cidadania é uma construção histórica e política, modificando-se de acordo com a localização social dos sujeitos que o professam. De maneira geral, delimita-se a noção de Cidadania no que se refere aos direitos e deveres partilhados por indivíduos em determinada comunidade. Atualmente, a maior parte dos discursos enfoca o aspecto do acesso individual (cada dia mais ampliado a diversos setores sociais, antigamente excluídos) aos direitos e produtos sociais, assim como na participação, enquanto pertencimento, na sociedade.

O indivíduo que se sente e se quer isolado de sua comunidade não é um cidadão pleno, nem emancipado, dessa perspectiva “Só na comunidade (com outros), é que cada indivíduo tem os meios de desenvolver em todas as direções as suas aptidões; só na comunidade, portanto, se torna possível a liberdade pessoal”²².

Assim como a emancipação, também os direitos e a cidadania são construídos coletivamente ao longo da história: A ideia dos direitos humanos só foi descoberta entre os séculos XVIII-XIX. Não é uma ideia inata ao homem, mas este a conquistou na luta contra as tradições históricas em que o homem antes se educara. Dessas acepções, pode-se ressaltar que: “Em parte, estes direitos são direitos políticos, direitos que só podem ser exercidos em comunidade

²¹ A Fenomenologia trata dos fenômenos perceptíveis, extinguindo a separação entre o sujeito e o objeto. Essa filosofia surgiu no século XIX, a partir dos estudos de Franz Brentano e teve em sua corrente de estudos os filósofos Edmund Husserl, Martin Heidegger, Jean-Paul Sartre e Merleau-Ponty. É oposta ao positivismo analisando a realidade no ponto de vista individual. Tudo que se apresenta à consciência ocorre como um objeto intencional. [Fonte: <http://www.infoescola.com/filosofia/fenomenologia/>]

²² MARX, Karl & ENGELS, Friedrich – *A Ideologia Alemã* – São Paulo: Moraes, 1984, p. 84.



com outros homens. Seu conteúdo é a *participação na comunidade* e, concretamente, na comunidade *política*, no *Estado*”²³.

Os estudos desses autores vêm ao encontro dos anseios da autora, no sentido de mostrar que a Cidadania é um conceito denso, extenso e muitas vezes contraditório. A contribuição dos autores clássicos é muito válida, pois ao compreender melhor as relações entre os indivíduos e a sociedade, entre sociedade civil e o Estado, interpretando de forma mais ampla e multifocal as interações e conflitos entre grupos, classes, partidos e setores sociais, desenvolve-se a criticidade, vislumbram-se alternativas.

Dessa forma, pode-se prever melhor o resultado das ações e das relações, e se responsabilizar pelas mesmas. Enfim, o legado sociológico dessa abrangência e relevância é extremamente útil na formação de estudantes por lhes instrumentalizar melhor para a análise histórica e política de seus direitos e deveres, mostrando-lhes seus aspectos variáveis, ideológicos e morais, oportunizando intervenção mais autônoma ou emancipada, já que as pessoas e grupos vislumbram mais opções, aumentando suas possibilidades de escolhas.

Sociedade é onde se estar inserido, agindo e participando das práticas comuns que buscam o atendimento a todos. Cria-se a dependência de uns com outros para a decisão do conjunto, mas o interesse comum prevalece e o objetivo é o bem-estar de todos.

A sociedade não é um indivíduo ou a soma de vários indivíduos, como dizia Durkheim²⁴, mas é a composição de um grupo, da organização de suas características comuns que se manifestam por meio de suas crenças, valores, tradições, experiências etc.

Então se levanta a seguinte questão com referência à gênese das normas: O que vem primeiro, a estrutura ou a norma?

Partindo dos pressupostos sociológicos, entende-se que, segundo Berger²⁵, ao nascer, o indivíduo já cumpre uma norma, e um ritual para se formar uma norma, sendo assim, o indivíduo nasce social. Como defendia Durkheim²⁶, “a sociedade precede o

²³ MARX, Karl & ENGELS, Friedrich – *A Ideologia Alemã* – São Paulo: Moraes, 1984, p. 32.

²⁴ DURKHEIM, Émile. *As regras do método sociológico*. São Paulo, Ed. Martin Claret: 2002.

²⁵ BERGER, Peter. *Perspectivas Sociológicas* – Uma visão Humanística. Petrópolis, Vozes: 1986.

²⁶ DURKHEIM, Emile. *As regras do método sociológico*. São Paulo, Ed. Martin Claret: 2002, p. 87.



indivíduo”. No entanto, Berger descreveu que as normas da sociedade exercem fortes influências no indivíduo, mas, que também o mesmo possui certa autonomia sob a sociedade, ou seja, há relação dialética entre indivíduo e sociedade.

Dessa forma, tem-se que a pessoa social encontra-se inserida em um *status*, isto é, necessita ser reconhecida, ser legitimada pelo outro. Sobretudo porque, dentro dos grupos, há interações das pessoas, interação face-a-face, pois o empenho de uma pessoa ocorre no ato de grupo primário ou familiar. Tem-se a matriz grupal da identidade, ou seja, alguém entra em um grupo social para satisfazer as necessidades do grupo ou as principais pelo menos.

Desse modo, entende-se por sociedade a reunião de grupo que vive num determinado espaço geográfico, convivendo mais ou menos intensamente de acordo com a disposição geográfica. Quanto menor a comunidade, maior a intensidade de comunicação. O indivíduo só se torna social por meio da aprendizagem social.

A socialização requer uma aprendizagem social, requer, dentre outras funções, o convívio com normas. Cada cultura possui seus valores, e dessa forma a sociedade espera do indivíduo alguma coisa porque os conteúdos da socialização são os valores que são passados.

Assim, as normas estão na sociedade quando são internalizadas ou quando apenas por interesse se aprendem as normas no *status* e no papel desenvolvido, porque o papel é vivido em relações dialéticas, pois as mesmas são a consciência social.

Para Durkheim²⁷, as normas ou regras sociais exercem uma coerção, isto é, uma pressão sobre os indivíduos para que os mesmos cumpram a norma estabelecida. Estão, inclusive, muito bem explicitadas na sua obra prima *As regras dos métodos sociológicos* no capítulo que descreve sobre *Fatos Sociais*.

Segundo Durkheim, as normas possuem uma hierarquia e costumes e a sociedade controla, mas retribui pelas sanções, costume cristalizado e se torna uma lei. Logo, as normas têm coerção em si. Assim, a sociedade moderna advém da própria norma a qual “obriga” o sujeito a ser assim ou de outro jeito.

As normas são as consciências sociais que também estão presentes na fragmentação de trabalho ou fragmentação social para alguém. As normas podem se traduzir em costumes, ou mitos ou

²⁷ DURKHEIM, Emile. *Lições de Sociologia*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.



ainda folclore. As normas não podem ser violadas, pois quando se integra na sociedade se ganha, cumprindo-as, pois desse modo se é reconhecido pela comunidade.

Dessa forma, as normas possuem hierarquia de valor porque as leis punem e a sociedade continua punindo, mesmo depois que alguém paga por aquilo que já cumpriu.

Nesse aspecto, onde se situa o indivíduo, o “eu” no contexto de normas sociais?

Segundo Berger²⁸, a localização do “eu”, em configurações concebidas por estranhos, constitui um dos aspectos significantes do processo “crescer”. Então, a cosmovisão é inserida no contexto social da vida da criança e, com a criança, surge o elemento da identidade, porque há um referencial.

Estar na sociedade, portanto, é fazer parte de grupos sociais, é ter um endereço, um referencial, mapear a sua história e se localizar com seus infinitos papéis no processo de tornar-se adulto.

Todo processo sugere pontos e articulações diferenciadas, há níveis distintos, isto é, camadas sociais diferenciadas dentro de uma mesma sociedade. Há o “nós” e o “eles”. Há, sobretudo, controle social que é um dos conceitos mais utilizados em sociologia, pois, nenhuma sociedade pode existir sem controle social.

No controle social, existe registro de violências àqueles que estão ou exercem poder e/ou controle sobre os demais. Os subterfúgios para tal prática demandam certa “criatividade”, bem como certo aprendizado cultural, pois a coerção pode ser manifestada pela força, violência, ameaça, manipulação, pressão econômica, a melhor utilizada no sistema capitalista.

Tais medidas são desenvolvidas e aprimoradas nas civilizações para se exercer o controle social. Os indivíduos atuam no grupo, modificando e sendo modificados, reestabelecendo contatos, “atualizando” seus valores, porque assim se processa a dinâmica grupal.

Ainda sobre o controle social, há elementos como ridicularizar o outro como forma de exercer domínio ou manipular indivíduos, pois, segundo Berger²⁹:

²⁸ BERGER, Peter. *Perspectivas Sociológicas* – Uma visão Humanística. Petrópolis, Vozes: 1986.

²⁹ BERGER, Peter. *Perspectivas Sociológicas* – Uma visão Humanística. Petrópolis, Vozes: 1986, p. 85





[...] o ridículo e a difamação, ou ainda, a desaprovação e, conseqüentemente a perda de prestígio, são instrumentos potentes de controle social em grupos primários, ou grupo mais íntimo, [...] a criança obedece à norma não por receio de castigo, mas para não ser alvo de zombaria.

A partir desses levantamentos, cabe mostrar que o indivíduo é obrigado a viver e a conviver com esses sistemas e com o controle social.

No controle social, ou sistema coercitivo, a cultura, entendida como conjunto de elementos que compõem o indivíduo e a sociedade com as várias formas de se manifestar, exerce influência e cumpre o “papel social” de ditar normas previamente estabelecidas no seio social. E também pratica coerção nos grupos sociais, ou acarreta sanções legais, utiliza elementos como: costumes, morais, seitas, crenças, convenções etc.

Surge, então, uma cadeia ou rede, entendida como sucessão de fatos e acontecimentos intercalados na relação social de grupo ou de indivíduo. Para elucidar um exemplo, temos nas palavras de Berger³⁰:

[...] a imoralidade é punida com a perda do emprego [...] o controle social do sistema ocupacional é da maior importância porque é o emprego que decide o que uma pessoa pode fazer na maior parte da sua vida, exercendo uma pressão da ocupação da pessoa; a excentricidade pela perda das possibilidades de se conseguir outro anticonvencionalismo pela rejeição dos grupos que respeitam aquilo que consideram ser boas maneiras.

Tal procedimento pode resultar em rejeição pelos demais componentes do grupo social por meio desse círculo vicioso. Sobretudo porque, dentro da localização na sociedade, cada elemento compõe um sistema de hierarquia, da chamada estratificação social. Portanto, a sociedade é vista como uma realidade externa que pressiona e coage o indivíduo.

³⁰ BERGER, Peter. *Perspectivas Sociológicas – Uma visão Humanística*. Petrópolis, Vozes: 1986, p. 87.

Berger trata dos diferentes papéis que o indivíduo desempenha ao longo da vida, as cenas que é “levado” a “interpretar” quando a sociedade o coloca frente às vicissitudes do cotidiano, pois:

[...] em quase todas as situações sociais existem pressões poderosas para garantir quais as respostas sejam as adequadas [...] os papéis trazem em seu bojo tanto as ações como as emoções e atitudes a elas relacionadas [...] o papel dá forma e constrói tanto a ação quanto o ator.

O indivíduo é multifacetado por papéis e identidades que assume para e na sociedade, porque é ser de relação e necessita da sociedade para legitimá-lo como ser que pensa, sente e decide, ainda que exercendo uma autonomia relativa, isto é, a sociedade presentemente se manifesta no homem, e nas suas decisões, pois o mesmo está inserido no contexto social, dela nasce e dela faz parte por toda uma vida.

Por fim, a própria identidade pode ser reificada, isto é, encarar (algo abstrato) como uma coisa material ou concreta; *coisificar*, a apreensão dos fenômenos humanos como se fossem coisas.

A reificação implica o fato de que o homem é capaz de esquecer sua própria autoria do mundo humano, e também que a dialética entre o homem (o produtor) e seus produtos é perdida de vista pela consciência. O mundo reificado é por definição um mundo desumanizado, sentido pelo homem como um fato estranho à sua própria atividade.

A verdadeira relação entre o homem e seu mundo é invertida no plano da consciência. O homem, produtor de um mundo, é apreendido como sendo produto desse mundo. E a atividade humana é apreendida apenas como fenômeno secundário de processos não humanos. Os significados humanos deixam de ser entendidos como produzindo o mundo e passam a ser compreendidos como sendo produtos da natureza das coisas.

A reificação é, pois, uma modalidade da consciência ou, mais precisamente, uma modalidade da objetivação que o homem faz do mundo humano. Mesmo apreendendo o mundo em termos reificados, o homem continua a produzi-lo. Em síntese, isso que dizer que, paradoxalmente, o homem é capaz de produzir uma realidade que o nega.



Há, então, uma identificação total do indivíduo com as tipificações que lhe são socialmente atribuídas. Ele é apreendido como não sendo nada senão esse tipo. E tal apreensão pode ser positiva ou negativamente acentuada em termos de valores ou emoções.

Dessa forma, tem-se que: “a sociedade, então, não é apenas uma coisa que existe ‘lá’, no sentido durkheimiano, mas ela também existe ‘aqui’, parte de nosso ser mais íntimo”³¹, como já mencionado. Porque a sociedade, sobretudo, controla e dá forma à identidade do indivíduo, pensamentos e emoções.

CONCLUSÃO

Tendo nascido cidadão de um Estado livre e membro do soberano, embora fraca seja a influência que minha opinião possa ter nos negócios públicos, o direito de neles votar basta para impor o dever de instruir-me a seurespeito [...](Rousseau, Do Contrato Social, Prefácio)

A história da Cidadania confunde-se em muito com a história das lutas pelos direitos humanos. A Cidadania está em permanente construção; é um referencial de conquista da humanidade, por meio daqueles que sempre buscam direitos, liberdade bem como garantias individuais e coletivas, e não se conformam frente às dominações arrogantes, seja do próprio Estado ou de outras instituições ou pessoas que não desistem de privilégios, de opressão e de injustiças contra uma maioria desassistida e que não se consegue fazer ouvir, exatamente porque se lhe nega a Cidadania plena cuja conquista, ainda que tardia, não será obstada.

Acredita-se, pois, que este é o rumo do estudo das Ciências Humanas ou das Ciências Sociais, bem como do Direito, ou seja, abrir novas janelas para se vislumbrar o mundo das ideias, das práticas. Mergulhar no desconhecido. Existe uma base funcional para o desenvolvimento da sociedade que se determina ser universal, cultivar um conjunto de valores e formar cultura interna e externa

³¹ BERGER, Peter. *Perspectivas Sociológicas* – Uma visão Humanística. Petrópolis, Vozes: 1986, p. 136.



que possui alicerce para sustentação tanto da Cidadania quanto da Ética.

Busca-se evidenciar a importância do papel do educador em seus aspectos políticos, econômicos e sociais, destacando sua dimensão Ética, porquanto consciência crítica é condição necessária da Cidadania, portanto, agente fundamental de mudança.

A sociedade do futuro será mais sadia à medida que souber viver na Cidadania a Ética que lhe compete. Sem Cidadania, o indivíduo fica entregue ao seu intimismo vulnerável. Sem Ética, a vida social perde seu rumo. Conjugando ambas ele conseguirá encontrar os rumos de sua vida.

BIBLIOGRAFIA

1. ARENDT, Hannah. *A Condição Humana*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

2. ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Brasília, Ed. UnB: 2001.

3. BERGER, Peter. *Perspectivas Sociológicas – Uma visão Humanística*. Petrópolis, Vozes: 1986.

4. BUBER, *Eu e Tu*. São Paulo: Ed. Moraes, 1991.

5. DURKHEIM, Emile. *As regras do método sociológico*. São Paulo, Ed. Martin Claret: 2002.

6. _____. *Lições de Sociologia*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

7. _____. *Da divisão do trabalho social*. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

8. KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. São Paulo: Nova Cultural, 1996. (Col. Os Pensadores).

9. LAFER, Celso. *A Reconstrução dos Direitos Humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 2003.

10. LEAL, Alane de Lucena. *Educação e Cidadania*. São Paulo: Paulinas, 2005.

11. _____. *Relato de uma experiência sob a ótica das Ciências Sociais: Uma tentativa de repensar as diferenças culturais e suas transformações*. Rio de Janeiro. Ed. Livro Expressão, 2012.

12. _____. *A Terapia Comunitária Integrativa no Cuidado da Saúde Mental*. Ed. Kiron. 2013.

13. MARSHALL, Thomas Humphrey. *The Marshall Lectures, conferências em Cambridge, 1949*, In: Coleção leituras sobre a Cidadania - Cidadania e Classe Social. Senado Federal, Centro de Estudos Estratégicos, Ministério da Ciência e Tecnologia, 2002.

14. MARX, Karl & ENGELS, Friedrich. *A Ideologia Alemã*. São Paulo: Moraes, 1984.

15. PLATÃO. *A República*. São Paulo: Martin Claret, 2009.

16. ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. São Paulo: Abril Cultural, 1978.

Sites consultados:

1. Wikipédia, [wikipedia.org/wiki](http://wikipedia.org/wiki/CIDADANIA) CIDADANIA. Disponível em: <File:///A:\Cidadania no Tempo - Declaração Universal dos Direitos Humanos.htm>. Acesso em: 14 mar. 2012.

2. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. Disponível em: http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm. acesso em 05. ago. 2013.

3. Fenomenologia: Disponível em: <http://www.infoescola.com/filosofia/fenomenologia/>. Acesso em 05.ago.2013.





REVOLTAS POPULARES E CRISE DA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA: O SURGIMENTO DO INDIVÍDUO COMO UM NOVO ATOR SOCIAL?

Alejandro Gabriel Olivieri¹
Gustavo Javier Castro Silva²

INTRODUÇÃO

As revoltas e manifestações dos últimos anos, ocorridos nas mais diversas partes do globo, permitem uma grande gama de interpretações (BAUMAN, 2013; CASTELLS, 2013; HARVEY et al., 2012; MARICATO et al., 2013). Esses protestos são sinais de que se aproxima uma crise global? Os protestos têm relação uns com os outros? Trata-se de uma resposta a uma crise global do capitalismo? São consequência direta dos avanços nas telecomunicações e no fenômeno da internet e não representam questões de fundo? Como se explica que esses protestos ocorram em países das mais variadas culturas, religiões e sistemas políticos? Como se explica que os protestos ocorram em regiões atrasadas no desenvolvimento capitalista e também em países onde houve um avanço substancial?

131

¹ Graduado em Filosofia pela Universidad Nacional de Buenos Aires, Mestre em Sociologia Política pela Universidade Federal de Santa Catarina e Doutor em Sociologia pela Universidade de Brasília. Atualmente é professor das disciplinas de Filosofia Geral e Ciência Política e Teoria geral do Estado no Curso de Direito da Faculdade Processus em Brasília.

² Graduado em Filosofia pela Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Mestre em Ciência Política pela Pontificia Universidad Católica de Chile, Mestre em Relações Internacionais pela Universidade de Brasília e Doutor em Sociologia pela Universidade de Brasília. Atualmente é Professor da Disciplina Ciência Política e Teoria Geral do Estado no Curso de Direito da Faculdade Processus em Brasília.



O mais notável nas erupções é que estão acontecendo não apenas, nem basicamente, nos pontos fracos do sistema, mas em pontos que, até aqui, eram percebidos como histórias de sucesso. Sabemos por que as pessoas protestam na Grécia ou na Espanha; mas por que há confusão em países prósperos ou em rápido desenvolvimento como Turquia, Suécia ou Brasil?

Vejamos o caso da Turquia. Antes dos protestos na Praça Taksim este país era modelo ideal de estado estável, a combinar pujante economia liberal e islamismo político moderado. Pronta para a Europa, um bem-vindo contraste com a Grécia mais “europeia”, colhida num labirinto ideológico e andando rumo à autodestruição econômica.

Isso apesar do holocausto dos armênios; prisão de jornalistas; o status não resolvido dos curdos; chamamentos a uma “grande Turquia” que ressuscitaria a tradição do Império Otomano; imposição, vez ou outra, de leis religiosas, entre outros problemas, sempre considerados como secundários e sem a capacidade de comprometer o bom desenvolvimento em geral.

Evidentemente que os protestos na Praça Taksim não têm como causa fundamental a transformação de um parque em torno daquela praça, localizada no centro de Istambul, em *shopping Center*, mas intuímos que um mal-estar muito mais profundo foi o motor dos protestos.

É crucialmente importante não vermos os protestos turcos meramente como sociedade civil secular que se levanta contra regime islamita autoritário, apoiada por uma maioria islamita silenciosa. O que complica o quadro é o ímpeto anticapitalista dos protestos. Os que protestam sentem intuitivamente que o fundamentalismo de mercado e o fundamentalismo islâmico não se excluem mutuamente. É apenas luta contra governo corrupto? É luta contra governo islâmico autoritário? É luta contra a privatização do espaço público? A pergunta continua em aberto.

A privatização do espaço público por ação de um governo islamita mostra que as duas modalidades de fundamentalismo podem trabalhar de mãos dadas. É sinal claro de que o casamento “por toda a eternidade” de democracia e capitalismo já caminha para o divórcio.

Também em América Latina os protestos foram destaque nas manchetes dos jornais. Em junho de 2013, o Brasil foi o palco





das maiores manifestações públicas em mais de duas décadas. Um mês depois, o Peru testemunhou a sua maior passeata em uma década. Enquanto isso, no Chile, os protestos estudantis do passado recente evoluíram e abrangem agora temas que vão muito além da educação.

Essas reivindicações são importantes devido à sua crescente magnitude. No entanto, esses protestos são ainda mais notáveis levando-se em conta o fato de que ocorreram em três países com as economias mais bem-sucedidas da América Latina.

O Brasil é a maior economia da América Latina e a sexta maior do mundo. O Chile, que é considerado há muito tempo como um dos países emergentes melhor administrados da região, tornou-se recentemente uma nação de renda alta. Apesar da incerteza global, o Peru conseguiu alcançar um excelente crescimento econômico nos últimos quatro anos.

Os manifestantes não estão saindo às ruas com demandas abusivas. O fato é que nos últimos meses eles vêm pagando preços mais altos pelos diversos serviços públicos, que não melhoraram. No Brasil, por exemplo, as tarifas dos serviços públicos e da cesta básica começaram a subir há um ano em ritmo acelerado, o que duplicou a taxa média de inflação. Enquanto isso, no Chile, os gastos com educação, serviços públicos, alimentos e bebidas se tornaram três vezes mais elevados do que a inflação média.

Na segunda metade do século XX, os segmentos de classe média latino-americanos eram pequenos, abaixo de 20% da população, e seus compromissos e expectativas em relação ao governo eram limitados. Eles não necessitavam pagar elevados impostos nem esperavam receber muito dos serviços públicos. A população decidiu não contar com os serviços públicos e pagar por educação, saúde, segurança e eletricidade privadas.

Hoje, muitos membros dessa crescente classe média estão se conscientizando de que há um limite para se sair do sistema. Existem bens públicos dos quais, entre muitos outros fatores, todos dependem como as rodovias, o transporte público, a qualidade da educação, da saúde e do ar, assim como a segurança dos cidadãos.

Entre 2003 e 2011, a classe média da região apresentou uma expansão acima de 50%. Hoje, e pela primeira vez na história, há mais latino-americanos na classe média do que na pobreza. Todavia, um maior contingente nesse segmento não faz com que



uma sociedade seja de classe média. Para alcançar esse estágio, um importante requisito é melhorar a qualidade e a cobertura dos principais serviços públicos. Somente quando isso ocorrer é que o contrato social desses países poderá ser fortalecido - rompendo o círculo vicioso da baixa taxaço e da qualidade inferior da educaço, da segurana e da saúde pública.

Os protestos servem para nos fazer lembrar que as sociedades latino-americanas sofreram uma mudanço radical nos últimos anos. Na verdade, a transformaçáo foi tão rápida que se tornou difícil para os governos manterem e melhorarem os serviços em condições de atender à demanda.

Além disso, enquanto o investimento na melhoria dos serviços públicos representa a adoção de medidas de longo prazo que não servem a objetivos políticos imediatos, os protestos ajudam a enfatizar que a falta de investimento pode custar igualmente caro para os membros eleitos do governo.

Os esforços para entender os protestos não ocorrem somente no plano político, sociológico ou epistemológico. Em nossa opinião, existe um substrato óptico que pode ser determinante para a tentativa de construir uma explicaço. Estamos frente ao surgimento do indivíduo, aquele que de fato possui ser, alçando a voz ante instâncias coleivas que, efetivamente, possuem menos força óptica: o Estado, a Sociedade, os Partidos Políticos, entre outros.

1. NA PROCURA DA AUTONOMIA DO INDIVÍDUO: ROUSSEAU E A DEMOCRACIA DIRETA

Os protestos e revoltas dos quais estamos tratando aqui, expressam, de alguma ou outra forma, o dilema da representaço política, recolocando, assim, o debate sobre democracia direta ou democracia representativa, que já encontra-mos no próprio surgimento do Estado moderno. Nesse sentido, o pensamento de Rousseau (ROUSSEAU, 2011) é categórico ao sustentar a democracia direta como a única forma de democracia possível e desejável.

O grande diferencial da proposta roussouniana, se comparada com outros teóricos contratualistas do seu tempo, é a justificativa teórica da participaço direta do povo na feitura da lei. A sua crítica à democracia representativa permite uma visão alternativa a outras vertentes teóricas desenvolvidas na sua época, como as teorias



políticas de Hobbes e Locke. Rousseau encontra na desigualdade humana o principal problema da organização política. Dado que não existe liberdade sem igualdade, as leis que se fundam num contexto de desigualdade só servem para a manutenção da injustiça. Por tal motivo, a defesa da liberdade e da igualdade é o fim de todo o sistema político, se o objetivo for construir um Estado diferente à sociedade civil corrompida pela desigualdade.

Através do contrato social os indivíduos conquistam sua liberdade. Liberdade que, no pensamento de Rousseau, é percebida como emancipação humana, como conquista de autonomia, quer dizer, uma liberdade positiva e não simplesmente entendida como “não intervenção” do Estado, uma liberdade negativa.

A liberdade individual só existe com a liberdade coletiva, ou seja, sem a existência de uma convenção, construída pelos indivíduos para estabelecer os seus direitos, estes não existiriam e uns poderiam subjugar os outros. Essa teoria política baseia-se na possibilidade dos seres humanos regerem coletivamente sua própria convivência que, de maneira geral, é entendida como superação de toda arbitrariedade, no momento em que o ser humano se submete a uma lei fundada na própria vontade livre.

Assim, todo indivíduo é ao mesmo tempo soberano e súdito. Quando o povo está reunido, em assembleia, este constitui o *soberano*, mas, após as deliberações, o corpo político assume a forma de *Estado*, fazendo com que o povo cumpra o que ele mesmo estabeleceu. O corpo político é constituído de cidadãos e súditos: cidadãos enquanto participantes da atividade soberana; súditos enquanto submetidos às leis do Estado. Somente desta forma o indivíduo consegue resgatar a sua liberdade.

Rousseau não admite a representação da vontade de um cidadão para o outro. A vontade só será geral se tiver a participação de todos os cidadãos de um Estado, por ocasião do ato legislativo. A soberania é o exercício da vontade geral e é inalienável. Para que possamos ter um verdadeiro corpo político, baseado na vontade geral, em defesa da liberdade, enquanto essência da humanidade, todos os participantes do Estado deveriam estar presentes nas deliberações, para que não se quebre o caráter geral.

Considerando que todos precisam estar em condições de igualdade para haver democracia, nenhum ser humano poderá ser autoridade diante dos demais e as convenções, criadas por todos, são



a base de toda autoridade legítima. O interesse de um representante sempre é privado e não poderá expressar o que os outros têm a dizer. Rousseau refere-se à representatividade como uma ideia absurda, originária da sociedade civil corrompida, não podendo haver democracia se essa não for direta e as leis que não forem ratificadas pelo próprio povo são consideradas nulas.

O debate sobre a democracia direta levanta a questão do monopólio dos partidos políticos sobre a representação política. No Brasil, por exemplo, são inelegíveis, além dos inalistáveis e dos analfabetos, todos os cidadãos não filiados a partidos políticos, ou seja, a grande maioria da população. Na verdade, este monopólio é a regra na maior parte dos países democráticos.

Ainda assim, na Itália o sistema eleitoral permite nas eleições para o legislativo local, a apresentação de listas de candidatos sem partido. Na Alemanha o sistema eleitoral permite o lançamento de candidaturas avulsas sem vínculo partidário, nas eleições distritais.

Existem alguns sinais efetivos de uma possível crise da representatividade? Podemos mencionar, por exemplo, o absentismo eleitoral crescente; a queda acentuada do número de filiados a partidos políticos e, por último, a perda de confiança dos cidadãos nas instituições políticas. Neste sentido, lançar candidatos sem partido seria substanciar o direito do cidadão de acrescentar opções ao jogo eleitoral, aperfeiçoando, desta maneira, a democracia.

2. O EMPODERAMENTO DO INDIVÍDUO: MAX STIRNER

A pergunta pelas causas das revoltas atuais, considerando a sua diversidade de objetivos, estratégias, táticas, localidade etc., remete necessariamente à pergunta de quem são os atores envolvidos nessas lógicas coletivas. Em nossa opinião, o indivíduo surge de maneira poderosa ante outros atores que, na tradição da sociologia, podem ser aglutinados no conceito de movimentos sociais.

Já no século XIX, observamos algumas propostas teóricas que, de alguma ou outra maneira, discutiram com propostas mais coletivistas, colocando como centro do debate a questão do indivíduo. Uma destas propostas mais singulares é a do filósofo alemão Max Stirner, pensamento que ficou marginalizado, apesar das evidentes influências na filosofia contemporânea desenvolvida no século XX (STIRNER, s.d.).



Com efeito, no livro *O Único e sua Propriedade*, Stirner faz uma crítica radicalmente antiautoritária e individualista à sociedade da sua época. O livro expõe que todas as religiões e ideologias se assentam em conceitos vazios, abstrações, que terminam por submeter o indivíduo, seja o estado, a lei, a igreja, o sistema educacional, partidos políticos ou qualquer outra instituição que reclame autoridade sobre o indivíduo.

Para Stirner, ser propriamente livre significa ter o poder, não somente para desembaraçar-me daquilo que não quero e que me oprime, quer dizer, o sentido de privação e de negação da liberdade, mas também ter o poder para obter aquilo que quero, a saber, a liberdade como propriedade.

A busca da liberdade entendida absolutamente atenta contra a individualidade destrói o sujeito mesmo da liberdade. E, por outro lado, a conquista de uma liberdade determinada nos leva necessariamente a recair no domínio de uma nova opressão. Parece, então, que o esforço libertador acaba, irremediavelmente, na autodestruição de si mesmo ou na construção de outra forma de domínio.

A busca da liberdade deve dirigir-se ao Eu, deve ser feita pelo Eu e deve terminar no Eu. Quer dizer, a liberdade, assumida como propriedade, será possível, só na medida em que o Eu seja a fonte, o motor e o fim de todo o atuar do indivíduo. Portanto, na medida em que nos reconstituímos no que propriamente somos, como indivíduos, poderemos ser livres.

Dessa maneira, eu quero ser libertado, diz Stirner, de tudo o que não seja Eu, de tudo o que me nega, quer dizer, quero ser liberto de tudo o que atenta contra mim. Assim mesmo, tudo o que eu quero, o que me serve, expande meu Eu, forma parte de mim mesmo; um amor ou uma vocação surge do Eu e desemboca no Eu. A liberdade é, então, uma forma radical consigo mesmo, a revelação do Eu.

O problema central da liberdade deve então ser novamente colocado: não se acaso eu me possa libertar de tudo, pois há, justamente, coisas das quais não quero ser liberto, coisas que, pelo contrário, quero. Nem tampouco me apropriar daquelas coisas determinadas que queira, conquistando assim uma liberdade meramente particular. O problema central reside, como já temos deixado entrever, em definir o termo real do esforço libertador: Eu. Tal esforço começa por um saber de si. Pois se a liberdade somente se consegue por um acionar dirigido ao Eu e executado pelo Eu,





devo saber claramente o que é este Eu para que este acionar tenha definido o seu sentido.

Sendo eu a medida de todo para mim mesmo, então, o fato fundamental da minha existência será meu poder. Eu só me tenho a mim mesmo e a minha necessidade de expandir-me, já que meu próprio poder é a capacidade de constituir-me a mim mesmo como medida de todo, e isto, ser medida de todo, é o que me define como eu mesmo: eu estou sozinho, com meu poder, frente a tudo.

A vida, dessa maneira, é o campo de batalha em que se juntam a combater os indivíduos, onde cada um tenta ser proprietário na medida de seu poder. A agressividade, portanto, é fundamental para o indivíduo. A agressividade é, então, consequência da individualidade do indivíduo e é necessária para a conquista da sua liberdade e da conservação da sua identidade.

Para Stirner, o indivíduo não pode ser senão forte; e a liberdade radical deste consiste nesta fortaleza que lhe permite não se submeter a alguma coisa que, pelo momento, é mais poderosa que ele. O indivíduo enquanto tal nunca se dobra, no máximo deixa de lado um mau caminho, mas isso, indubitavelmente, é diferente de submeter-se.

O indivíduo rodeará a rocha que fecha o caminho até que tenha pólvora suficiente para destruí-la. Quer dizer, esta liberdade radical do indivíduo expressa-se nesta disposição a nunca se curvar e a nunca se dar por vencido frente às coisas que quer possuir, porque isso significaria renunciar já não à propriedade, mas sim à condição mesma de ser sujeito de apropriação.

Em Stirner encontramos uma preocupação não somente no que concerne à liberdade política, mas também, e desde a nossa perspectiva muito mais importante, um esforço para libertar o homem da suposta opressão do pensamento. Stirner acredita ter descoberto o terrível engano ao qual a humanidade tem estado exposta através de grande parte da sua história. Pelo pensamento o homem tem descoberto as coisas as não coisas, quer dizer, a essência e, a gravidade reside nisto, esta não coisa ou a essência tem passado a constituir-se no propriamente real.

Porém, a realidade não é o pensamento; a realidade não se diz, a realidade simplesmente está aqui. Toda criação do pensamento e toda abstração não constituem o propriamente real, portanto, a realidade se faz presente com toda a sua força no mais próximo e



concreto que eu tenho, isso é meu corpo, em definitivo, eu mesmo, por quanto o acesso obrigado ao que eu sou é meu corpo, única maneira de impedir que este Eu se converta numa nova abstração.

Existe, hoje, uma possibilidade concreta de um empoderamento do indivíduo com ator político na sociedade em rede, na medida em que a tecnologia de informação e comunicação oferece um “espaço de autonomia”, que desafia a ordem institucional disciplinar vigente. O indivíduo como um novo ator tem um caráter concreto e singular, quer dizer, único, que não pode ser subsumido em categorias coletivas essencialistas e abstratas (movimentos sociais, partidos políticos, estado).

3. AS REVOLTAS COMO EXPRESSÃO DOS EXCLUÍDOS DA SOCIEDADE DE CONSUMIDORES

Para Zigmunt Bauman (2013), as recentes mobilizações populares que se alastraram pela Europa e outras regiões do planeta a partir de 2011, têm como eixo comum a ação de indivíduos que se unem para protestar contra uma percepção de injustiça persistente, colocando, inclusive, suas vidas em risco. A ação coletiva entra em jogo de maneira poderosa, em um contexto de difusão de mudanças tecnológicas, ao mesmo tempo em que a globalização das forças econômicas criam interdependências transnacionais que premiam cada vez mais o exercício da ação coletiva para reter certo grau de controle individual sobre o curso da própria vida.

Em todo lugar as manifestações continuam a expressar frustrações, esperanças truncadas e expectativas não correspondidas, em um ambiente “líquido moderno” caracterizado pela mistura de enormes quantidades de incertezas, inseguranças e medos em relação ao que o futuro possa reservar. Esta situação tem como uma das suas causas fundamentais a existência de um abismo cada vez mais profundo entre governantes e governados; em outras palavras, entre os interesses daqueles que detém o poder e as preocupações e ansiedades dos homens e mulheres comuns.

Assim, para Bauman, os governos, privados de grande parte do seu poder pelos bancos, empresas multinacionais e outras forças transnacionais, são incapazes de prestar seriamente atenção às verdadeiras causas das misérias das pessoas, e estas reagem, como se poderia esperar, perdendo confiança na capacidade e na vontade dos governos de resolver seus problemas.



Entretanto, percebemos, na sua análise, ausência de uma crítica mais aguda em relação às redes de corrupção evidentemente visíveis no sistema político, seja este democrático ou não; a ineficácia na redistribuição dos bens públicos (às vezes consequência do anterior); e, outras vezes, simplesmente o descaso dos governantes no que diz respeito às necessidades da população.

A ação coletiva percebida nessas revoltas é denominada por Bauman de política de “estilo enxame”, que tende a ser horizontal e lateral, e não vertical e hierárquica. Tais como os enxames, essas ações coletivas são criações efêmeras, reunidas com facilidade, mas difíceis de ser manter juntas pelo tempo necessário para se “institucionalizarem”, quer dizer, para construir estruturas duráveis. O autor conclui que não se pode construir uma sociedade alternativa com base apenas em componentes passionais, por definição, efêmeros.

Mas a questão que deve ser refletiva é se, de fato, existe uma aspiração de tomada do poder, se existe um anseio compartilhado pela criação de uma sociedade alternativa. Efetivamente, o que, segundo a nossa opinião, deixa a situação mais instável e perigosa é que não existe uma meta final que defina o bem comum. Nesse cenário, a tendência é um incremento do descontentamento, do sofrimento, das frustrações e da indignação, na medida em que o sistema político contemporâneo é incapaz de responder a demandas individuais de diversos tipos, e muitas vezes contraditórias.

O desconsolo de Bauman reside no fato de que estas ações, mediadas significativamente pelas novas tecnologias de comunicação e informação, não contêm em si aquilo que é fundamental em toda ação política: a força e o poder para a mudança. Assim, para ele, nenhuma das explosões populares de protesto estimuladas pela internet e eletronicamente ampliadas conseguiu até agora remover os motivos da raiva e do desespero das pessoas.

Na nossa perspectiva, a força desses movimentos reside, precisamente, em que não encontram nenhum *locus* específico dentro do sistema político tradicional ou institucionalizado, dentro da estrutura do estado-nação. A força vem da grande capacidade de criar instabilidade política e social e não pelo fato de alcançar fatias de poder dentro do *status quo*.

Quando Bauman analisa os distúrbios acontecidos na Inglaterra, em agosto de 2011, afirma que os grupos envolvidos





neles, eram, basicamente, consumidores excluídos e desqualificados. Quer dizer, os distúrbios urbanos na Grã-Bretanha deveriam ser compreendidos como uma revolta de consumidores frustrados.

Na sua visão, uma sociedade de consumidores que se define principalmente porque todos são consumidores, consumidores por direito e por dever, entra em uma espiral de falsas necessidades e tentações, cujos objetos de desejo tornam-se múltiplos. Mas, simultaneamente, cresce também a raiva, a humilhação, o despeito e o rancor motivados por não ter esses objetos desejados, assim como cresce ao mesmo tempo o impulso de destruir o que não se pode ter.

Os atores descritos por Bauman, evidentemente, formam parte daqueles que protestam, mas não esgotam todos os agentes perceptíveis do fenômeno, como tampouco esgotam o amplo e variado leque de reivindicações. Assim, o que podemos dizer sobre aqueles que protestam e não podem ser classificados simplesmente como marginalizados da sociedade de consumo?

4. OS MOVIMENTOS SOCIAIS NA SOCIEDADE EM REDE

Para Castells (2013) os atores principais dos recentes protestos objeto da nossa análise podem ser entendidos como movimentos sociais, seguindo assim uma tradição já estabelecida nas ciências sociais no geral e na sociologia em particular. Nós não estamos tão certos de que este se constitua no melhor enfoque para tentar entender o fenômeno. O fato de tratar-se, evidentemente, de ações coletivas fora dos canais institucionais formais significa necessariamente que são manifestações de movimentos sociais? O ator principal desses movimentos deveria ser denominado, rigorosamente, de “movimento social”? Não será expressão emergente, embora ainda difusa, de aquilo que, por falta de um conceito melhor, poderíamos chamar de “indivíduo”?

Compartilhamos com Castells que os movimentos tratados se expandiram por contágio viral num mundo conectado em rede mediante internet Wi-Fi e marcado pela rápida difusão de ideias e imagens. Existe, então, a partir desse fenômeno uma conexão do ciberespaço (espaço dos fluxos) e do espaço urbano (espaço do lugar) que se retroalimentam mutuamente e que fazem possível a reunião dos indivíduos nas revoltas.



Castells afirma que essa onda de rebelião polifacética foi causada pela humilhação (causa da indignação) produzida fundamentalmente pelo cinismo e arrogância dos poderosos (Castells, 2013). Para o autor, os que se uniram transformaram o medo em indignação e esta em esperança de um mundo e de uma humanidade melhor. Em outras palavras, trata-se de encontrar a dignidade no sofrimento compartilhado da humilhação (companheirismo), tema recorrente na maioria dos movimentos.

A luta de poder fundamental é a batalha pela construção de significados nas mentes das pessoas (Castells, 2010). E, nesse sentido, a ocupação do espaço urbano adquire uma importância capital, sobretudo, para o empoderamento de um contrapoder. Alguns desses significados podem ser destacados:

1- na ocupação do espaço, recria-se um sentido de comunidade, base de aquilo que Castells denomina de companheirismo, mecanismo psicológico essencial para superar o medo;

2- os espaços ocupados adquirem um forte conteúdo simbólico, pois se identificam com espaços institucionalizados da representação política tradicional ou do poder do Estado (Parlamento, câmaras municipais, monumentos etc.) ou centros e instituições do poder financeiro e econômico transnacionais (bancos, multinacionais etc.). Quando se tem controle sobre o espaço, controla-se, também, a vida das pessoas;

3- na sociedade em rede o espaço público dos movimentos sociais se constrói como um espaço híbrido entre as redes sociais da Internet e a ocupação do espaço urbano tradicional. Conectam-se, assim, dois espaços – o ciberespaço e o espaço urbano ocupado - produzindo-se uma integração e interação contínua. Esse novo espaço público expressa claramente um espaço de comunicação autônoma, essência dos movimentos sociais, já que permite a formação do próprio movimento e faz possível a sua comunicação livre com a sociedade como um todo.

Para Castells, diferentemente de Baumam, a dimensão das emoções é o motor dos movimentos sociais e sua força; assim, do ponto de vista dos indivíduos que os compõem, os movimentos sociais são movimentos emocionais³.

³ Para Castells (2013, p. 18-19), as emoções que fundamentam a mobilização social e o comportamento político são o medo (uma emoção negativa) e o entusiasmo (uma emoção positiva). Os indivíduos se mostram entusiasmados quando se mobilizam por um objeto que lhes importa. Por isso o entusiasmo está relacionado a outra emoção positiva, a esperança, na





Castells explica a existência de um movimento social a partir de duas condições. Em primeiro lugar, a consonância cognitiva, a qual surge quando muitos indivíduos se sentem humilhados, explorados, ignorados ou mal representados, o que faz superar o medo e transformar a ira em indignação, quando percebem outros passando pela mesma situação (companheirismo).

Em segundo lugar, um canal de comunicação eficaz, que propague os acontecimentos e as emoções associadas a essas mesmas experiências. Quanto mais rápido e interativo seja o processo de comunicação, é mais provável que se forme um processo de ação coletiva, arraigado na indignação, impulsionado pelo entusiasmo e motivado pela esperança. Nesse sentido, quanto mais interativa e autoconfigurável é a comunicação, como no caso da internet e redes sem fio, mais horizontal e menos hierárquica é a organização, e mais participativo é o movimento social emergente (Castells, 2003).

O que cria a unidade dentro da diversidade dos indivíduos que participam das mobilizações populares é seu sentido de empoderamento, que se origina na indignação compartilhada. Isso foi possível pela superação do medo, pela união forjada pelas redes de interação virtuais, no ciberespaço, e as comunidades constituídas nas praças públicas, no espaço urbano (espaço público híbrido de liberdade).

Segundo este autor, os atores dos protestos e revoltas em curso são os movimentos sociais em rede. Esses movimentos apresentam certas características que os tornam extremamente peculiares. São movimentos sem liderança formal, que recusam qualquer tipo de representação, formal ou informal, e qualquer forma de delegação de poder. A causa do anterior está intimamente ligada à sua própria constituição como movimentos sociais, quer dizer, a radical rejeição e deslegitimação da representação política institucionalizada. Caracterizam-se também por não apresentar uma estrutura organizacional hierárquica. Isso parece ser não somente uma característica organizacional, mas também uma *praxis* ligada ao objetivo político fundamental: a democracia direta.

Esses movimentos têm seu início nas redes sociais da internet, mas tornam-se ocupações de fato do espaço urbano, o que permite

medida que esta implica imaginar futuros possíveis. Entusiasmo e esperança surgem quando o indivíduo supera o medo, que tem um efeito paralisante. A ansiedade, num comportamento sociopolítico, as vezes e superada por outra emoção negativa, a ira, que emerge quando se percebe uma ação injusta e a identificação do/os agente/s responsável/eis por ela.



a sua espontaneidade. São virais tanto pela difusão das mensagens e imagens que divulgam suas ações coletivas, quanto pelo efeito demonstrativo das manifestações ocorrerem em diferentes partes do globo.

Torna-se oportuno assinalar, neste momento da exposição, que as características dos movimentos sociais em rede descritas por Castells como o fato de não possuírem uma liderança formal, a sua estruturação não hierárquica e sim horizontal, o fato de agirem simultaneamente nos níveis local e global, a sua constituição viral, seu modo de agregação espontâneo e afetivo, o seu caráter não programático, a constituição do espaço de autonomia como um terceiro espaço entre o urbano e o virtual etc., não parecem ser características específicas para descrever os movimentos sociais. Parece ser, então, que a força analítica do conceito “movimento social” não consegue capturar todas as peculiaridades e sutilezas dessa ação coletiva em curso.

Assim, coloca-se a pergunta em relação aos verdadeiros atores dos protestos e revoltas tratados. Não será possível analisar esse tipo de ação coletiva como resultado da ação dos indivíduos? Não estaremos em presença de um novo ator social, o indivíduo, que age através da ação coletiva individual?

5. UM NOVO ATOR SOCIAL: O CONCEITO DE MULTIDÃO EM NEGRI E HARDT

5.1 O Império

Antonio Negri e Michael Hardt, no seu livro *Império* (2002), afirmam a necessidade de fugir da velha concepção marxista-leninista conforme a qual o imperialismo é a expansão do capitalismo nacional em direção a espaços mundiais, criando uma hierarquia através da centralidade das grandes potências. Hoje essa afirmação não faz sentido dado que o Estado-nação já não é mais o sujeito do desenvolvimento capitalista mundial. O mercado mundial é uma realidade na qual as nações vão diluir-se. Hardt e Negri não querem afirmar com isto que o Estado-nação tenha deixado de existir, mas que se está produzindo uma transferência essencial da sua soberania. Esse ponto tem-se tornado uma das questões mais polêmicas no âmbito da política global nos últimos anos.



Assim, parece não existir um lugar de centralização do Império, de maneira que se faz necessário falar de um “não lugar”. A questão essencial consiste na forma como se processa o “mando” e não o lugar desde onde este é exercido. Em outras palavras, por um lado, Hardt e Negri afirmam que não há um “fora” do Império e, por outro lado, a ideia de que o Império não são os Estados Unidos. A tentativa de construção de um espaço exterior ao Império resulta numa impossibilidade dado que isso implicaria uma certa autonomia dos Estados, autonomia que hoje se vê ameaçada em função de complexos equilíbrios do sistema econômico e financeiro mundial.

Mas ocupar um lugar fora do Império não é a única possibilidade de uma prática política. Os autores em questão pensam na possibilidade de construir no interior do Império uma alternativa que não seja nem regional nem nacional, formada por aquilo que eles denominam de “subjektividades transversais”, uma das características da multidão. Nesse sentido podemos mencionar cinco características essenciais do Império:

1.- O Império caracteriza-se pela ausência de fronteiras: o poder exercido pelo Império não tem limites. Trata-se de um regime que abrange a totalidade do espaço, ou que de fato governa todo o mundo “civilizado”. Não existem fronteiras territoriais confinando o poder do Império.

2.- O conceito de Império apresenta-se não como um regime histórico nascido da conquista, e sim como uma ordem que na realidade suspende a história e dessa forma determina, pela eternidade, o estado de coisas existente. Em outras palavras, o Império apresenta-se no seu modo de governo como um regime sem fronteiras temporais, e, neste sentido, fora da História ou no fim da História.

3.- O Império não só administra um território com sua população mas também cria o próprio mundo que ele habita. Não apenas regula as interações humanas como procura reger diretamente a natureza humana. O poder de mando do Império funciona em todos os registros da ordem social, descendo às profundezas do mundo social.

4.- Apesar de a prática do Império banhar-se continuamente em sangue, o conceito de Império é sempre dedicado à paz - uma paz perpétua e universal fora da História.

5.- Por último, a transição para o Império e seus processos de globalização oferece novas possibilidades para as forças de



libertação. O ímpeto criador da multidão é aquele que sustenta o Império, mas esse mesmo ímpeto é capaz também de construir, independentemente, um contrapoder que os autores denominam de Contraimpério, uma organização política alternativa de fluxos e intercâmbios globais. Essas forças que contestam o Império e prefiguram uma sociedade global alternativa não estão, elas próprias, limitadas a qualquer região geográfica.

5.2 A Multidão

Nas análises de Negri e Hardt, sobre o conceito de multidão, é explícita a linhagem intelectual que nos remete ao filósofo moderno Baruch Espinosa. De fato, o conceito de “multidão” encontra-se na obra de Espinosa, entendido como uma multiplicidade de singularidades que se situam em alguma ordem. Como a matéria é divina (Deus ou Natureza), e a diferenciação é um processo interno à matéria, a multidão é matéria que contém em si o princípio formativo. O conceito de multidão tem sentido próprio e auto-organizativo na medida em que a filosofia de Espinosa é imanentista.

Já para os autores de *Império*, o conceito de multidão é um conceito de classe, que vai além da importância que a tradição marxista outorga à unidade, entendida como identidade; mas também o conceito de multidão extrapola a consagração das diferenças e pluralidade vindas da tradição liberal. A classe é um conceito político que surge da luta de classes, na medida em que se trata de uma coletividade que luta em comum, mas também é um conceito político, na medida em que essa luta se expressa numa proposta política (um *telos* sempre aberto, definindo-se na própria luta).

Uma multidão é sempre uma multiplicidade irreduzível, mas também ela não é uma multiplicidade fragmentada e dispersa. Trata-se de singularidades atuando em comum. Não existe nem uma contradição conceitual nem real entre singularidade e o que é comum.

Dado que para Negri e Hardt o conceito de multidão tenta recolocar o projeto político de luta de classe proposto por Marx, a multidão, enquanto classe, é fundamentalmente uma possibilidade. Portanto, a multidão, para eles, pressupõe um projeto político comum. A multidão é a classe de aqueles que trabalham sobre o domínio do capital e, portanto, daqueles que recusam o domínio do capital. Um



conceito muito diferente de classe operária, dado que hoje não existe uma prioridade política entre as formas de trabalho. Assim, multidão pode ser definida como todos aqueles que trabalham e produzem sob o domínio do capital (Negri e Hardt, 2005).

Nas últimas décadas do século XX, o trabalho imaterial foi substituindo o trabalho industrial. O trabalho imaterial produz conhecimento, informação, comunicação, relações interpessoais baseadas numa relação emocional. O trabalho imaterial tornou-se hegemônico em termos qualitativos. A principal característica do trabalho imaterial é que ele produz comunicação, relações sociais e cooperação. Os casos singulares de processos de trabalho, condições produtivas, situações locais e experiências de vida coexistem com um “devir comum”, que tende a reduzir as divisões qualitativas no trabalho e que é o fundamento biopolítico da multidão (Negri, 2003).

O par conceitual contraditório, identidade e diferença, não ajuda a entender a organização da multidão. De fato, somos uma multiplicidade de formas singulares de vida e, ao mesmo tempo, compartilhamos uma existência global comum. A antropologia da multidão é uma antropologia de singularidade e partilha. Assim, a multidão é uma rede aberta de singularidades que se mantém unida com base no que compartilham e produzem em comum.

A multidão está engajada na produção de diferenças, invenções e modos de vida. Deve, assim, ocasionar uma explosão de singularidades. Essas singularidades são conectadas e coordenadas de acordo com um processo constitutivo sempre reiterado e aberto. Seria um contrassenso exigir que a multidão se torne a “sociedade civil”. Mas seria igualmente estranho que forme um partido ou qualquer estrutura fixa de organização. A multidão é a forma ininterrupta de relação aberta que as singularidades põem em movimento. Por trás de identidades e diferenças, a multidão exige “um comum”, que deve ser entendido como proliferação de atividades criativas, relações ou formas associativas diferentes. Resumindo, o conceito de multidão abrange três perspectivas analíticas:

1- do ponto de vista sociológico, multidão refere-se a um conjunto, entendido como uma multiplicidade de subjetividades, ou melhor, de singularidades;

2- como classe social, mas não operária, atuando numa sociedade pós-fordista caracterizada pela hegemonia do trabalho imaterial;





3- como uma multiplicidade, nem identificada com o conceito de povo, nem esmagada na massa, mas capaz de desenvolvimento autônomo e independente. Esse desenvolvimento também possui um caráter intelectual na medida em que aprimora as potencialidades do trabalho, mediante a reapropriação dos instrumentos de trabalho e dos dispositivos de cooperação.

Podemos destacar por último, que de forma surpreendente e até original, a elaboração do conceito de multidão leva os autores a refletirem criticamente sobre o fenômeno amoroso. Para eles, seria possível identificar uma série de dimensões nas quais o tema do amor pode abrir novas perspectivas analíticas no campo da ciência política: amor como livre expressão dos corpos, como inteligência somada ao afeto, como geração contra a corrupção. Torna-se necessário uma concepção inteiramente materialista do amor, ou uma concepção verdadeiramente ontológica: o amor como poder da constituição da existência.

Apoiando-se na tradição filosófica inaugurada na modernidade por Espinosa, o amor está baseado num reconhecimento duplo: reconhecimento do outro como diferente e reconhecimento de que a relação com esse outro aumenta nosso próprio poder. Assim, para o filósofo o amor é o aumento de nosso próprio poder acompanhado do reconhecimento de uma causa externa. Isso não é uma noção de amor na qual toda a diferença se perde ao abraçar uma unidade que amarra seus movimentos. Pelo contrário, esse é um amor baseado na multiplicidade. Assim, Negri e Hardt concebem a multidão como a singularidade somada à cooperação e como reconhecimento da diferença e do benefício de uma relação comum. É nesse sentido que os autores afirmam que o projeto da multidão é um projeto de amor.

6. DEMOCRACIA EM REDE: REPENSANDO A DEMOCRACIA DIRETA

Uma das ideias desenvolvidas no presente texto diz respeito à possibilidade, dada pelos avanços tecnológicos originados nas tecnologias de informação e comunicação (TICs), do exercício, de fato, da democracia direta. Hoje existe o suporte tecnológico necessário à criação de uma plataforma virtual que sustente a consulta direta aos cidadãos, sobre as questões da *polis*.



Nos últimos anos surgiram abordagens teóricas, pesquisas empíricas e experiências políticas concretas, que se expressaram em propostas eleitorais em diversos sistemas democráticos pelo mundo afora, vinculadas ao conceito de “democracia em rede”. Essas experiências, ainda em processo de tentativa e erro, têm em comum o objetivo de ampliar a participação cidadã, para além dos mecanismos tradicionais que limitam esta participação a um voto esporádico de anos em anos, incorporando o uso habitual das novas tecnologias digitais. Essas propostas permitem que os indivíduos votem diretamente sobre qualquer assunto ou, no mínimo, delegar o voto a um delegado-conhecido (um *proxy*⁴) em determinado tema específico.

Uma dessas experiências políticas concretas é o Partido Pirata⁵ na Alemanha, o qual utiliza internamente um software denominado “*liquid feedback*” para as tomadas de decisões partidárias. Na nossa região, na Argentina, nas últimas eleições abertas para definir os candidatos à eleição legislativa, na cidade autônoma de Buenos Aires, surgiu o partido político denominado *Partido de la Red*, o

qual defendeu como uma de suas principais bandeiras eleitorais a democracia direta. Ambos são representantes locais de um movimento global que propõe a utilização das novas tecnologias para a democratização da vida pública.

Assim, a denominada “democracia em rede” sustenta uma delegação horizontal baseada numa participação de baixo para cima. Por exemplo, o *Partido de La Red*, mediante seu software, abre a possibilidade de que cada um dos filhados possa delegar

⁴ Proxy é o termo utilizado para definir os intermediários entre o usuário e seu servidor. E por isso desempenha a função de conexão do computador (local) à rede externa (Internet). Como os endereços locais do computador não são válidos para acessos externos, cabe ao proxy enviar a solicitação do endereço local para o servidor, traduzindo e repassando-a para o seu computador. É interessante como um conceito oriundo da informática é utilizado para descrever as relações políticas de representação.

⁵ Partido Pirata refere-se aos partidos políticos que têm como bandeira a luta contra as atuais leis de propriedade intelectual e industrial, incluindo *copyright* e patentes, contra a violação do direito de privacidade e a favor do respeito ao domínio público, da promoção de práticas de *copyleft*, dos sistemas operativos livres e das práticas do compartilhamento. Os Partidos Piratas também defendem os direitos civis, democracia direta, compartilhamento livre de conhecimento (Open content), privacidade e transparência pública. Devido ao rápido crescimento de popularidade do Partido Pirata na Suécia, seu lugar de origem, o movimento se espalhou por dezenas de países, onde diversos partidos piratas se organizam para defender pautas semelhantes. Na Europa, o movimento ganhou mais força nos países escandinavos, mas também vêm crescendo nos demais países, inclusive no Leste Europeu. No Brasil, o movimento para criação do Partido Pirata existe desde 2007.



seu voto tanto a um amigo de confiança como a um representante formal. A finalidade desse mecanismo participativo *sui generis* consiste em potenciar os nós da rede mais idôneos frente a temas específicos. Dessa forma, constitui-se um tecido que vai se entrelaçando continuamente numa rede de influências orientada a criar inteligência coletiva. Entretanto, cada pessoa mantém o direito sobre suas opiniões e, sempre que o desejar, pode retomar o poder sobre a decisão sem solicitar permissão alguma ao representante/delegado. O resultado dessa engenharia partidária consiste em um controle mais próximo e eficaz por parte do representado no que diz respeito ao seu representante, o qual fica numa situação mais transparente de *accountability*.

O uso das redes sociais, cada vez mais habitual em diferentes dimensões da vida, se introduzido como ferramenta de participação política permanente, permite pensar, sem utopias, a possibilidade do exercício quotidiano do voto, como expressão da autonomia e a liberdade dos indivíduos num sistema democrático.

Cabe ainda destacar o conceito de “democracia líquida” ou “democracia delegativa” (FORD, 2002). Este conceito, vinculado ao conceito de democracia direta, aponta a um procedimento no qual as votações se realizam por um mandato específico para uma determinada questão. A votação é sustentada por uma recomendação de ação, quer dizer, por uma análise da questão em debate feita por especialistas na matéria, pró e contra. É um sistema misto entre democracia direta e democracia representativa, no qual os representantes do povo são designados para votar em cada tema, ao invés de serem eleitos para um mandato amplo, com duração específica. Em alguns casos, na democracia líquida, o mandato específico pode ser delegado. No presente, o partido pirata alemão, o partido local sueco Demoex, e a Listapartecipata italiana, dentre outros, já praticam e defendem a democracia líquida, em caráter experimental.

CONCLUSÕES

Podemos afirmar que os esforços para entender teoricamente os protestos e revoltas atuais pelo mundo afora não ocorrem somente no plano político e sociológico, mas também no plano epistemológico e filosófico.

Em nossa opinião, existe um substrato ôntico que pode ser determinante para a tentativa de construir uma explicação mais





complexa e satisfatória. Como afirmamos no início do artigo, estamos presenciando o surgimento do indivíduo como uma nova forma de ator social. Este indivíduo é o ente que de fato possui uma densidade de ser, alçando a sua voz perante instâncias coletivas que possuem menos força e legitimidade óptica, a saber, o Estado, a Sociedade, os Partidos Políticos e outros.

Por esse motivo, começamos mostrando como na análise rousseauiana a representatividade é apresentada como uma ideia absurda, originária da sociedade civil corrompida, não podendo haver democracia real se não for direta, assim como as leis precisam ser ratificadas pelo povo para não serem consideradas nulas. Desde essa perspectiva teórica, o debate sobre a democracia direta questiona o monopólio dos partidos políticos sobre a representação política.

Seguidamente, questionamos se as causas das revoltas atuais, considerando a sua diversidade de objetivos, estratégias, táticas, localidade etc., não deveriam remeter necessariamente à pergunta de quem são os atores envolvidos nessas lógicas coletivas. Levantamos a hipótese de que o indivíduo, como ator social, surge de maneira poderosa ante outros atores que, na tradição da sociologia, podem ser aglutinados no conceito de movimentos sociais.

Essa hipótese explicativa baseia-se no fato de que hoje existe uma possibilidade concreta de um empoderamento do indivíduo com ator político na sociedade em rede, na medida em que as tecnologias de informação e comunicação oferecem um “espaço de autonomia”, que desafia a ordem institucional disciplinar vigente. O indivíduo como um novo ator tem um caráter concreto e singular, quer dizer, único, que não pode ser subsumido em categorias coletivas essencialistas e abstratas (movimentos sociais, partidos políticos, Estado). Por tal motivo, fizemos uma referência explícita ao projeto teórico proposto pelo filósofo Max Stirner, quem, já no século XIX, apontava para a autonomia do indivíduo frente a todas as abstrações ante as quais o “Eu” terminava irremediavelmente sujeito.

Ainda que compartilhamos algumas das observações de Bauman ao analisar os protestos atuais, discutimos a sua afirmação desses protestos e revoltas terem uma aspiração de conquista do poder e da existência de um anseio compartilhado pela criação de uma sociedade alternativa. Em nossa opinião, a situação é complexa, instável e perigosa justamente pelo fato de não existir uma meta final que defina o bem comum. Nesse cenário, a tendência é um incremento do descontentamento, do sofrimento, das frustrações e





da indignação, na medida em que o sistema político contemporâneo é incapaz de responder a demandas individuais de diversos tipos, e muitas vezes contraditórias.

Também discordamos em duas questões apontadas pelo autor citado acima. Em primeiro lugar, os atores descritos por Bauman, quer dizer “os excluídos da sociedade de consumo”, evidentemente, formam parte daqueles que protestam, mas não esgotam todos os agentes perceptíveis do fenômeno em curso, como tampouco esgotam o amplo e variado leque de reivindicações. Assim, o que podemos dizer sobre aqueles indivíduos que protestam e não podem ser classificados simplesmente como marginalizados da sociedade de consumo?

Em segundo lugar, ao contrário do que para o sociólogo polonês se apresenta como uma limitação e uma fraqueza das revoltas atuais, a sua dificuldade de se institucionalizarem, a nossa perspectiva defende que a força desses protestos reside, precisamente, em que não encontram nenhum *locus* específico dentro do sistema político tradicional ou institucionalizado, dentro da estrutura do Estado-nação. Em outras palavras, a sua força vem da grande capacidade de criar instabilidade política e social e não pelo fato de alcançar fatias de poder dentro do *status quo*.

Depois revisamos as análises teóricas e empiricamente complexas de Manuel Castells. Para ele os atores principais dos recentes protestos podem ser entendidos como “movimentos sociais”. Questionamos que tal vez esse enfoque desconsidere o fato de que ações coletivas, fora dos canais institucionais formais, não representam necessariamente manifestações de movimentos sociais. Propomos pensar esse fenômeno atual como uma expressão emergente, embora ainda difusa, de aquilo que, por falta de um conceito melhor, poderíamos chamar de “indivíduo”, como um ator social.

Esclarecermos também que as características dos movimentos sociais em rede descritas por Castells, tais como o fato de não possuírem uma liderança formal, a sua estruturação não hierárquica e sim horizontal, o fato de agirem simultaneamente nos níveis local e global, a sua constituição viral, seu modo de agregação espontâneo e afetivo, o seu caráter não programático, a constituição do espaço de autonomia como um terceiro espaço entre o urbano e o virtual etc., não parecem ser características específicas para descrever os movimentos sociais. E alertamos para o fato de que a força analítica





do conceito movimento social não consegue abranger todas as peculiaridades e sutilezas dessa ação coletiva em curso.

Por último, analisamos brevemente as posições de Negri e Hardt, no que diz respeito ao conceito de império e de multidão. Para esses autores, a multidão caracteriza-se pela produção constante de diferenças, invenções e modos de vida. Deve, assim, ocasionar uma explosão de singularidades. Essas singularidades são conectadas e coordenadas de acordo com um processo constitutivo sempre reiterado e aberto. A multidão é a forma ininterrupta de relação aberta que as singularidades põem em movimento. Entretanto, por trás de identidades e diferenças, simultaneamente a multidão exige “um comum”, que deve ser entendido como proliferação de atividades criativas, relações ou formas associativas diferentes.

Cabe lembrar que uma das hipóteses norteadoras do presente trabalho diz respeito ao encontro inevitável entre política e tecnologias de informação e comunicação. Em outras palavras, uma das ideias desenvolvidas ao longo do texto afirma a possibilidade do exercício, de fato, da democracia direta, aberta pelos avanços originados nessas tecnologias. Existe hoje o suporte tecnológico necessário à criação de uma plataforma virtual que sustente a consulta direta aos cidadãos, sobre as questões da *polis*. Nesse sentido, o uso das redes sociais, cada vez mais habitual em diferentes dimensões da vida, se introduziu como ferramenta de participação política permanente, permite pensar, sem utopias, a possibilidade do exercício cotidiano do voto, como expressão da autonomia e a liberdade dos indivíduos num sistema democrático.

Concluindo, fica assim colocada a pergunta em relação aos verdadeiros atores dos protestos e revoltas tratadas. Não será possível analisar esse tipo de ação coletiva como resultado da ação dos indivíduos? Não estaremos em presença de um novo ator social, o indivíduo, que age através da ação coletiva individual?

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BAUMAN, Zigmunt. *Educação e Juventude*. Rio de Janeiro: ed. Jorge Zahar, 2013.

CASTELLS, Manuel. *Redes de indignação e esperança*. Rio de Janeiro: Ed. Jorge Zahar, 2013.

------. *Comunicación y Poder*. Madrid: ed. Alianza, 2010.

------. *A Galáxia Internet*. Rio de Janeiro: Ed. Zahar, 2003.

FORD, Bryan. *Delegative Democracy*. Disponível em: <http://www.brynosaurus.com/deleg/deleg.pdf>. Acesso em: 28/10/2013.

HARVEY, David et al. *Occupy*. São Paulo: Ed. Boitempo: Carta Maior, 2012.

MARICATO, Erminia et al. *Cidades Rebeldes: Passe livre e as manifestações que tomaram as ruas do Brasil*. São Paulo: Ed. Boitempo: Carta Maior, 2013.

NEGRI. *Cinco lições sobre o Império*. Rio de Janeiro: DP&A Editora, 2003.

NEGRI, Antônio e HARDT, Michael. *Império*. Rio de Janeiro: Ed. Record, 2002.

------. *Multidão. Guerra e Democracia na Era do Império*. Rio de Janeiro: Ed. Record, 2005.

ROUSSEAU, Jean Jacques. *O Contrato Social*. São Paulo: Penguin Companhia, 2011.

STIRNER, Max. *O Único e sua Propriedade*. Lisboa: Ed. Antígona, 2004.



A LICENÇA COMPULSÓRIA DOS MEDICAMENTOS COMO FORMA DE EFETIVAR O DIREITO HUMANO À SAÚDE E A CIDADANIA

Leonardo Gomes de Aquino¹

INTRUDUÇÃO

O presente artigo é o estudo que nos traz análise da licença compulsória dos medicamentos como forma de efetivar o direito humano à saúde e a cidadania, isso porque o direito a saúde é um direito humano.

155

Sendo que faremos a nossa análise sobre a ótica do Direito Constitucional, Direito Internacional e o Direito da Propriedade Industrial e as repercussões referente aos direitos humanos.

O tema foi escolhido a partir da necessidade de analisar o direito humanos da saúde e as patentes de medicamentos, que marcam a linha tênue que separa o interesse individual e o direito coletivo.

Pretendemos desenvolver este trabalho analisando e pesquisando a legislação interna brasileira acerca de medicamentos e os tratados internacionais e o enfretamento do direito à patente dos medicamentos e o direito coletivo à saúde para se alcançar a efetividade almejada. Tomamos como base a doutrina de Patrícia Luciane de Carvalho, Luiz Carlos Saldanha Rodrigues Junior, P. Champ e A. Attaran, L. R. Helfer, Blasi, Gabriel di Blasi e Denis Borges Barbosa. Além das decisões do Supremo Tribunal Federal,

¹ Mestre em Direito. Advogado. Professor de Direito Empresarial. E-mail: LGOMESA@IG.COM.BR



Leonardo Gomes de Aquino

REsp 325237, Rel. Min. José Delgado, DJU de 03/09/2001 e AgRg nº 842866, Rel. Min. Luiz Fux, DJU 28/010/2002.

Já que se tem como objetivo a verificação da possibilidade de aplicação do instituto da licença compulsória como meio capaz de efetivar o direito à saúde.

Para tanto, utilizaremos a método dedutivo, no qual passamos a utilizar a cadeia de raciocínio em ordem descendente, que se iniciou na análise do direito humano à saúde e os aspectos caracterizadores da licença jurídica compulsória.

O artigo está dividido em introdução e desenvolvimento, o qual analisa do direito humano à saúde, a concepção de cidadania, abrangência do termo medicamentos, a importância da patente e a possibilidade de licenciar compulsoriamente as patentes de medicamentos.

1. A SAÚDE COMO UM DOS DIREITOS HUMANOS

A saúde sempre esteve ligada à ideia de enfermidades graves e que afetavam boa parte da população, ou seja, só se tornava de preocupação dos governantes quando se tornavam epidemias, o que gerava perdas econômicas grandiosas. Só assim, o Estado passava a se preocupar. Patrícia Luciane de Carvalho afirma que a questão da saúde estava mais ligada a questões econômicas do que aos direitos humanos.²

Contudo, a ideia da saúde inserida como um direito humano partir do art. 25, da Declaração Universal dos Direitos Humanos¹, de 1948: “toda pessoa humana tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar para si e sua família saúde e bem-estar...”. A saúde em direitos humanos³, além de um compromisso assumido em documentos

² CARVALHO, Patrícia Luciane de. *Patentes farmacêuticas e acesso a medicamentos*, p.15.

³ A saúde é um direito humano fundamental, nos termos do artigo 25 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 10 de dezembro de 1948, e do artigo 12 do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 16 de dezembro de 1966, incorporado ao ordenamento jurídico nacional pelo decreto 591, de 6 de julho de 1992, que prevê o direito de toda pessoa desfrutar o mais elevado nível de saúde física e mental. E, somente, na Constituição de 1988 foi elevado à direito fundamental do homem.

internacionais⁴, deve ser uma das prioridades dos governos democráticos. Sua finalidade é a construção de uma cultura de respeito aos direitos humanos, em especial, a dignidade da pessoa humana⁵ e, por isso mesmo, sua adoção como política pública é essencial à democracia⁶ e ao Estado de Direito⁷.

A construção dos direitos humanos constitui o principal desafio para a humanidade nos primórdios do século XXI, isso porque há um protagonismo imaginado e maximizado do papel dos direitos humanos na construção das capacidades necessárias para uma vida digna ou de um dimensionado exarcebado das dificuldades impostas para seu efetivo respeito das dificuldades impostas para seu efetivo respeito e promoção, apontado desafio, desnudado de idealismo, mostra-se bastante realista. Dentro dessa dupla concepção, temos, de um lado, os direitos humanos no papel fundamental e essencial na construção e consolidação de espaços pela luta da dignidade humana e, por outro, a fragilidade de seus conceitos, a partir do

⁴ No ano de 1966 são firmados os dois principais Pactos Internacionais: os de Direitos Civis e Políticos e os de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. A Declaração de Alma-Ata foi formulada por ocasião da Conferência Internacional sobre Cuidados Primários de Saúde, reunida em Alma-Ata, no Cazaquistão, entre 6 e 12 de setembro de 1978, dirigindo-se a todos os governos, na busca da promoção de saúde a todos os povos do mundo. A Organização Mundial da Saúde (OMS) é uma agência especializada em saúde, fundada em 7 de abril de 1948 e subordinada à Organização das Nações Unidas. Sua sede é em Genebra, na Suíça.

⁵ Não pode haver coisa mais valiosa, para os seres humanos, que a pessoa humana. Sua dignidade, inteligência, consciência e vontade a colocam acima de todas as coisas da natureza. A dignidade é direito fundamental com o qual todos nascem. Devemos agir, com os outros, com espírito de fraternidade. DALLARI, Dalmo de Abreu. *Direitos Humanos e Cidadania*, p. 1.

⁶ As democracias contemporâneas se fundamentam nesta “cultura dos direitos humanos e de políticas públicas consolidadas neste campo de atuação política”. Alguns aspectos procedimentais desta nova organização política são relevantes para a efetivação dos direitos humanos. O primeiro é o “resgate do papel do Estado, e dos organismos e redes internacionais de proteção dos direitos humanos, no sentido de assegurar o acesso das populações” aos direitos reconhecidos, de forma integral e progressiva. PATARRA, N.L.; Silva, A. F.; Guedes, M. C.. *Direitos Humanos: ideias, conceitos e indicadores*, p. 249-255. A democracia funda-se segundo Bobbio nos princípios de liberdade (autodeterminação) e de igualdade e nos ideais de tolerância, de não violência e de irmandade, e se caracteriza pela constituição pactuada de um conjunto de regras fundamentais que estabelecem quem está autorizado a tomar decisões coletivas e com quais procedimentos. BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*, p. 38 e 65.

⁷ A ideia do Estado de Direito exige que as decisões coletivamente obrigatórias do poder político organizado, que o direito precisa tomar para a realização de suas funções próprias, não revistam apenas a forma do direito, como também se legitimem pelo direito corretamente estatuído. Não é a forma do direito, enquanto tal, que legitima o exercício do poder político e sim a ligação com o direito legitimamente estatuído. E, no nível pós-tradicional, de justificação, só vale como legítimo o direito que conseguiu aceitação racional por parte de todos os membros do direito, numa formação discursiva da opinião e da vontade (HABERMAS, J. *Direito e Democracia: entre faticidade e validade*, p. 172).

proposto na Carta Internacional de Direitos Humanos, isso porque a uma tendência em compreender que os direitos humanos estariam apenas albergando os sujeitos em situação de vulnerabilidade.

É compreensivo que a noção de direitos humanos transcenda aos aspectos meramente legais, pois isso se dá por causa da grande carga jusnaturalista, pois deve se observa pela percepção ético-universal de agir que deve ser observada pelo Estado (Governo) e de mais pessoas (instituições e indivíduos), e o seu reconhecimento internacional deriva do aspecto moral introduzido pela pureza inexistente e a abstração do conteúdo axiológico desses direitos, completamente dissociada de contextos reais, mas amparado na máxima do respeito universal devido a todos os seres humanos. Seus princípios e normas devem garantir a “satisfação das condições mínimas para a realização de uma vida digna”⁸. Uma vida digna é aquela que o indivíduo possa ter suas necessidades básicas atendidas, respeitar a si mesmo (autoestima) e aos outros. Eurico Bitencourt Neto demonstra que “manter uma existência digna é dar as condições para o ser humano não perca tal capacidade de autodeterminação e de ser sujeito, não sendo comparado a simples objeto da ação do Estado ou de terceiros”.⁹

De fato, a extensão da eficácia dos direitos humanos¹⁰, no tocante à saúde, deve estar consubstanciada na possibilidade de manter a vida com saúde, pois ter vida digna é possuir saúde e para mantê-la é necessário que haja “prestações de saúde disponíveis, e não às condições melhores ou piores de saúde das pessoas”, pois não é possível nenhuma influência no resultado final que uma determinada

⁸ Dias, 2010 *apud* VENTURA, Mirian. *Direitos humanos e saúde: Possibilidades e desafios*, p. 88.

⁹ BITENCOURT NETO, Eurico. *O direito ao mínimo para uma existência digna*, p. 118.

¹⁰ Esses direitos são admitidos como universais e indivisíveis. Universais porque a condição de pessoa deve ser o único e exclusivo requisito para titularidade desses direitos, sendo a dignidade da pessoa humana o fundamento de toda e qualquer medida. Indivisíveis porque os direitos civis e políticos devem ser conjugados aos direitos econômicos, sociais e culturais, de forma que possibilite o exercício da liberdade e da convivência com justiça social, eliminando os obstáculos normalmente estabelecidos pelo tratamento desassociado desses direitos e a sua complementaridade obrigatória. A indivisibilidade das dimensões individual e social dos direitos humanos é expressa nas Convenções específicas: sobre a eliminação da discriminação racial (1965), sobre a discriminação da mulher (1979), sobre os direitos da criança (1989), e mais recentemente, sobre direitos das pessoas com deficiências (2006). Essas Convenções ratificam os princípios e normas contidas nos dois grandes Pactos genéricos, e especificam sua aplicabilidade para os sujeitos de direitos destacados. VENTURA, Mirian. *Direitos humanos e saúde: Possibilidades e desafios*, p. 88.



prestação de saúde produzirá no paciente¹¹. Assim, a saúde pode ser conseguida por meio de políticas públicas na área de saúde.

As políticas públicas geram cidadania, pois um dos direitos que compõem a cidadania é o direito social e a saúde se encontra dentro dos direitos sociais fundamentais.

A concretização da saúde tem sido ponto de partida de diversas políticas sociais, de forma a concretizar o direito universal aos cidadãos de acesso. Questões importantes colocadas nesse aspecto referem-se: o que seria como alcançar a universalização? Nesse espectro se questiona como incorporar permanentemente as novas tecnologias médicas e farmacológicas de prevenção e de curativa?

A dificuldade em incorporar a universalização seria o custo saúde¹², gerado por três pontos: uma crescente evolução nas novas tecnologias médicas, refletidas em equipamentos e medicamentos geram despesas complexas e altas, o segundo seria o envelhecimento populacional e o último a falta de cuidado da população no tratamento da prevenção.

2. AS POLÍTICAS PÚBLICAS NA ÁREA DE SAÚDE

É compreensível que a vida digna dos indivíduos é um espaço onde se manifestam articulações entre processos biológicos e sociais que incidem de forma determinante na qualidade de vida, que como consequência na saúde dos mesmos, pois promover a saúde é algo diferente de prevenir as enfermidades e de tratá-las. Assim, a forma mais clássica de gerir estes três pontos fundamentais para intervir no processo saúde/doença inclui a promoção da saúde, a prevenção de doenças, acidentes e violências e seus fatores de riscos e o tratamento e a reabilitação das mesmas¹³.

¹¹ BARCELLOS, Ana Paula de. *O direito a prestações de saúde: complexidades, mínimo existencial e o valor das abordagens coletiva e abstrata*, p.134.

¹² Com a promulgação da Emenda Constitucional nº 29/2000, que estabelece vinculação de percentual da receita para gastos com saúde na ordem de 15% para os municípios brasileiros. Com isso o legislador quis definir um maior aporte de recursos para o setor da saúde e, ao mesmo tempo, sanear as possíveis distorções causadas pela má distribuição dos investimentos governamentais. Esse aporte maior de recursos públicos é e deve ser compatível com a arrecadação, ou seja, os instrumentos legais devem ser adotados para recuperar os créditos e ativos sonogados dos cofres públicos, além de punir os péssimos gestores. RODRIGUES JUNIOR, Luiz Carlos Saldanha. *A dignidade da pessoa humana e a prestação compulsória de medicamentos pelo sistema único de saúde em campo grande – MS: instrumentação para o desenvolvimento local.*, p. 85.

¹³ A prevenção e o tratamento das doenças endêmicas, profissionais e de outra natureza é um direito humano previsto no artigo 10 do Protocolo de San Salvador, de 17 de novembro de 1988, incorporado ao ordenamento jurídico nacional pelo decreto 3 321, de 30 de dezembro de 1999.



O direito à saúde pode ser encarado sob três aspectos¹⁴: o direito subjetivo (a saúde é direito de todos e dever do Estado¹⁵), o direito programático (direito de política estatal para melhoria do direito à saúde) e o da obrigação jurídica (dirigida a assegurar condições que possibilitem ao cidadão procurar obter um nível máximo de saúde).

Os caminhos a serem tomados diferem, conforme o âmbito de estudo da saúde, isso porque a saúde de forma adequada decorre de diversos fatores, tais como os sociais, os políticos, econômicos e culturais, que se combinam de forma peculiar em todas as sociedades¹⁶. E para se manterem saudáveis, os indivíduos precisam de circunstâncias sociais, ambiente saudável, alimentação adequada, prevenção de problemas específicos de saúde, de informação e em último caso de tratamento ambulatoriais, hospitalares e de medicamentos.

Assim, para enfrentar essa gama de problemas e fatores que afetam a saúde, há políticas públicas na promoção da saúde, que estão inseridas dentro de diversos contextos, com diversas finalidades e com propostas de intervenção de abrangência pequena, média e alta, que segundo Sutherland e Fulton¹⁷ podem estar situadas em dois grandes círculos. A primeira reside no fator preventivo de modificar os comportamentos de risco, de maneira a criar uma cultura educacional no indivíduo (como higiene pessoal, alimentação, fumar e beber, atividades físicas, comportamento sexual etc.). No outro aspecto estariam as ações voltadas a toda a coletividade (fornecimento de medicamentos a baixo custo ou de forma gratuita).

¹⁴ O Direito de Saúde não deve ser concebido, exclusivamente, no sentido de que uma pessoa estaria impossibilitada de vir a ser prejudicada na sua saúde, por outra pessoa, mas por várias formas de agressão originárias da comunidade ou mesmo do meio ambiente. Nesse sentido, a norma jurídica deve criar e ampliar direitos para os indivíduos, a par das obrigações correspondentes. (DIAS, 2003 *apud* RODRIGUES JUNIOR, Luiz Carlos Saldanha. *A dignidade da pessoa humana e a prestação compulsória de medicamentos pelo sistema único de saúde em campo grande – MS: instrumentação para o desenvolvimento local*, p. 87).

¹⁵ O desenho constitucional, nessa linha, circunscreve o direito à saúde como um direito público subjetivo, que, por sua vez, se efetiva mediante a prestação dos poderes públicos para a sua garantia. Evidente está que o caráter público e coletivo da saúde implica o reconhecimento dos fatores que lhes condicionam, como as condições de vida, nelas incluído o trabalho, seja este de que tipo for e seja qual for a sua modalidade prestacional. Luiz Carlos Fadel de Vasconcellos & Maria Helena Barros de Oliveira. *Direitos Humanos e Saúde no Trabalho*, p. 115.

¹⁶ P. L. CASTELLANOS, (Castellanos, P.L. *Los modelos explicativos del proceso salud-enfermedad: los determinantes sociales*, p. 81-102.), afirma que a saúde e a doença são processos inerentes à vida e são condicionados pelos modos de vida, condições de vida e estilo.

¹⁷ SUTHERLAND. R. W. e FULTON, M.J, p.161-181.



São diversas as políticas públicas iniciadas pelo Governo Federal, mas tomaremos como ponto de análise a questão dos remédios ou medicamentos concedidos às pessoas necessitadas. Medicamentos estes oferecidos de forma gratuita ou mesmo a baixo custo, por meio do Programa Farmácia Popular e Remédio a Baixo Custo do Governo Federal. Isso ocorre porque é dever do Estado conceder saúde aos seus cidadãos, 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 (art. 196 da CF).

O direito humano à saúde, então, é universal para todas as pessoas, é integral, na medida em que afirma que saúde é qualidade de vida e bem-estar, e é interdependente, pois se realiza com outros direitos.¹⁸

A saúde, quando compreendida como uma aspiração ou ideal do ser humano, permite que o Estado adote providências para a sua viabilidade, o que se chama de política pública. Tal política pública encontra respaldo na máxima de que o Estado somente existe em função de seus constituintes numa relação de interdependência.

3. A CIDADANIA E SUA COMPOSIÇÃO

A cidadania segundo Thomas Marshall é composta de três tipos básicos de direitos: direitos civis, direitos políticos e direitos sociais.

Os direitos civis referem-se àqueles que se compõem dos direitos à propriedade, de firmar contratos válidos, de liberdade de expressão, pensamento, crença e justiça. Da perspectiva institucional, os direitos civis estão relacionados aos Tribunais de Justiça, que servem à salvaguarda desses direitos e à proteção dos membros da comunidade nacional.

Os direitos políticos dizem respeito ao direito de sufrágio universal (votar e ser votado) e de acesso aos cargos públicos. As assembleias representativas (locais e nacionais) são exemplos de instituições que servem como vias de acesso à participação política (na literatura) e ao processo de tomada de decisões públicas.

¹⁸ E nesse especial espectro temos a Lei 9.313/96, sobre a distribuição gratuita de medicamentos aos portadores do HIV e doentes de AIDS.

Os direitos sociais refere-se a um leque mais amplo de direitos dos cidadãos que vão do direito ao mínimo de saúde, segurança e bem-estar até ao de participar plenamente na herança social e viver a vida de um ser civilizado, de acordo com padrões que prevalecem na sociedade. Nesse caso, as instituições públicas correspondentes são a escola e os serviços sociais ofertados pelo Estado, que visam garantir um mínimo de proteção contra a pobreza e a doença.

Assim, a cidadania no seu estágio atual está consubstanciada na ideia de dignidade da pessoa humana, cuja consagração se encontra sedimentada no art. 1º, III, da CF. A noção de dignidade apresenta uma dimensão dupla, ao mesmo tempo defensiva (serve como limite, ao orientar direitos fundamentais) e prestacional (cria tarefas, ou seja, deveres cometidos ao Estado). Não percamos de vista o caráter histórico-cultural deste conceito, que reclama a concretização e permanece em processo de contínuo desenvolvimento. Desse modo, as dimensões cultural e natural da dignidade humana interagem e se completam, permitindo a construção de um conceito objetivo da noção, de matriz secularizada e universal. Assim, ninguém pode, num caso concreto, ser rebaixado a objeto, ou seja, mero instrumento a serviço de outra pessoa, pois respeitar a dignidade do outro não é “torná-lo um simples meio”, para obtenção de um fim.¹⁹

Dessa forma, a dignidade da pessoa humana compõe o fundamento e o fim do Estado, ou seja, constituem a fonte de onde promanam os direitos, liberdades e garantias pessoais, direitos econômicos, sociais e culturais. Nessa linha, o conceito de cidadania pertence a todo ser humano logo, esse princípio alude à procura da qualidade de vida, a qual está ligada a promoção do aumento do bem-estar social e econômico das pessoas menos favorecidas.²⁰

4. MANIFESTAÇÕES LEGAIS ACERCA DA SAÚDE

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 dispõe que “toda pessoa humana tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar para si e sua família saúde e bem-estar...”.

O Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Pidesc), em seu artigo 12, reafirma a universalidade e a integralidade do direito humano à saúde: “toda pessoa deve desfrutar do mais alto

¹⁹ SEELMAN, Kurt. *Pessoa e dignidade da pessoa humana na filosofia de Hegel*, p. 45-49.

²⁰ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*, p. 183 e 193.



padrão de saúde física e mental”. E, na sequência, indica formas concretas de implementar esse direito: “diminuindo a mortalidade infantil, garantindo condições saudáveis no trabalho e meio ambiente, prevenindo e tratando de doenças e epidemias e assegurando assistência médica em casos de enfermidades”.

O Acordo de TRIPS²¹ no art. 8(1) prevê que

Os Membros, ao formular ou emendar suas leis e regulamentos, podem adotar medidas necessárias para proteger a saúde e nutrição públicas e para promover o interesse público em setores de importância vital para seu desenvolvimento socioeconômico e tecnológico, desde que estas medidas sejam compatíveis com o disposto neste Acordo.

O texto constitucional dispõe no art. 6º uma série de direitos sociais e insere a saúde nesse rol de direitos fundamentais do cidadão, anunciando a vocação brasileira para um “Estado de Bem-Estar Social” embora seja essencialmente Democrático de Direito.

A saúde como instrumento à cidadania possui como parâmetro legal constitucional o art. 196 ao estipular que “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” e competindo ao Poder Público por meio do Sistema Único de Saúde “controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos” (art. 200, da CF).

²¹ Acordo sobre os Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (TRIPS), vigente no país a partir de 1º de janeiro de 1995, por força do Decreto nº 1.355, de 30 de dezembro de 1994, que versa sobre as regras básicas de proteção a diversos bens intelectuais. Acordo TRIPS. Vigência no Brasil. Precedente da Corte. 1. O que sustenta o período de transição é a vontade do país-membro, não sendo, portanto, obrigatório postergar a data de aplicação do disposto no Acordo TRIPS. Esta Corte já se pronunciou nessa direção assentando que se o Brasil não manifestou, “em momento oportuno, qualquer opção em postergar a vigência do TRIPS no plano do direito interno, entende-se haver renunciado à faculdade oferecida pelo art. 65 daquele acordo” (REsp nº 423.240/RJ, Relator o Ministro Fernando Gonçalves, DJ de 15/3/04). 2. Recurso especial não conhecido. REsp 661536/RJ. Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito. Decisão: 07/04/2005. DJ 30/05/2005 p. 375. <http://www.stj.jus.br>. Acesso em 13/08/2012.

O direito à saúde comporta duas vertentes “uma de natureza negativa, que consiste no direito a exigir do Estado (ou de terceiros) que se abstenham de qualquer ato que prejudique a saúde; outra, de natureza positiva, que significa o direito às medidas e prestações estaduais visando a prevenção das doenças e tratamento delas”.²²

Sendo assim, há um dever (de fazer – obrigatoriedade de vacinação e de abstenção – proibição de fumar) de todos em promover e defender a saúde. Esse dever dos cidadãos tem por objetivo quer a própria saúde, quer a dos outros (saúde pública²³).

Questão interessante é o dever de o indivíduo cuidar da própria saúde, isso porque ninguém é obrigado a submeter a tratamento de saúde que o exponha a risco de morte (art. 14 do CC), embora ele não suscite dúvida quando esteja em causa a defesa da saúde alheia (doença contagiosa), inclusive sendo dever da autoridade de saúde comunicar a vigilância sanitária a existência do caso. No entanto, podem-se colocar problemas constitucionais, quando nos referimos aos exames e cuidados de saúde obrigatória (internações compulsórias), por causa do limite existência da dignidade da pessoa humana, mas advogo que neste caso estamos protegendo a dignidade, pois o sujeito não tem a capacidade plena saudável.²⁴

Nesse sentido, o dever de fomento da saúde pública corroborará informações e exames obrigatórios, não porque haja uma necessidade de viver com saúde²⁵, mas porque se trata de um dever das autoridades públicas (art. 196 da CF).

Por outro lado, J. J. Gomes Canotilho²⁶ incute a seguinte projeção jurídica no tocante ao direito que o sujeito possui de “rejeição do direito de não saber o seu estado de saúde”. É certo que direito protege a livre manifestação da personalidade por meio do corpo e veda atos autolesão que impõe prejuízo à saúde e à dignidade da pessoa, adotando uma perspectiva unitária, entendendo não ser possível dissociar a própria pessoa do seu corpo e para mantê-lo é imperioso ter saúde.

²² CANOTILHO, J.J. Gomes. *Constituição da Republica Portuguesa*, p. 825.

²³ “Saúde pública é o campo das ações de saúde que tem em perspectiva a promoção e proteção da saúde individual e coletiva, através da atuação nas dimensões coletivas.” MERHY, Emerson Elias. *A saúde pública como política: um estudo de formuladores de políticas*, p.73.

²⁴ AQUINO, L. G. *O Ressarcimento ao SUS: A natureza jurídica do preceito legal*. Observância do art. 32 da 9.656/1998.

²⁵ AQUINO, L. G. *O Ressarcimento ao SUS: A natureza jurídica do preceito legal*. Observância do art. 32 da 9.656/1998.

²⁶ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Constituição da Republica Portuguesa*. Anotada, p. 826.

O titular à vida e à saúde é todo ser humano, consoante expressa previsão do art. 196, caput, da Constituição que prevê: “art. 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”. Assim, qualquer sujeito, maior ou menor, que esteja dentro do território brasileiro, de forma definitiva ou em trânsito fará jus ao tratamento de saúde, independentemente de sua condição financeira individual, mas o tratamento não inserido nos padrões básicos do Sistema Único de Saúde (SUS) poderá ser reclamando do Poder Público apenas quando imprescindíveis, tanto pelos brasileiros quanto pelos estrangeiros, tão somente se a pessoa não tiver meios de custeá-los sem prejudicar suas condições mínimas de sobrevivência. Caso os tratamentos estejam disponíveis apenas na rede privada, a responsabilidade estatal é subsidiária.²⁷

O Art. 196 da CF disciplina que “a saúde é direito de todos e dever do Estado”. Aqui se define de maneira clara a universalidade da cobertura do Sistema Único de Saúde. Já o parágrafo único do art. 198 da CF determina que: “o sistema único de saúde será financiado, nos termos do art. 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes”. Dessa forma, todo o Poder Público (a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios) deve desenvolver políticas públicas, econômicas e sociais, para a redução dos riscos de doenças e ara permitir o acesso irrestrito aos tratamentos e medicamentos. Esta questão é de extrema importância, pois, em todo debate sobre o financiamento do SUS, a ênfase é na participação da União, como se esta fosse a única responsável.

No art. 24 da Carta Magna, ainda pode ser ressaltada a competência concorrente dos três entes federativos, no inciso XII, para legislar sobre matérias relacionadas à proteção e defesa da saúde.

Em 1990, foram criadas as Leis n.º 8.080 e n.º 8.142, que regulamentaram o Sistema Único de Saúde (SUS). A primeira fortaleceu o caráter universal e público do direito humano à saúde: é

²⁷ A universalidade, a igualdade e a integralidade são princípios do funcionamento do Sistema Único de Saúde (SUS) de maior relevância. Inúmeras estratégias foram realizadas nas duas últimas décadas, no âmbito ampliar a cobertura de ações que, em seu conjunto, possam significar, para o usuário, o acesso mais facilitado a uma atenção integral.



para todas as pessoas e é dever do Estado (governos federal, estadual e municipal). Com esta ampliação, estabeleceu uma novidade: a descentralização dos serviços de saúde, colocados mais próximos da população e de acordo com sua realidade. A segunda decreta que sem participação não se efetiva o direito humano à saúde, daí que determina a criação das conferências, conselhos e ainda define os recursos (tetos para as três esferas de governo).

O art. 2º da Lei 8.088/90 dispõe no art. 2º que “a saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício”. O dever do Estado de garantir a saúde consiste na reformulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação. O dever do Estado não exclui o das pessoas, da família, das empresas e da sociedade.

A Constituição Federal prevê no art. 197 que “são de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado”.

A assistência à saúde poderá ser executada por meio do ente público que tem a sua regulamentação na lei 8080/90 e também poderá ser feita por um ente privado que é disciplinado pela lei 9656/98 que trata dos planos de saúde.

Em parâmetros gerais, trata-se de um direito que pressupõe a colaboração de uma série de sujeitos: os pacientes, SUS, os planos de saúde, os profissionais (médicos, enfermeiros, paramédicos, terapeutas, farmacêuticos) e os empresários da indústria farmacêutica e de produtos médicos, sem esquecer entidades de regulação e de controle (Anvisa).

Observa-se que, entre as normas internacionais e as normas internas acerca do direito humano à saúde, houve uma evolução e ampliação nos conceitos, que se deu pela influência da sociedade civil e que na opinião de Rosiana Queiroz “este reconhecimento oficial foi uma conquista, e o desafio atual é manter e efetivar plenamente o direito humano à saúde”²⁸.

²⁸ QUEIROZ, Rosiana. *Direitos Humanos e Saúde*, p. 46.



5. A MANUTENÇÃO DA SAÚDE: TRATAMENTOS

Afirmei que a saúde é um meio para se manter a vida, no entanto, sob qualquer perspectiva que se adote o termo saúde, a sua perda deve ser entendida como acrescida de uma dimensão muito mais ampla do que aquela clássica, oriunda das ideias da patologia e da clínica, de modo a compreender toda e qualquer alteração indesejada nos planos físico, mental, social e individual. A preservação, manutenção e recuperação da saúde tornaram-se, pois, verdadeiras exigências de sociedade contemporânea, que busca incessantemente viabilizar os meios para satisfazer tais crescentes necessidades, mas limitando o aspecto terapêutico as qualidades impostas pela medicina para o caso concreto. A Organização Mundial de Saúde conceitua saúde no parágrafo 2º da sua Constituição como sendo “um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não apenas a ausência de doenças ou enfermidade”. Neste prisma compete ao Estado promover o bem-estar físico, mental e social do indivíduo, tanto no aspecto preventivo, curativo, como o de promoção da saúde.

As políticas públicas (sociais e econômicas) possuem um caráter preventivo ou reparador, em que o Estado tem o dever de reduzir o risco de doenças e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação, que são de relevância pública. A Terapia “é o tratamento de uma doença, ou seja, é o método ou modalidade de tratamento, como p. Ex. Terapia intensiva, terapia ocupacional, terapia antimicrobiana”²⁹. O Tratamento é o “conjunto de meios terapêuticos e prescrições higienodietéticas de que se lança mão para curar uma doença, combater seus efeitos ou aliviar os doentes, a prescrição escrita das medidas terapêuticas destinadas a um paciente ou, ainda, a aplicação dessas medidas terapêuticas ao paciente”.³⁰

O STJ por meio do REsp 325237, Rel. Min. José Delgado, assegurou tratamento integral no combate ao HIV e AIDS, afastando os limites da lei 9.313/96 ao afirma que é de “responsabilidade estatal no fornecimento gratuito de medicamentos no combate à AIDS, é conjunta e solidária com a da União e do Município. Como a Lei nº 9.313/96 atribui à União, aos Estados, ao Distrito Federal e

²⁹ REY, Luís. *Dicionário de termos técnicos de medicina e saúde*, p. 853.

³⁰ REY, Luís. *Dicionário de termos técnicos de medicina e saúde*, p. 880.



aos Municípios o dever de fornecer medicamentos de forma gratuita para o tratamento de tal doença, é possível a imediata imposição para tal fornecimento, em vista da urgência e consequências acarretadas pela doença.”³¹ É dever constitucional da União, do Estado, do Distrito Federal e dos Municípios o fornecimento gratuito e imediato de medicamentos para portadores do vírus HIV e para tratamento da AIDS. Pela peculiaridade de cada caso e em face da sua urgência, há que se afastar a delimitação no fornecimento de medicamentos constante na Lei nº 9.313/96”. E ao seu turno o AgRg nº 842866, Rel. Min. Luiz Fux, autorizou o tratamento e medicamentos para a hepatite “C” pelo SUS, dispondo expressamente que “em qualquer grau de complexidade, de modo que, restando comprovado o acometimento do indivíduo ou de um grupo por determinada moléstia, necessitando de determinado medicamento para debelá-la, este deve ser fornecido, de modo a atender ao princípio maior, que é a garantia à vida digna”.³²

Para que o poder público conceda o tratamento de saúde necessário, o sujeito interessado deverá fazer a solicitação perante o SUS, caso o tratamento não seja coberto pelo ente público, o interessado deverá formular pedido demonstrando sua doença, bem como deverá apresentar prova de que o tratamento ou medicamento fornecido pelo SUS é ineficaz ou insuficiência para defesa de sua saúde ou que traz sofrimento desproporcional, caso o tratamento só ocorra no exterior, deve o interessado demonstrar a eficácia do tratamento. A prova deverá ser feita por meio de laudo pericial ou atestado médico particular ou próprio do SUS, fornecido por médico com formação na área específica da doença.

6. OS MEDICAMENTOS

O medicamento é apenas uma das formas que a pessoa possui para ter, manter e resgatar a saúde.

La medicina moderna depende en sumo grado del uso de medicamentos y vacunas para tratar o prevenir las enfermedades. Hay medicamentos eficaces para combatir

³¹ BRASIL. *STJ*. REsp 325237, Rel. Min. José Delgado, DJU de 03/09/2001, p. 159.

³² BRASIL. *STJ*. AgRg nº 842866, Rel. Min. Luiz Fux, DJU 28/010/2002, p. 132.



la mayoría de las enfermedades infecciosas más prevalentes, como las infecciones respiratorias agudas, el VIH/SIDA, el paludismo, las enfermedades diarreicas, la tuberculosis y el sarampión. También se han inventado medicamentos que han salvado la vida de personas afectadas por enfermedades no transmisibles, como las isquemias y los trastornos cerebrovasculares.³³

Assim, o medicamento é considerado como a preparação ou a especialidade farmacêutica, cuja manipulação e fabricação esta regulamentada pelo Decreto 20.397/46, pela Lei n. 5.991/73, pela Lei n. 6.360/76 e pela lei 9.279/96, além de portarias expedidas pela Anvisa.

O art. 56 do Decreto 20.397/46 estipula que “a fabricação, manipulação, o comércio e propagada de *remédio secretos* são terminantemente proibidas sob pena de apreensão e ficando passível ainda de processo criminal o responsável pela fabricação clandestina”. E prevê ainda “é considerado remédio todo preparado que não esteja licenciado como especialidade farmacêutica, que não seja produto oficial ou que não esteja ainda a este equiparado”.

Já o art. 4º, II, da Lei n. 5.991/73, dispõe que Medicamento é o “produto farmacêutico, tecnicamente obtido ou elaborado, com finalidade profilática, curativa, paliativa ou para fins de diagnóstico”.

A Lei 6.360/76 no art. 3º prevê que

XX - Medicamento Similar - aquele que contém o mesmo ou os mesmos princípios ativos, apresenta a mesma concentração, forma farmacêutica, via de administração, posologia e indicação terapêutica, e que é

³³ Livre Tradução: A medicina moderna depende muito do uso de medicamentos e vacinas para tratar ou prevenir as enfermidades. Há medicamentos eficazes para combater as doenças infecciosas mais frequentes, tais como as infecções respiratórias graves, a AIDS/HIV, malária, diarreias, a tuberculose e o sarampo. Também foram inventados medicamentos que têm salvado a vida de pessoas afetadas por enfermidades não transmissíveis, como a isquemia cerebral e os transtornos cerebrovasculares. OMS e OMC. *Los acuerdos de la OMC y la salud pública: un estudio conjunto de La OMS y la Secretaría de la OMC*, p. 97.

equivalente ao medicamento registrado no órgão federal responsável pela vigilância sanitária, podendo diferir somente em características relativas ao tamanho e forma do produto, prazo de validade, embalagem, rotulagem, excipientes e veículos, devendo sempre ser identificado por nome comercial ou marca;

XXIII – Produto Farmacêutico Intercambiável – equivalente terapêutico de um medicamento de referência, comprovados, essencialmente, os mesmos efeitos de eficácia e segurança.

Medicamento Genérico é aquele medicamento similar a um produto de referência ou inovador, que se pretende ser com este intercambiável, geralmente produzido após a expiração ou renúncia da proteção patentária ou de outros direitos de exclusividade, comprovada a sua eficácia, segurança e qualidade, e designado pela DCB ou, na sua ausência, pela DCI (art. 3º, XXI da Lei 6.360/76).

Medicamento de referência é o “produto inovador registrado no órgão federal responsável pela vigilância sanitária e comercializado no País, cuja eficácia, segurança e qualidade foram comprovadas cientificamente junto ao órgão federal competente, por ocasião do registro” (art. 3º, XXII da Lei 6.360/76).

São medicamentos homeopáticos os dinamizados preparados com base nos fundamentos da homeopatia, cujos métodos de preparação e controle estejam descritos na Farmacopéia Homeopática Brasileira, edição em vigor, outras farmacopeias homeopáticas, ou compêndios oficiais reconhecidos pela Anvisa, com comprovada ação terapêutica descrita nas matérias médicas homeopáticas ou nos compêndios homeopáticos oficiais reconhecidos pela Anvisa, estudos clínicos, ou revistas científicas (Regulamentado pela RDC 26/2007).

Os medicamentos têm por desígnio funcional a obrigação de satisfazer as prioridades da coletividade. Nesse espectro a OMS afirma que cabe a cada Estado decidir quais os medicamentos essenciais, pois os fatores para criação da lista desses medicamentos



dependem de fatores locais, determinados pela saúde local, histórico epidemiológico e avanços no campo farmacêutico.³⁴

Podemos afirmar que a ideia primordial da lista de medicamentos obrigatórios fornecidos pelo País tem importância fundamental na política sanitária, possui um valor de relevância pública e deve ser garantido para prover o bem maior que é a saúde.

Em 1964 foi editado o Decreto nº 53.612 com a primeira lista de medicamentos, denominada “Relação Básica e Prioritária de Produtos Biológicos e Matérias para Uso Farmacêutico Humano e Veterinário” e dispõe sobre a aquisição de medicamentos pela Administração Pública Federal. Este Decreto trouxe todos os medicamentos que deveriam ser adquiridos pelo governo federal junto aos laboratórios governamentais ou empresas nacionais da área.

O Ministério da Saúde publicou a Portaria MS/GM nº 533, de 28 de março de 2012, que estabelece o elenco de medicamentos e insumos da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais – RENAME. A RENAME/2012 foi elaborada a partir das definições do Decreto nº 7.508, de 28 de junho de 2008 e estruturada de acordo com a Resolução nº 1/CIT, de 17 de janeiro de 2012. A RENAME/2012 contempla os medicamentos e insumos disponibilizados no SUS por meio do Componente Básico da Assistência Farmacêutica, Componente Estratégico da Assistência Farmacêutica, Componente Especializado da Assistência Farmacêutica, além de determinados medicamentos de uso hospitalar.³⁵

A assistência à saúde não constitui um monopólio do Estado, pois há permissão de empresas produzirem e patentearem medicamentos, e isso ocorre por meio da concessão do Estado às empresas, pois “os efeitos econômicos advindos das práticas de investimentos do campo da pesquisa e desenvolvimento dos produtos farmacêuticos é uma das causas dos elevados preços de medicamentos”.³⁶

³⁴ OMS (ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD). *Perspectivas Políticas sobre Medicamentos de La OMS* – 4.

³⁵ BRASIL. Ministério da Saúde.

³⁶ MELO, Milena Barbosa de; PAULO, Christiane Ramos Barbosa de. *O desequilíbrio entre a função social das patentes de medicamentos e o interesse individual das empresas farmacêuticas*, p.36.



Entretanto, por se tratar de um direito fundamental de relevância pública, quando prestada por entidade privada, está submetida à regulamentação, fiscalização e controle do Poder Público.

7. A QUESTÃO DA PATENTE DOS MEDICAMENTOS

A patente é o título de propriedade temporária e concedidos pelo Estado, com base na Lei 9.279/96 àqueles que inventam novos produtos, processos ou fazem aperfeiçoamento destinados à aplicação industrial, esse direito é atributivo.

O art. 229-C dispõe “a concessão de patentes para produtos e processos farmacêuticos dependerá da prévia anuência da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Anvisa”, que segundo a posição dominante não deverá adentrar no mérito dos requisitos necessários para concessão patente que são: novidade (arts. 11 e 12); atividade inventiva (art. 13); aplicação industrial (art. 15); e não estar nas proibições legais (art. 10 e 18).

A patente possui importância fundamental, pois a concessão deste direito de exclusividade garante ao seu titular a possibilidade de retorno do investimento aplicado no desenvolvimento de novos produtos e processos industriais. Em outras palavras, a patente comprova e garante ao seu titular a exclusividade de exploração de uma tecnologia e, ao mesmo tempo, assegura a ele o direito de impedir terceiros que a explorem sem sua autorização. Como contrapartida pelo acesso ao público do conhecimento dos pontos essenciais do invento ou do modelo, a lei dá ao titular da patente um direito limitado no tempo, pressuposto de que é socialmente mais produtiva em tais condições a troca de exclusividade do fato (a do segredo da tecnologia) pela exclusividade temporária do direito.³⁷

Tempo esse previsto na LPI, a qual estabelece 20 anos contados do depósito e que não poderá ser inferior a 10 anos da concessão, permitindo assim que a empresa estabeleça o preço que melhor atenda aos seus interesses comerciais.

Entretanto, o reconhecimento errôneo do direito de exclusividade garantido pelo registro de uma patente pode trazer prejuízos ao mercado, afetando sua concorrência interna quanto o próprio processo de desenvolvimento tecnológico. Essa garantia

³⁷ JUNGSMANN, D. M.; Bonetti, E. A. *A caminho da inovação: proteção e negócios com bens de propriedade intelectual: guia para o empresário*, p. 45.



de exclusividade na comercialização da invenção apresentada gera efeitos de monopólio no mercado, que são plenamente justificados temporalmente devido aos investimentos empreendidos pelo criador, sejam eles financeiros, físicos, sem eles em recursos humanos, para atingir o alto inventivo de sua criação. Portanto, o reconhecimento errôneo, ou o não reconhecimento, de uma patente ou a sua nulidade, podem, por um lado, alimentar os chamados *free riders*, que se aproveitam das invenções alheias, e, por outro, criar o monopólio mercadológico que pode não se justificar devido ao baixo grau inventivo daquilo que fora patenteado.³⁸

Um ponto importante na ideia de patentear medicamentos acaba por gerar oligopólios, que “caracterizam-se por serem poucas empresas que controlam o mercado de um setor específico”³⁹, ou seja, prevalecendo-se da concentração do mercado em determinado medicamento, as empresas muitas vezes abusam do poder de detenção e exploram em excesso, para obter retorno financeiro dos gastos na produção e comercialização dos medicamentos, em pequena escala de tempo, justificando-se com base no investimentos de novos produtos mais eficazes.

8. RAZÕES DE PROTEÇÃO DA INVENÇÃO E DO MODELO DE UTILIDADE

Segundo Gabriel de Blasi⁴⁰ a patente possui as seguintes razões de existência: razões de direito; de economia; de técnica; de desenvolvimento; e sociais.

a) As razões de direito decorrem da necessidade do Estado reconhecer de forma legal a propriedade da invenção e do modelo de utilidade ao seu inventor. É que sem a patente, o inventor fica totalmente desprotegido contra a exploração indevida, possibilitando aos concorrentes desleais toda a sorte de contrafações, ou seja, de cópias ilegais de uma invenção ou modelo de utilidade que se insere entre os crimes de concorrência desleal. É a patente que confere ao seu titular, por um prazo determinado, o direito de exploração do

³⁸ CNI, *Propriedade industrial aplicada: reflexões para o magistrado*, p. 21.

³⁹ HERINGER, Astrid. *Patentes Farmacêuticas & Propriedade Industrial no Contexto Internacional*, p. 64.

⁴⁰ BLASI, Gabriel di e outros. *A propriedade industrial*. Os sistemas de marcas, patentes e desenhos industriais analisados a partir da Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996, p. 43-46.



invento, possibilitando o ingresso na justiça com o objetivo de paralisar a contrafação, e, eventualmente, ressarcir-se dos possíveis prejuízos decorrentes da prática de uma concorrência desleal na exploração do invento, ou seja, realizada sem o seu consentimento. Com a patente, o inventor resguarda a exclusividade de utilização da invenção em um determinado mercado, assegurando, inclusive, aos investidores, a possibilidade de exploração sem concorrência.⁴¹

b) As razões de economia transcorrem do benefício que a invenção gera para a sociedade, sendo justo que o inventor lucre com o seu trabalho. A exploração do invento, quanto maior for a clientela que ele cria, maior será o lucro do inventor. Restringindo a exploração ao seu titular, os lucros que este cria são estipulados, e conduz ao preço elevado para o consumidor, mas, em outras situações, o consumo fica bem limitado, abrangendo apenas e tão somente pequenas fatias do mercado. Para coibir essas situações, as legislações possuem mecanismos para evitar tal abuso, neste caso a licença compulsória é um mecanismo eficaz para evitar as especulações e os lucros exagerados. Caso o abuso decorra do não uso da invenção, caberá o dispositivo denominado caducidade.⁴²

c) As razões de técnica emanam da inestimável contribuição das patentes para o aumento do conhecimento humano nas mais variadas atividades. Consoante um dado fornecido pelo *patente Office* norte americano a maior parte das técnicas caracterizadas em documentos de patentes não são encontráveis em outras publicações. Extrai-se disso a segura conclusão de que a patente estimula as atividades do ser humano, e incentiva a busca de soluções técnicas a serem empregadas para suprir as necessidades e os anseios da sociedade. Por conseguinte, a patente amplia o campo de opções e alternativas de solução, possibilitando a escolha de um meio mais eficiente.⁴³

d) As razões de desenvolvimento derivam da aceitação doutrinária e governamental dos vários países, que o sistema de patente é fonte de desenvolvimento e, ainda protegido no Brasil pela constituição (art. 5º, XXIX). Daí a sua adoção por quase todos os

⁴¹ BLASI, Gabriel di e outros. *A propriedade industrial*. Os sistemas de marcas, patentes e desenhos industriais analisados a partir da Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996, p. 44.

⁴² BLASI, Gabriel di e outros. *A propriedade industrial*. Os sistemas de marcas, patentes e desenhos industriais analisados a partir da Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996. , p. 45. BARBOSA, Denis Borges. *Valor Político e Social da Patente de Invenção*.

⁴³ CERQUEIRA, João da Gama. *Tratado da propriedade industrial*, p. 208-209.



países do ocidente ou do oriente, qualquer que seja o seu estágio de desenvolvimento, não obstante algumas opiniões de que o privilégio produz efeitos negativos no campo do desenvolvimento industrial, pela limitação que impõe à livre concorrência. A realidade, porém, é bem outra, pois justamente nos países em que não se resguarda o invento por meio de concessão do privilégio, que o desenvolvimento industrial é encolhido, e às vezes até ínfimo. A falta de um sistema de patente, e isso se tem constatado, cria uma atmosfera de desânimo entre os empresários, que passam a não investir, ou a investir com muita parcimônia, na instalação de novas indústrias. Uma vez publicadas as patentes, de cuja publicidade deve constar as características da invenção patenteada, o progresso alcançado chega ao alcance da coletividade, e, com isso, qualquer pessoa pode se valer da invenção objeto da patente, e, uma vez expirado o prazo de sua validade e conseqüente exclusividade, toda e qualquer pessoa pode dela utilizar.⁴⁴

e) As razões sociais emanam de preceito constitucional (art. 5º, XXIX), dessa forma, o exercício da patente não é o fim em si mesmo, mas antes um meio de promover os valores sociais, cujo o vértice central encontra-se na própria pessoa humana. Os fins sociais, de fato, representam a busca maior e o norte principal do próprio direito. Pode-se afirmar que não há direito que não vise ao alcance de fins sociais. Os fins sociais definem os objetivos e os anseios de uma sociedade que tem o seu agir regulado pelo direito. A sociedade contemporânea organizada, culta e civilizada, reivindica o reconhecimento de seu próprio papel social. Nesse sentido, os fins sociais se identificam com o bem comum e devem sobrepor as razões econômicas e de direito de uma patente⁴⁵. Gabriel de Blasi demonstra que o impacto da diminuição da força de trabalho de um país, causada pela morte de milhares de pessoas infectadas por uma epidemia, pelo fato de não possuir recursos financeiros para arcar com os custos de tratamento, é motivo considerado suficiente para que um laboratório farmacêutico, titular da patente de um medicamento para tratamento de determinada doença, cumpra de alguma forma com sua função social, disponibilizando esses medicamentos para a população de forma gratuita.⁴⁶

⁴⁴ BARBOSA, Denis Borges. *Valor Político e Social da Patente de Invenção*. (2000).

⁴⁵ BARBOSA, Denis Borges. *Valor Político e Social da Patente de Invenção*. (2000).

⁴⁶ BLASI, Gabriel de e outros. *A propriedade industrial*. Os sistemas de marcas, patentes e desenhos industriais analisados a partir da Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996, p. 46.

9. SAÚDE PÚBLICA E ÀS PATENTES

A declaração de Doha⁴⁷ trouxe à tona questões que já haviam sido discutidas e, até de certa forma, acordadas nas negociações quando da formulação do TRIPS, mas que não foram implementadas na sua totalidade. Assim Doha reproduziu as divergências entre o bloco dos países desenvolvidos e o bloco dos países em desenvolvimento.⁴⁸

O principal objetivo de Doha é certificar que os Estados-membros, em especial os países em desenvolvimento, em atenção às suas contingências nacionais relacionadas à saúde pública, possam utilizar mecanismos legítimos, como a licença compulsória e a produção local na manufatura dos produtos patenteados em áreas vitais ao desenvolvimento tecnológico e a transferência de tecnologia, sem sofrer retalhamentos de ordem econômica.⁴⁹

Em particular, Doha busca atingir um consenso sobre a interpretação dos art. 30 e 31⁵⁰, que tratam, respectivamente, da licença compulsória e dos requerimentos de trabalhos locais conectados à saúde pública para manufatura de produtos vitais do desenvolvimento social, econômico e tecnológico, como, por exemplo, a produção de medicamentos essenciais e as patentes relacionadas a esses medicamentos.⁵¹

⁴⁷ Ficou consagrado nessa declaração o compromisso de acessibilidade dos retrovirais outros medicamentos para o combate a HIV/AIDS, por meio de medidas de políticas econômicas mais acessíveis aos países em desenvolvimento.

⁴⁸ A Declaração tem sido, inclusive, contestada, quanto ao seu status legal. Há entendimento no sentido de que essa declaração não teria importância apenas política e não legal, o que certamente, afeta a sua implementação como instrumento legal válido a interpretar as regras do TRIPS e, portanto, apto a ser utilizado como fundamento na solução de controvérsias na estrutura da OMC. Entretanto, tal posição é incoerente aos princípios da OMC, assim como o princípio da boa-fé, que deve ser observado a priori a qualquer acordo multilateral. Portanto, negar *status* legal à Declaração de Doha equivaleria a esvaziá-la, além do mais ela perderia todo o sentido, inviabilizando os países em desenvolvimento a clarificar a sua posição sob a égide do TRIPS, assim como limitar algumas imposições dos países desenvolvidos.

⁴⁹ HELFER, L. R. *Regime shifting: The TRIPS Agreement and new dynamics of international intellectual property lawmaking*, p. 1-83

⁵⁰ PANEL report in Canada: patent protection of pharmaceutical products: WT/DS114/R Geneva: WTO

⁵¹ Na reunião de DOHA foram levantadas alternativas para evitar abusos por parte dos proprietários das patentes e para solucionar o acesso dos medicamentos essenciais para o tratamento do HIV/AIDS. Uma das alternativas é dos Estados-membros fazerem uso da licença compulsória e das regras das importações paralelas. A importação paralela é mais uma consequência das patentes de medicamentos, que ocorre quando determinado mercado (A), compra um medicamento protegido por patente, no país (B), onde neste o produto é mais barato, que importa para o país (C), onde o mesmo produto é comercializado a um preço mais elevado. Porém, para que tudo isso ocorra, depende de regras de exaustão de direitos adotado por determinado país. O direito de importação paralela, pode ser sustentado, a partir de outro dispositivo, da

O Governo Brasileiro se utilizou em 2001 da licença compulsória nos casos das patentes relativas aos medicamentos para HIV/AIDS, e teve como parâmetro legal o art. 68 da LPI⁵², harmonizadas com os padrões mínimos exigidos pelo TRIPS. Apesar de sua plena legitimidade, ela foi questionada pelo Governo Americano junto à OMC, e que teve como argumento central que o art. 27(1)⁵³ do TRIPS tem caráter absoluto, pois esse artigo expressamente proíbe a discriminação entre patentes importadas ou as produzidas localmente.⁵⁴

Cabe ressaltar, entretanto, que a licença compulsória nos casos de saúde pública, atingida por 142 delegações dos Estados-membros na Reunião ministerial de Doha, em 2002, fortaleceu o entendimento de que o TRIPS deve ser interpretado sistematicamente e que o seu texto tem de ser coerente com os seus princípios para fazer sentido, gerando o entendimento que os art. 27 e 28 são regras gerais, e o os art. 30⁵⁵ e 31⁵⁶ expressão as exceções às regras gerais, em respeito à

própria lei 9.279, em seus § 3º e 4º do artigo 68, que trazem em seu contexto a licença compulsória. De certa forma, este direito não ofenderia o art 28 do TRIPS, por se ter respaldo no art. 30 do mesmo tratado. HELFER, L. R. *Regime shifting: The TRIPS Agreement and new dynamics of international intellectual property lawmaking*, p. 1-83

⁵² Art. 68. O titular ficará sujeito a ter a patente licenciada compulsoriamente se exercer os direitos dela decorrentes de forma abusiva, ou por meio dela praticar abuso de poder econômico, comprovado nos termos da lei, por decisão administrativa ou judicial.

⁵³ Artigo 27 - Matéria Patenteável. 1. Sem prejuízo do disposto nos parágrafos 2 e 3 abaixo, qualquer invenção, de produto ou de processo, em todos os setores tecnológicos, será patenteável, desde que seja nova, envolva um passo inventivo e seja passível de aplicação industrial. Sem prejuízo do disposto no parágrafo 4 do Artigo 65, no parágrafo 8 do Artigo 70 e no parágrafo 3 deste Artigo, as patentes serão disponíveis e os direitos patentários serão usufruíveis sem discriminação quanto ao local de invenção, quanto a seu setor tecnológico e quanto ao fato de os bens serem importados ou produzidos localmente.

⁵⁴ CHAMP, P; ATTARAN, A. *Patent rights and local working under the WTO TRIPS agreement: of analysis of the U.S.: Brazil patent dispute*, p. 365-393.

⁵⁵ Artigo 30. Exceções aos Direitos Conferidos. Os Membros poderão conceder exceções limitadas aos direitos exclusivos conferidos pela patente, desde que elas não conflitem de forma não razoável com sua exploração normal e não prejudiquem de forma não razoável os interesses legítimos de seu titular, levando em conta os interesses legítimos de terceiros.

⁵⁶ Segundo o art. 31 do Acordo de TRIPS são requisitos que devem ser observados para a concessão da Licença: A autorização desse uso será considerada com base no seu mérito individual; I. Esse uso só poderá ser permitido se o usuário proposto tiver previamente buscado obter autorização do titular, em termos e condições comerciais razoáveis, e que esses esforços não tenham sido bem sucedidos num prazo razoável. Essa condição pode ser dispensada por um Membro em caso de emergência nacional ou outras circunstâncias de extrema urgência ou em casos de uso público não comercial. No caso de uso público não comercial, quando o Governo ou o contratante sabe ou tem base demonstrável para saber, sem proceder a uma busca, que uma patente vigente é ou será usada pelo ou para o Governo, o titular será prontamente informado; II. O alcance e a duração desse uso será restrito ao objetivo para o qual foi autorizado e, no caso de tecnologia de semicondutores, será apenas para uso público não comercial ou para remediar um procedimento determinado como sendo anticompetitivo ou desleal após um processo admi-

máxima do Direito (*Lex specialis derogat legi generali*).

O Brasil aprofundou as diferenças, nesse campo, com Estados Unidos da América quando, por meio do Decreto nº 6.108/2007, licenciou compulsoriamente, por interesse público, para fins de uso público não comercial, a patente do medicamento antiAIDS “Efavirenz” fabricado pela companhia suíça Merck.

Deve-se deixar claro que as licenças compulsórias serão sempre remuneradas e concedidas sem exclusividade, não se admitindo o sublicenciamento (art. 72, da Lei 9.279/96), não acarretando prejuízo econômico direto aos seus titulares.

Assim, em razão dos princípios gerais do direito, em especial, a dignidade da pessoa humana, essencial no Direito, deve ser adstrita à utilização e à exploração por um único sujeito de invenções ou descobertas relacionadas a áreas que diretamente afetarão o desenvolvimento da saúde pública e o bem-estar social e econômico de toda a humanidade, como é o caso das patentes relacionadas aos medicamentos.

nistrativo ou judicial; III. Esse uso será não exclusivo; IV. Esse uso não será transferível, exceto conjuntamente com a empresa ou parte da empresa que dele usufruir; V. Esse uso será autorizado predominantemente para suprir o mercado interno do Membro que autorizou; VI. Sem prejuízo da proteção adequada dos legítimos interesses das pessoas autorizadas, a autorização desse uso poderá ser terminada se e quando as circunstâncias que o propiciaram deixarem de existir e se for improvável que venham a existir novamente. A autoridade competente terá o poder de rever, mediante pedido fundamentado, se essas circunstâncias persistem; VII. O titular será adequadamente remunerado nas circunstâncias de cada uso, levando-se em conta o valor econômico da autorização; VIII. A validade legal de qualquer decisão relativa à autorização desse uso estará sujeita a recurso judicial ou outro recurso independente junto a uma autoridade claramente superior naquele Membro; IX. Qualquer decisão sobre a remuneração concedida com relação a esse uso estará sujeita a recurso judicial ou outro recurso independente junto a uma autoridade claramente superior naquele Membro; X. Os Membros não estão obrigados a aplicar as condições estabelecidas nos subparágrafos (b) e (f) quando esse uso for permitido para remediar um procedimento determinado como sendo anticompetitivo ou desleal após um processo administrativo ou judicial. A necessidade de corrigir práticas anticompetitivas ou desleais pode ser levada em conta na determinação da remuneração em tais casos. As autoridades competentes terão o poder de recusar a terminação da autorização se e quando as condições que a propiciam forem tendentes a ocorrer novamente; XI. Quando esse uso é autorizado para permitir a exploração de uma patente (“a segunda patente”) que não pode ser explorada sem violar outra patente (“a primeira patente”), as seguintes condições adicionais serão aplicadas: a) A invenção identificada na segunda patente envolverá um avanço técnico importante de considerável significado econômico em relação à invenção identificada na primeira patente; b) O titular da primeira patente estará habilitado a receber uma licença cruzada, em termos razoáveis, para usar a invenção identificada na segunda patente; e c) O uso autorizado com relação à primeira patente será não transferível, exceto com a transferência da segunda patente.



10. A LICENÇA COMPULSÓRIA POR INTERESSE PÚBLICO OU EMERGÊNCIA NACIONAL (ART. 71 DA LPI)

O Acordo de TRIPS no art. 8 (1) prevê que “os Membros, ao formular ou emendar suas leis e regulamentos, podem adotar medidas necessárias para proteger a saúde e nutrição públicas e para promover o interesse público em setores de importância vital para seu desenvolvimento socioeconômico e tecnológico, desde que estas medidas sejam compatíveis com o disposto neste Acordo”.

O art. 71 da Lei 9.279/96 prevê que

nos casos de emergência nacional ou interesse público, declarados em ato do Poder Executivo Federal, desde que o titular da patente ou seu licenciado não atenda a essa necessidade, poderá ser concedida, de ofício, licença compulsória, temporária e não exclusiva, para a exploração da patente, sem prejuízo dos direitos do respectivo titular.

179

Para que seja concedida a licença compulsória, faz-se necessária a existência de emergência nacional ou interesse público e do ato do Poder Público Federal.

Denis Borges Barbosa demonstra que

Os fundamentos da licença são os expressos no art. 71 da Lei 9.279/96. Devem-se distinguir as questões de emergência nacional, que implica em um estado agravado de interesse público ou coletivo, qualificado pela urgência no atendimento das demandas, e as de simples interesse público. O critério constitucional de “imminente perigo público”, próprio das requisições, não se identifica, porém, inteiramente e em todos os casos com o critério de emergência nacional ou interesse público.⁵⁷

⁵⁷ BARBOSA, Denis Borges. *Licenças compulsórias de patentes: abuso de patentes, abuso de poder econômico e interesse público*. <http://denisbarbosa.addr.com/trabalhospi.htm>. Acesso em 14/10/2013.



O art. 2º do Decreto no 3.201, de 6 de outubro de 1999⁵⁸ qualifica emergência nacional como o iminente perigo público, ainda que apenas em parte do território nacional. E consideram-se de interesse público os fatos relacionados, dentre outros, à saúde pública, à nutrição, à defesa do meio ambiente, bem como aqueles de primordial importância para o desenvolvimento tecnológico ou socioeconômico do País.

Denis Borges Barbosa afirma que

É certo que o simples interesse público justifica, ao nosso entender, a concessão da licença compulsória, até à luz do amparo constitucional à desapropriação. A questão então é da necessidade da *prévia* indenização, aplicável neste último caso, e dispensável nas requisições. Queremos crer, no entanto, que o pagamento de royalties na proporção do uso da patente atende, em substância, à garantia constitucional da indenização ao titular da propriedade de forma adequada e economicamente comparável.⁵⁹

O ato do Poder Executivo Federal que declarar a emergência nacional ou o interesse público será praticado pelo Ministro de Estado responsável pela matéria em causa e deverá ser publicado no Diário Oficial da União.

Constatada a impossibilidade do titular da patente ou o seu licenciado atender a situação de emergência nacional ou interesse público, o Poder Público concederá, de ofício, a licença compulsória, de caráter não exclusivo, devendo o ato ser imediatamente publicado no Diário Oficial da União.⁶⁰

O ato de concessão da licença compulsória estabelecerá, den-

⁵⁸ Dispõe sobre a concessão, de ofício, de licença compulsória nos casos de emergência nacional e de interesse público de que trata o art. 71 da Lei no 9.279, de 14 de maio de 1996.

⁵⁹ BARBOSA, Denis Borges. *Licenças compulsórias de patentes: abuso de patentes, abuso de poder econômico e interesse público*. <http://denisbarbosa.addr.com/trabalhospi.htm>. Acesso em 14/10/2013.

⁶⁰ Em 4 de maio de 2007, após longa e infrutífera negociação com o laboratório Merck Sharp & Dohme, o Presidente da República assinou o Decreto nº 6.108, concedendo o “licenciamento compulsório, por interesse público, de patentes referentes ao “Efavirenz”, para fins de uso público não comercial”. Foi a primeira quebra de patente de um medicamento no Brasil. O decreto fundamentou-se, portanto, no art. 71 da Lei de Patentes retromencionada.



tre outras, as seguintes condições: I - o prazo de vigência da licença e a possibilidade de prorrogação; e II - aquelas oferecidas pela União, em especial a remuneração do titular. O ato de concessão da licença compulsória poderá também estabelecer a obrigação de o titular transmitir as informações necessárias e suficientes à efetiva reprodução do objeto protegido e os demais aspectos técnicos aplicáveis ao caso em espécie, observando-se, na negativa, o disposto no art. 24 e no Título I, Capítulo VI, da Lei no 9.279, de 1996. Na determinação da remuneração cabível ao titular, serão consideradas as circunstâncias econômicas e mercadológicas relevantes, o preço de produtos similares e o valor econômico da autorização (art. 5º, do Decreto no 3.201/99).

A autoridade competente poderá requisitar informações necessárias para subsidiar a concessão da licença ou determinar a remuneração cabível ao titular da patente, assim como outras informações pertinentes, aos órgãos e às entidades da administração pública, direta e indireta, federal, estadual e municipal (art. 6º, do Decreto no 3.201/99).

No caso de emergência nacional ou interesse público que caracterize extrema urgência, a licença compulsória de que trata este Decreto poderá ser implementada e efetivado o uso da patente, independentemente do atendimento prévio das condições estabelecidas nos arts. 4º e 5º deste decreto. Se a autoridade competente tiver conhecimento, sem proceder a busca, de que há patente em vigor, o titular deverá ser prontamente informado desse uso (art. 7º, do Decreto no 3.201/99).

A patente poderá ser iniciada independentemente de acordo sobre as condições de validade, prorrogação e remuneração.

A exploração da patente licenciada compulsoriamente por emergência nacional ou interesse público poderá ser realizada diretamente pela União ou por terceiros devidamente contratados ou conveniados, permanecendo impedida a reprodução do seu objeto para outros fins, sob pena de ser considerada como ilícita. A exploração por terceiros da patente compulsoriamente licenciada será feita com atenção aos princípios do art. 37 da Constituição, observadas as demais normas legais pertinentes. (art. 9º, do Decreto no 3.201/99).

Denis Borges Barbosa demonstra que

é indispensável que a oferta de licença se faça de forma impessoal e mediante publicidade.



O mecanismo pelo qual a licença é ofertada às empresas interessadas deve, em princípio, constar de edital publicado para que todos os interessados possam fazer uso da patente ou, se só algum deles deve ser beneficiário, para que todos possam se candidatar à oportunidade em igualdade de condições.⁶¹

Nos casos em que não seja possível o atendimento às situações de emergência nacional ou interesse público com o produto colocado no mercado interno, ou se mostre inviável a fabricação do objeto da patente por terceiro, ou pela União, poderá esta realizar a importação do produto objeto da patente. A União adquirirá preferencialmente o produto que tenha sido colocado no mercado diretamente pelo titular ou com seu consentimento, sempre que tal procedimento não frustre os propósitos da licença. (art. 10, do Decreto no 3.201/99). Atendida a emergência nacional ou o interesse público, a autoridade competente extinguirá a licença compulsória, respeitados os termos do contrato firmado com o licenciado (art. 12, do Decreto no 3.201/99). A autoridade competente informará ao Instituto Nacional da Propriedade Industrial – INPI, para fins de anotação, as licenças para uso público não comercial, concedidas com fundamento no art. 71 da Lei no 9.279, de 1996, bem como alterações e extinção de tais licenças (art. 13, do Decreto nº 3.201/99).

CONCLUSÕES

A saúde é um direito humano e, para a sua concretização, é necessário o Estado se utilizar de políticas públicas de prevenção, de monitoramento e curativa. Para a realização dessas políticas públicas, o Estado vem fomentando Programas como Farmácia Popular e Remédio a Baixo Custo.

A dignidade da pessoa humana compõe o fundamento e o fim do Estado, ou seja, constituem a fonte de onde promanam os direitos, liberdades e garantias pessoais, direitos econômicos, sociais e culturais. Nessa linha, o conceito de cidadania pertence a todo ser humano logo, esse princípio alude à procura da qualidade de vida, a qual está ligada à promoção do aumento do bem-estar social e econômico das pessoas menos favorecidas, logo é

⁶¹ BARBOSA, Denis Borges. *Patentes de Invenção – Licenças Compulsórias*. 2002, p. 3-4.



necessário e primordial que haja saúde para que possa o indivíduo exercer a sua cidadania, sendo dever do Estado promovê-la da forma mais adequada possível, que o faz por meio da criação de normas de caráter constitucional, internacional e normas internas, sendo a saúde uma preocupação mundial.

A saúde como vimos pode ser alcançada por diversas formas e uma delas é por meio do uso de medicamentos. A preservação, manutenção e recuperação da saúde tornaram-se, pois, verdadeiras exigências de sociedade contemporânea, que busca incessantemente viabilizar os meios para satisfazer tais crescentes necessidades, mas limitando o aspecto terapêutico as qualidades impostas pela medicina para o caso concreto. E uma forma de incentivar a criação desses medicamentos é o Estado conceder patentes que, no caso do Brasil, necessitam de prévia autorização da Anvisa.

Essa proteção da patente gera efeitos positivos e negativos: os positivos podem ser encarados como retorno financeiro aos criadores e o uso exclusivo. Já os pontos negativos são que a criação fica na mão de alguns, o que pode gerar monopólios e oligopólios, bem como a questão dos valores da criação não sofrem a incidência da concorrência de mercado, podendo o inventor produzir o medicamento e colocar o preço que achar conveniente, pois não há uma forma de taxar os medicamentos.

Em razão dos princípios gerais do direito, em especial, a dignidade da pessoa humana, essencial no Direito, deve ser restrita a utilização e a exploração por um único sujeito de invenções ou descobertas relacionadas a áreas que diretamente afetarão o desenvolvimento da saúde pública e o bem-estar social e econômico de toda a humanidade, como é o caso das patentes relacionadas aos medicamentos.

Uma forma para proteger a saúde pública é a utilização da licença compulsória, desde declarados em ato do Poder Executivo Federal, desde que o titular da patente ou seu licenciado não atenda a essa necessidade, poderá ser concedida, de ofício, licença compulsória, temporária e não exclusiva, para a exploração da patente, sem prejuízo dos direitos do respectivo titular. Isso porque a licença compulsória passaria a desempenhar papel fundamental no equilíbrio do mercado. Essa função moderadora vai ao encontro dos princípios constitucionais da ordem econômica e dignidade



da pessoa humana, que estabelecem a liberdade do mercado como regra, mas que, igualmente, determinam que a lei reprima o abuso de poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros e o uso indevido da patente em detrimento do interesse público maior que a própria dignidade humana.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Acordo sobre os Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (TRIPS), vigente no país a partir de 1º de janeiro de 1995, por força do Decreto nº 1.355, de 30 de dezembro de 1994, que versa sobre as regras básicas de proteção a diversos bens intelectuais.

AQUINO, L. G.. O Ressarcimento ao SUS: A natureza jurídica do preceito legal. Observância do art. 32 da 9.656/1998. *Justiça@ - Revista Eletrônica da Seção Judiciária do Distrito Federal*, n. 28, ano V, junho/2013. http://revistajuridica.jfdf.jus.br/home/edicoes/JUNHO13/artigo_C1.html. Acesso em 20/10/2013.

BARBOSA, Denis Borges. *Licenças compulsórias de patentes: abuso de patentes, abuso de poder econômico e interesse público*. <http://denisbarbosa.addr.com/trabalhospi.htm>. Acesso em 14/10/2013.

_____. *Patentes de Invenção – Licenças Compulsórias*. 2002, p. 3-4. <http://denisbarbosa.addr.com/trabalhospi.htm>. Acesso em 14/10/2013.

_____. *Valor Político e Social da Patente de Invenção*. (2000). <http://denisbarbosa.addr.com/arquivos/200/economia/39.rtf>. Acesso em 12/01/2013.



BARCELLOS, Ana Paula de. O direito a prestações de saúde: complexidades, mínimo existencial e o valor das abordagens coletiva e abstrata. *Revista da Defensoria Pública*. Ano 1 - n. 1 - jul./dez. 2008: 133-160, p.134.

BITENCOURT NETO, Eurico. *O direito ao mínimo para uma existência digna*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 118.

BLASI, Gabriel di e outros. *A propriedade industrial*. Os sistemas de marcas, patentes e desenhos industriais analisados a partir da Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 131.

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia; uma defesa das regras do jogo*. tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986, p. 38 e 65.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. Organização do texto: Juarez de Oliveira. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. 168 p. (Série Legislação Brasileira).

_____. Lei no 5.991, de 17 de dezembro de 1973. Dispõe sobre o Controle Sanitário do Comércio de Drogas, Medicamentos, Insumos Farmacêuticos e Correlatos, e dá outras Providências. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5991.htm. Acesso em 10/09/2013.

_____. Lei no 6.360, de 23 de setembro de 1976. Dispõe sobre a Vigilância Sanitária a que ficam sujeitos os Medicamentos, as Drogas, os Insumos Farmacêuticos e Correlatos, Cosméticos, Saneantes e Outros Produtos, e dá outras Providências. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L16360.htm. Acesso em 10/09/2013.

_____. Lei no 8.088, de 31 de outubro de 1990. Dispõe sobre a atualização do Bônus do Tesouro Nacional e dos depósitos de poupança e dá outras providências. <http://www.planalto.gov.br/>

ccivil_03/leis/L8088consol.htm. Acesso em 10/09/2013.

_____. Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9279.htm. Acesso em 10/09/2013.

_____. Lei nº 9.313, de 13 de novembro de 1996. Dispõe sobre a distribuição gratuita de medicamentos aos portadores do HIV e doentes de AIDS. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9313.htm. Acesso em 10/09/2013.

_____. Lei nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999. Define o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária, cria a Agência Nacional de Vigilância Sanitária, e dá outras providências. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9782.htm. Acesso em 10/09/2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE 58535 / SP - São Paulo. Curso Extraordinário. Rel. Min. Evandro Lins. Julgamento: 05/12/1966. Órgão Julgador: Primeira Turma. Publicação DJ 12-04-1967. www.stf.gov.br. Acesso em 12/07/2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp 661536/RJ. Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito. Decisão: 07/04/2005. DJ 30/05/2005 p. 375. <http://www.stj.jus.br>. Acesso em 13/08/2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 423.240/RJ, Relator o Ministro Fernando Gonçalves, DJ de 15/3/04. <http://www.stj.jus.br>. Acesso em 13/08/2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. AgRg nº 842866, Rel. Min. Luiz Fux, DJU 28/010/2002.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp 325237, Rel. Min. José Delgado, DJU de 03/09/2001, p. 159.

_____. Ministério da Saúde. http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/renome_anexos_versao_08_08_2013.pdf. Acesso em 20/10/2013.



CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição da Republica Portuguesa*. Anotada. 4ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 825.

CARVALHO, Patrícia Luciane de. *Patentes farmacêuticas e acesso a medicamentos*. São Paulo: Atlas, 2007, p.15.

CASTELLANOS, P. L.. Los modelose xplicativosd el proceso salud-enfermedadL: osd eterminantess ociales. In: Martínez Navarro, F. e outros. *Salud Pública*. Madrid: McGraw-HillInteramericana, cap. 5, 1988. pp. 81-102.) , afirma que a saúde e a doença são processos inerentes à vida e são condicionados pelos modos de vida, condições de vida e estilo.

CERQUEIRA, João da Gama. *Tratado da propriedade industrial*. Forense: Rio de Janeiro. 1946. T. I, p. 208-209.

CHAMP, P; ATTARAN, A. Patent rights and local working under the WTO TRIPS agreement: of analysis of the U.S.: Brazil patent dispute. *The Yale Journal of International Law*. New Haven, v. 27, n. 365, 2002, p. 365-393.

CNI, Propriedade industrial aplicada> reflexões para o magistrado. Brasília: CNI, 2013.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*, São Paulo: Ed. Saraiva, vol. 1, 9.ª ed., 2005.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Direitos Humanos e Cidadania. São Paulo: Moderna, 2004, p. 1. <http://xa.yimg.com/kq/groups/18952184/470445087/name/DALLARI>. Acesso em 12/10/2013.

HABERMAS, J. *Direito e Democracia: entre faticidade e validade*. (Trad.) Flávio Beno Siebneichler. Vol. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 172.

HELPER, L. R. Regime shifting: The TRIPS Agreement and

new dynamics of international intellectual property lawmaking. *The Journal of International Law*. New Haven, v. 29, n. 1, 2004, p. 1-83

HERINGER, Astrid. *Patentes Farmacêuticas & Propriedade Industrial no Contexto Internacional*. Curitiba: Ed. Juruá, 2007.

HOIRISCH, Cláudia. *Licença compulsória para medicamentos como política pública: o caso do anti-retroviral efavirenz*. Dissertações de Mestrado em Gestão Empresarial Orientador: Saraiva, Enrique J. FGV. 2010. <http://hdl.handle.net/10438/6559>. Acesso em 12/10/2013.

JUNGMANN, D. M.; Bonetti, E. A. *A caminho da inovação: proteção e negócios com bens de propriedade intelectual: guia para o empresário*. Brasília: IEL, 2010, p. 45.

VASCONCELLOS, Luiz Carlos Fadel de. & OLIVEIRA, Maria Helena Barros de. *Direitos Humanos e Saúde no Trabalho. Saúde e direitos humanos / Ministério da Saúde. Fundação Oswaldo Cruz, Núcleo de Estudo em Direitos Humanos e Saúde Helena Beserman (NEDH). – Ano 4, n.4 (2007). – Brasília: Editora do Ministério da Saúde, 2008, p. 115.*

MELO, Milena Barbosa de; PAULO, Christiane Ramos Barbosa de. *O desequilíbrio entre a função social das patentes de medicamentos e o interesse individual das empresas farmacêuticas*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 98, mar 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11189&revista_caderno=8>. Acesso em 02 de outubro de 2013.

MELO, Milena Barbosa de; PAULO, Christiane Ramos Barbosa de. *O desequilíbrio entre a função social das patentes de medicamentos e o interesse individual das empresas farmacêuticas*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 98, mar 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11189&revista_caderno=8>. Acesso em out 2013.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 3ª ed. Coimbra ed.: Coimbra, 2000, t. IV, p. 183 e 193.

OMS (ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD). *Perspectivas Políticas sobre Medicamentos de La OMS – 4. Selección de Medicamentos Esenciales*. Ginebra: OMS, 2002.

OMS e OMC. *Los acuerdos de la OMC y la salud publica: un estudio conjunto de La OMS y la Secretaría de la OMC*. Ginebra: OMC, 2002, p. 97.

PANEL report in Canada: patent protection of pharmaceutical products: WT/DS114/R Ginebra: WTO, 2000. Disponível em: <http://www.wto.org>. Acesso em 02/10/2013.

PATARRA, N.L.; Silva, A. F.; Guedes, M. C.. *Direitos Humanos: ideias, conceitos e indicadores*. Bahia análise & Dados. Salvador, v. 14, n.º 1, p. 249-255, jun. 2004.

QUEIROZ, Rosiana. *Direitos Humanos e Saúde*. Saúde e direitos humanos / Ministério da Saúde. Fundação Oswaldo Cruz, Núcleo de Estudos em Direitos Humanos e Saúde Helena Besserman. – Ano 3, n. 3 (2006). – Brasília: Editora do Ministério da Saúde, 2006, p. 46.

REY, Luís. *Dicionário de termos técnicos de medicina e saúde*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Guanabara, 1993, p. 853.

RODRIGUES JUNIOR, Luiz Carlos Saldanha. *A dignidade da pessoa humana e a prestação compulsória de medicamentos pelo sistema único de saúde em campo grande – MS: instrumentação para o desenvolvimento local*. Tese de Mestrado. Campo Grande/MS: Universidade Católica Dom Bosco, 2012, p. 85.

SEELMAN, Kurt. *Pessoa e dignidade da pessoa humana na filosofia de Hegel*, SARLET, Ingo Wolfgang (org). *Dimensoes da dignidade: ensaios de filosofia do direito e de dirio constitucional*. Portoo Alegre. Livraria do Advogado, 2005, p. 45-49.



SUTHERLAND, R. W. e FULTON, M.J. Health promotion,
in Sutherland& Fulton. *Health Care in Canada*. 1992. p.161-181

VENTURA, Mirian. *Direitos humanos e saúde: Possibilidades e desafios*. 2010: 87-100, p. 88. Saúde e direitos humanos/Ministério da Saúde. Fundação Oswaldo Cruz, Grupo Direitos Humanos e Saúde Helena Besserman. – Ano 7 n. 7 (2010). – Rio de Janeiro: _____, 2011.





SOBRE A NOVA “JURISTOCRACIA”, OU DE COMO OS PODERES SE FAZEM PEQUENOS OU GIGANTES¹

Álvaro Osório do Valle Simeão²

O princípio da separação de poderes, de forma bem objetiva, nada mais é do que uma técnica para evitar ditadura ou qualquer forma de regime de governo em que as funções estatais estejam concentradas nas mãos de uma única pessoa ou grupo. Essa concentração é evitada por um quadro de controle mútuo a ser estabelecido pelo simples e natural fato do poder político estar dividido.

191

Não é sem razão que no “Manual Prático do Ditador” deve estar escrito, já nas primeiras páginas, que “...se você é uma unanimidade, enfraqueça os demais Poderes, dissolvendo esse tal de Parlamento ou fechando a tal de Suprema Corte. Se possível, feche os dois e coloque o pessoal no exílio!”. Nada que lembre o passado recente do nosso amado Brasil, pois como diziam os fardados: Brasil ame-o ou deixe-o!

Mas retomando o presente, observa-se que o princípio da separação de poderes tem por objetivo a aplicação prática, no plano estatal, da sabedoria popular segundo a qual “dividindo se enfraquece, juntando se é mais forte”.

É que na política o ideal é a fraqueza, pois força demais, em única mão, descamba naturalmente para o arbítrio. Abusar do poder, quando ele é demais, é vocação inata ao ser humano (e isso acontece em qualquer esfera de organização, seja a pátria, o clube, o condomínio ou a família).

¹ Aos amigos Jaci Fernandes de Araújo e José Gilson das Chagas.

² Mestre em Direito Internacional. Advogado da União.

Para evitar esse desequilíbrio, ou seja, o surgimento ou o retorno do absolutismo arbitrário (hoje ditadura), é que o Barão de Montesquieu já defendia, nos idos de 1748, que aquele que legisla não deve aplicar a lei criada, assim como quem aplica a lei não deve ser seu criador.

A ideia de divisão, mas do que de separação de poderes, é fazer com que todos possam tudo, mas preservando uma ordem de precedência em relação a uma função específica. Essa função seria atribuição de certo Poder com base em soberania, de modo que o outro Poder deveria se abster de interferir quando estivesse em foco esse tipo de atuação soberana, albergada pelo texto constitucional.

Em outros termos, a divisão de poderes não se baseia na profunda filosofia musical do “ado, ado, ado, cada um no seu quadrado” ou na antiga lição de que “cada macaco deve permanecer em seu galho”. Ao contrário disso, cada Poder tem o direito de se imiscuir em qualquer função, sobretudo para que haja controle de um Poder sobre o outro, mas a última palavra, na criação do direito, é do Parlamento, ou do Executivo quando se tratar de aplicar a lei criada (para a ainda sonhada consecução de políticas públicas que visem o bem comum). Já em temas de aplicação da lei para compor conflitos, litígios, essa última palavra seria do Judiciário (...função de jurisdição, da justaposição latina *juris + dictio* = dizer o direito).

Sabe-se, por exemplo, que o Supremo Tribunal Federal - que encabeça o Judiciário - pode editar súmula vinculante, desempenhando função legislativa, mas tal súmula não obriga o Congresso Nacional, pois esse órgão pode aprovar ato normativo dando novo direcionamento ao assunto, e isso ocorre porque a última palavra, no que toca à legislação positiva, é do Parlamento.

Quando olhamos para hoje e para ontem vê-se, contudo, que esse entendimento sobre divisão de poderes anda meio esquecido e talvez até subvertido no Brasil.

É que muitas vezes vimos – e alguns ainda veem - o Executivo legislar mais do que aplicar a lei (chuva de Medidas Provisórias). O Legislativo pseudo-administrar mais do que legislar (...sobretudo por meio da ingerência para liberação de verbas e no bojo de uma salada de CPI's) e o Judiciário bater carimbo em todas as pretensões aberrantes do Executivo, ante o medo de problemas no repasse depois do dia vinte (Governador, Presidente, fulano briga com sicrano, quem deve ganhar?).



Esse quadro levava e ainda leva a uma hipertrofia ou nanismo de alguns Poderes. O Executivo, por exemplo, ainda hoje só admite a tramitação e o surgimento de leis da sua iniciativa ou que congreguem os seus interesses, e para tal usa e abusa do seu arsenal financeiro numa terra de orçamento fictício. Basta ver que a aprovação de leis propostas por parlamentares que não compõem o chamado “bloco governista” é quase nula.

Talvez tenha chegado a hora da sociedade organizada propor mais normas, inclusive por meio de “parlamentos populares” e “parlamentos acadêmicos”, incentivo que se faria à democracia participativa tão sonhada e divulgada por Bonavides.

A boa novidade, nesse quadro de perene subversão do conteúdo histórico e doutrinário da divisão de poderes, é o soerguimento do Judiciário, o que muitos chamam de “governo dos juizes” ou “ativismo judicial”, um quadro que se caracteriza pelo desempenho de função política por magistrados, sobretudo pelos integrantes do Supremo Tribunal Federal.

Atos judiciais obrigando o Executivo a dar efetividade a políticas públicas no campo da saúde e educação, determinações para mudança na divisão da riqueza nacional entre os entes federados, sentenças que determinam a imediata prisão de membros de outro Poder, liminares que suspendem a tramitação de projetos de lei por vício formal de inconstitucionalidade, decisões inovadoras sobre partidos políticos, mutações da Constituição no campo da maioria (seja de vítimas de estupro presumido ou mesmo no campo genérico da maioria penal), são exemplos de atuação judiciária que extrapolam a simples composição de litígios. Essa atuação cria, com muita força, um novo direito em terreno lacunoso, onde ninguém quis colocar as mãos.

Como já se disse, isso não fere o princípio da separação de poderes, pois a supressão de lacunas também é uma forma de frear, controlar, contrabalançar a omissão. Contudo, é preciso ter em vista quais são os limites dessas limitações ofertadas pelo Poder Judiciário, de maneira a prevenir ou tapar qualquer discussão sobre legitimidade, ainda que os críticos do ativismo tomem por base um conceito de legitimidade puramente liberal, que não chega nem mesmo a Weber, quanto mais a Maturana ou Luhmann.

O dogma da legitimidade clássica, segundo o qual só decide quem é sufragado, é de apelo popular muito grande, ainda que os





Álvaro Osório do Valle Simeão

acontecimentos de junho de 2013 mostrem-nos direção extremamente oposta e, talvez, perigosa. Há inclusive o desejado risco de que no meio da multidão, em frente ao Congresso, a antiga turba ignorada pelos mandantes grite nomes nunca dantes sufragados, entre os quais Barbosa, Gurgel, Aurélio e Mendes. A atual Presidente, por exemplo, nunca tinha sido votada antes de 2010.

Uma coisa é certa: o Executivo é forte de nascença no Brasil, pois vivemos um presidencialismo que eu chamaria de “extremo” (...e viva Ulisses, o parlamentarista que descansa em Angra). O Judiciário tem se levantado tal qual o pão-de-açúcar na propaganda de whisky, e ao Congresso só sobrou uma opção: esquecer o umbigo e começar a fazer a revolução reivindicada, ou encontrar-se com seu erro nas urnas, pois esse é o destino próprio dos homens e dos políticos, ou da nossa própria espécie: o *homo politicus*.

Isso tudo é música para pensar ou já estava escrito em lendas, sabres, ou no diário de Prestes?



A COMISSÃO NACIONAL DA VERDADE NO BRASIL: CONJUNTURA E CENÁRIOS PROSPECTIVOS

**Alessandro Rodrigues da Costa¹
Carlos Federico Domínguez Avila²**

INTRODUÇÃO

O ano de 2014 marca os 50 anos do movimento que alçou o poder político no Brasil, instaurando o regime militar que durou até o ano de 1985, quando foi eleito, de modo indireto, o Presidente civil Tancredo de Almeida Neves, encerrando 21 anos da “ditadura dos quartéis”, caracterizada pelo desrespeito aos mínimos direitos humanos, representados em sua essência por prisões ilegais, desaparecimento de pessoas contrárias ao regime vigente de ditadura, torturas e mortes.

A efeméride, registrada por protestos de grupos representativos de direitos humanos, por um lado, e pelos representantes saudosistas do Clube Militar do qual integram os ainda presentes defensores da “Revolução”, pelo outro, deixa claro que o passado traumatizante desse período ainda desperta dor, raiva, indignação e sentimento de impunidade.

Nesse contexto, continuam os trabalhos da Comissão Nacional da Verdade, instalada em 16 de maio de 2012, com mandato de seus membros e com a entrega do relatório final de seus trabalhos previsto para 16 de dezembro de 2014.

¹ Mestrando em Ciência Política pelo Centro Universitário UNIEURO e Servidor Público Federal (Analista Judiciário do Tribunal Superior Eleitoral –TSE).

² Doutor em História. Docente e pesquisador do Centro Universitário Unieuro e da Universidade Católica de Brasília.



A grande questão a ser desatada continua sendo a efetiva contribuição da Comissão da Verdade para a denominada “Reconciliação Nacional”, uma vez que ela prescinde de competência e poder para, a partir dos dados obtidos em suas investigações, solicitar a apuração judicial e punição daqueles que comprovadamente agiram em nome da polícia política estatal para torturar, matar e ocultar os corpos dos dissidentes ao regime militar vigente.

1. AUTORITARISMO E LUTA PELA DEMOCRACIA NO BRASIL

Durante a chamada Ditadura Militar³, o Estado brasileiro deliberadamente e reiteradamente descumpriu normas internacionais a que era signatário, tais como a declaração Universal de Direitos Humanos, de 1948, cujo artigo V, versa que: “ninguém será submetido à tortura nem a tratamento ou castigo cruel, desumano e degradante”, adotando como meios de investigação a tortura física e psicológica.

No regime militar houve a prática sistemática da tortura no Brasil, como forma de obtenção de confissão ou como forma de castigo, por parte dos agentes do Estado, que de forma vil chegaram até mesmo a torturar crianças e mesmo mulheres gestantes, vistas como subversivas. Arquidiocese explica que:

A tortura foi indiscriminadamente aplicada no Brasil, indiferente da idade, sexo ou situação moral, física, e psicológica em que se encontravam as pessoas suspeitas de atividades subversivas. Não se tratava apenas de produzir, no corpo da vítima, uma dor que fizesse entrar em conflito com o próprio espírito e pronunciar o discurso que, ao favorecer o desempenho do

³ Segundo Boris Fausto, o regime ou ditadura militar no Brasil foi o regime autoritário que governou o país de 31 de março de 1964 até 15 de março de 1985. A implantação da ditadura começou com o Golpe de 1964, quando as Forças Armadas do Brasil derrubaram o governo do presidente democraticamente eleito João Goulart e terminou quando José Sarney assumiu o cargo de presidente. A revolta militar foi fomentada por Magalhães Pinto, Adhemar de Barros e Carlos Lacerda, governadores dos estados de Minas Gerais, São Paulo e Rio de Janeiro, respectivamente. O regime militar brasileiro inspirou o modelo de outros regimes militares e ditaduras por toda a América Latina, sistematizando a “Doutrina de Segurança Nacional”, que justificava ações militares como forma de proteger o “interesse da segurança nacional” em tempos de crise. FAUSTO, Boris. *História do Brasil*, São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2008



sistema repressivo, significasse sua sentença condenatória. Justificada pela urgência de se obter informações, a tortura visava imprimir à vítima a destruição moral pela ruptura dos limites emocionais que se assentavam sobre relações efetivas de parentesco. Assim crianças foram sacrificadas diante dos pais, mulheres grávidas tiveram seus filhos abortados, esposas sofreram para incriminar seus maridos. (ARQUIDIOCESE, 1985, p. 34).

O Projeto “Brasil: Nunca Mais”⁴, desenvolvido por Dom Paulo Evaristo Arns, o Rabino Henry Sobel e o Pastor presbiteriano Jaime Wright, realizado clandestinamente entre 1979 e 1985, durante o período final da ditadura militar no Brasil, no ano de 1985 gerou uma importante documentação sobre a história do Brasil, tendo sistematizado informações de mais de um milhão de páginas contidas em centenas de processos do Superior Tribunal Militar (STM), revelando a extensão da repressão política no Brasil e cobrindo um período entre 1961 a 1979. O relatório completo, resultado do esforço de mais de 30 brasileiros que se dedicaram durante quase seis anos a rever a história do período no País, reescrevendo-a a partir das denúncias feitas em juízo por opositores do regime de 64, bem como o livro publicado pela editora Vozes, organizado pela Arquidiocese de São Paulo, tiveram papel fundamental na identificação e denúncia dos torturadores do regime militar e desvelaram as perseguições, os assassinatos, os desaparecimentos e as torturas; atos praticados nas delegacias, unidades militares e locais clandestinos mantidos pelo aparelho repressivo no Brasil.

Nas palavras de Arquidiocese (1985, p. 38), as torturas praticadas durante a ditadura do regime militar têm uma ligação robusta com técnicas desenvolvidas através de experimentos como os do Projeto Mkultra, programa ilegal de experiências em seres humanos, feito pela CIA – o Serviços de Inteligência dos Estados Unidos da América – entre os anos 1950 até fins da década 1960. As experiências em seres humanos visavam identificar e desenvolver drogas e

⁴ O projeto Brasil: Nunca Mais – BNM foi desenvolvido pelo Conselho Mundial de Igrejas e pela Arquidiocese de São Paulo nos anos oitenta, sob a coordenação do Rev. Jaime Wright e de Dom Paulo Evaristo Arns. A iniciativa teve três principais objetivos: evitar que os processos judiciais por crimes políticos fossem destruídos com o fim da ditadura militar, tal como ocorreu ao final do Estado Novo, obter informações sobre torturas praticadas pela repressão política e que sua divulgação cumprisse um papel educativo junto à sociedade brasileira.



procedimentos a serem usados em interrogatórios e tortura, visando debilitar o indivíduo para forçar confissões por meio de controle de mental. As várias drogas utilizadas, todas do tipo drogas psicoativas, incluíram Mescalina, LSD e outras.

Essas técnicas foram trazidas para o Brasil pelos militares e agentes policiais que frequentaram a Escola das Américas⁵.

Vários membros da força policial brasileira e militares foram treinados por especialistas em tortura que vieram para o Brasil com o objetivo de difundir os métodos e meios de interrogatório compilados pela CIA.

A recente liberação pelo governo americano de uma lista parcial⁶ de nomes de participantes nos treinamentos da Escola revelou também o fato de que militares brasileiros treinaram e participaram de tortura, inclusive no Chile.

No Brasil foi instalado, por meio do Decreto Presidencial 53.649, de 2 de março de 1964, o Centro de Instrução de Guerra na Selva (CIGS), em Manaus, comandado pelo general francês Paul Aussaresses, promotor do uso da tortura na guerra colonial da Argélia. O GIGS⁷ foi criado por oficiais brasileiros formados na Escola das Américas.

Com a instituição do decreto presidencial denominado Ato Institucional Nº 5 ou AI 5, várias garantias constitucionais foram suspensas mostrando-se como uma resposta do governo militar à decisão da Câmara dos Deputados, que se negara a conceder licença para que o deputado Márcio Moreira Alves fosse processado por um discurso onde questionava até quando o Exército abrigaria torturadores e pedindo ao povo brasileiro que boicotasse as festividades do dia 7 de setembro. O AI 5 deu ao regime poderes absolutos e cuja

⁵ Escola das Américas (em inglês School of the Americas), a partir de 2001 renomeada como Western Hemisphere Institute for Security Cooperation (WHINSEC)— Instituto do Hemisfério Ocidental para a Cooperação em Segurança é uma instituição mantida pelos Estados Unidos que ministra cursos sobre assuntos militares a oficiais de outros países. Atualmente situada em Fort Benning, Columbus, Geórgia, a escola esteve de 1946 a 1984 situada no Panamá, onde se graduaram mais de 60 mil militares e policiais de cerca de 23 países de América Latina, alguns deles de especial relevância pelos seus crimes contra a humanidade como os generais Leopoldo Fortunado Galtieri ou Manuel Noriega.

⁶ Conferir: <http://www.documentosrevelados.com.br/nome-dos-torturados-e-dos-militares-que-aprenderam-a-torturar-na-escola-das-americas/escola-das-americas-estudantes-e-instrutores-do-brasil-periodo-de-1954-1996/>. Acesso em 15.3.2014.

⁷ Conferir: <http://www.documentosrevelados.com.br/nome-dos-torturados-e-dos-militares-que-aprenderam-a-torturar-na-escola-das-americas/tipos-de-tortura-usados-durante-a-ditadura-civil-militar>. Acesso em 15.3.2014.



primeira consequência foi o fechamento do Congresso Nacional por quase um ano e considerado por muitos historiadores a “oficialização” das práticas de tortura como braço da repressão aos dissonantes do governo militar.

De acordo com Arquidiocese (1985, p. 93), as torturas físicas realizadas aos montes durante a estadia dos militares no governo aconteceram sob inúmeras modalidades, destacando o “pau-de-ara-ra”, que consistia numa barra de ferro atravessada entre os punhos amarrados e a dobra do joelho, colocada entre duas mesas, o corpo do torturado ficava pendurado a cerca de 20 ou 30 centímetros do solo, recebendo eletrochoques, a palmatória e o afogamento; o “eletrochoque” era dado por um telefone de campanha do Exército, sendo que seus fios longos eram ligados no corpo do torturado, normalmente, nas partes íntimas, ouvidos, dentes, língua e dedos; o “afogamento” é considerado um dos complementos do pau-de-ara-ra, consistindo em lançar água por meio de um pequeno tubo de borracha introduzido na boca do torturado, que se encontrava pendurado; a “palmatória” objeto constituído de uma borracha grossa, sustentada por um cabo de madeira; a “cadeira do dragão”, de São Paulo, era uma cadeira muito pesada, com assento de zinco, ligada a um terminal da máquina de choque, denominada magneto, a referida cadeira possuía uma travessa de madeira que empurrava a perna da vítima para trás, sendo que a cada descarga elétrica a perna batia contra a travessa causando ferimentos profundos; a “cadeira do dragão”, do Rio de Janeiro, era uma cadeira do tipo barbeiro, na qual o torturado era amarrado com correias revestidas de espumas e fios elétricos eram ligados nos dedos dos pés e mãos; a “geladeira” consistia em colocar o torturado nu em um ambiente de baixíssima temperatura e dimensões reduzidas; “insetos e animais” como cães, cobra, jacaré e barata, também foram usados nas sessões de torturas, além disso, “produtos químicos”, como o Pentatotal, substância que faz a pessoa falar em estado de sonolência; e “lesões físicas” em que se introduzia objetos no ânus do suspeito, queimaduras com cigarro, permanecer em pé sobre latas e espancamento com cassetete. Há relatos, também, de ameaças e espancamentos em crianças. As mulheres e gestantes, normalmente, sofriam ameaças, choques elétricos, espancamentos, constrangimentos e abusos sexuais.

Segundo Cury (1978, p. 78), o Governo Geisel marca a chamada “abertura política”, onde os militares, assolados por uma in-





flação desencadeada pela falta de incentivos aos insumos básicos, decidiram iniciar um movimento de distensão para abertura política institucional, “lenta, gradual e segura”, segundo as próprias palavras do então presidente Ernesto Geisel.

Seu sucessor e último presidente militar da ditadura, João Batista Figueiredo sancionou a Lei da Anistia, promulgada a 28 de agosto de 1979, sob o nº 6.683, que prevê logo em seu artigo 1º:

Art. 1º É concedida 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.

Começava aí o embate sobre o alcance da Lei da Anistia, principalmente no que diz respeito aos crimes contra os direitos humanos, como prisão ilegal, tortura, homicídio e desaparecimento forçado de pessoas, praticados pelos agentes do Estado durante todo o período alcunhado de “anos de chumbo”.

A Lei da Anistia é, portanto, o principal instrumento legal a contingenciar a completude da Reconciliação Nacional no Brasil. Esta, por certo, só pode ser alcançada a partir de uma Justiça de Transição robusta, contendo todos os seus principais requisitos, quais sejam, a verdade, a memória e a justiça (reparação). No caso brasileiro, ainda que louvável o trabalho da Comissão da Verdade, falta-lhe atingir o último requisito: a justiça.

2. A COMISSÃO NACIONAL DA VERDADE NO BRASIL: CONSIDERAÇÕES SOB A PERSPECTIVA DA JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO

As comissões da verdade são órgãos de investigação, não judiciais, temporários e oficiais, que buscam esclarecer a verdade sobre as atrocidades cometidas em períodos de guerra, autoritarismo ou



conflito. Segundo Annan (2009, p. 75-79), os trabalhos dessas comissões são direcionados às vítimas e encerram com a apresentação dos resultados dos trabalhos investigativos com recomendações.

Conforme o ex-Secretário Geral da ONU, no relatório S/2004/616 apresentado as Nações Unidas:

[...] nossa experiência com Comissões de Verdade também mostra que elas são ferramentas complementares potencialmente valiosas na busca por justiça e reconciliação, uma vez que focam na vítima, ajudam a estabelecer um registro histórico, além de recomendar medidas corretivas. Da mesma forma, nosso apoio em processos de investigação de antecedentes demonstrou que as comissões são um elemento vital da Justiça de Transição e, onde elas respeitam os direitos de ambos, da vítima e do acusado, tornam-se elementos-chave para restabelecer a confiança pública nas instituições e no governo. (ANNAN, 2009, p. 75-79).

A Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 estabeleceu uma base para a nova convivência humana, tentando sepultar o ódio e os horrores que custou cinquenta milhões de vidas em seis anos de guerra. Os tratados internacionais, que surgiram após a referida Declaração, construíram um arcabouço internacional de proteção dos direitos humanos. Os instrumentos garantidores dessa proteção dos direitos humanos foram atualizados em 1993, na Conferência de Viena, a qual firma o acordo sobre a importância de que os direitos humanos passassem a ser conteúdo programático da ação dos Estados nacionais. Assim, recomendou que os países formulassem e implementassem Programas e Planos Nacionais de Direitos Humanos, sendo que a referida recomendação foi ratificada pelo Brasil, tornando parte do ordenamento jurídico brasileiro.

No Brasil, o Plano Nacional de Direitos Humanos I, surgiu em 1996, enfatizando a garantia dos direitos civis e políticos, sendo revisado e atualizado em 2002, sendo o Plano ampliado com a incorporação dos direitos econômicos, sociais e culturais, resultando na elaboração no Plano Nacional de Direitos Humanos II, e, no ano de 2010, surgiu o Plano Nacional de Direitos Humanos-3, destacando a transversalidade e a inter-ministerialidade de suas diretrizes, objetivos estratégicos e de suas ações programáticas.



Conforme Brasil:

O PNDH-3 está estruturado em seis eixos orientadores, subdivididos em 25 diretrizes, 82 objetivos estratégicos e 521 ações programáticas, que incorporam ou refletem os 7 eixos, 36 diretrizes e 700 resoluções aprovadas na 11ª Conferência Nacional de Direitos Humanos, realizada em Brasília entre 15 e 18 de dezembro de 2008, como coroamento do processo desenvolvido no âmbito local, regional e estadual. O Programa também inclui, como alicerce de sua construção, propostas aprovadas em cerca de 50 conferências nacionais temáticas realizadas desde 2003 sobre igualdade racial, direitos da mulher, segurança alimentar, cidades, meio ambiente, saúde, educação, juventude, cultura etc. [...] O PNDH-3 é estruturado nos seguintes eixos orientadores: Interação Democrática entre Estado e Sociedade Civil; Desenvolvimento e Direitos Humanos; Universalizar Direitos em um Contexto de Desigualdades; Segurança Pública, Acesso à Justiça e Combate à Violência; Educação e Cultura em Direitos Humanos; Direito à Memória e à Verdade. [...] O capítulo que trata do Direito à Memória e à Verdade encerra os temas transversais do PNDH-3. A memória histórica é componente fundamental na construção da identidade social e cultural de um povo e na formulação de pactos que assegurem a não-repetição de violações de Direitos Humanos, rotineiras em todas as ditaduras, de qualquer lugar do planeta. Nesse sentido, afirmar a importância da memória e da verdade como princípios históricos dos Direitos Humanos é o conteúdo central da proposta. Jogar luz sobre a repressão política do ciclo ditatorial, refletir com maturidade sobre as violações de Direitos Humanos e promover as necessárias reparações ocorridas durante aquele período são imperativos de um país que vem comprovando sua opção definitiva pela democracia. (BRASIL, 2010, p. 17-19).



As comissões da verdade e reconciliação têm grande importância nas sociedades pós-conflito, buscando ouvir e reconhecer a história de várias pessoas. Segundo afirmam Rose e Ssekandi (2007, p. 111):

Em primeiro lugar, elas criam registros abrangentes de abusos de direitos humanos ao documentar os crimes e a identidade e destino das vítimas. Tais registros facilitam a consciência e o reconhecimento público das violações de direitos humanos do passado; promovem o desenvolvimento de uma cultura de direitos humanos e, de um modo mais amplo, do Estado de Direito. Em segundo lugar, as comissões de verdade e reconciliação propiciam às vítimas um “fórum legítimo e confiável por meio do qual podem reivindicar valor e dignidade humanos”, bem como oferecem aos agressores um “canal por meio do qual possam expiar suas culpas”. Por fim, uma sociedade pós-conflito que não consegue estabelecer um processo de apuração da verdade pode perpetuar ódio e vingança, não considerando as necessidades das vítimas e impedindo o perdão por parte delas. (ROSE, SSEKANDI, 2007, p. 111).

Para Zyl (2005, p. 12-14), além de dar amplo conhecimento aos fatos em que ocorreram violações aos direitos humanos, importante também que os governos, cidadãos e perpetradores reconheçam a injustiça dos referidos abusos. A verdade oficial sobre um passado de violações aos direitos humanos pode auxiliar na sensibilização das futuras gerações contra o revisionismo e dar poder para que os cidadãos reconheçam e resistam ao retorno de um regime autoritário. As comissões da verdade asseguram a possibilidade das vítimas falarem em espaço público, sendo que seus testemunhos podem colaborar para contradizer as mentiras oficiais e os mitos relacionados às violações dos direitos humanos.

Ressalte-se que os testemunhos das vítimas na África do Sul demonstraram que a prática de torturas era tolerada pelo Estado, ocorrendo de forma estendida e sistemática. Além disso, as comissões de verdade do Chile e da Argentina conseguiram demonstrar que os opositores do regime militar não tinham fugido desses países



ou se escondido, mas desapareceram e foram assassinados pelos militares.

A Comissão Nacional da Verdade brasileira foi criada pela Lei n.º 12.528/2011 e instituída em 16 de maio de 2012 tendo por finalidade apurar graves violações de Direitos Humanos ocorridas entre 18 de setembro de 1946 e 5 de outubro de 1988.

A Lei n.º 12.527/2011 garante o acesso à informação e, desta forma, o acervo de documentos produzidos pela CNV encontra-se disponível para consulta aos interessados. Parte dessa documentação pode ser visualizada a partir do sítio www.cnv.gov.br. Já o acesso direto a esses documentos materiais pode ser solicitado a partir de agendamento prévio para visita à sede da CNV, no Centro Cultural do Banco do Brasil, portaria n.º 3, 2.º andar, localizado no SCES, Trecho 2, lote 22, em Brasília/DF.

A CNV, entretanto, não desenvolve suas atividades unicamente em sua sede. Na verdade, atua conjuntamente e em grande medida com as Comissões Estaduais da Verdade, onde participa de oitiva de depoimentos, grupos de trabalho e investigação das violações aos direitos humanos ocorridas em diversos estados brasileiros.

Segundo informações da própria CNV⁸, nos sete primeiros meses de funcionamento, a Comissão dedicou-se a definir os marcos legais do seu trabalho, a organizar a pesquisa das graves violações de direitos humanos ocorridas no período de 1946-1988, a definir e ampliar sua equipe de trabalho, a estabelecer comunicação constante com a sociedade e parcerias com órgãos governamentais e com a sociedade civil organizada.

Em julho de 2012, a CNV recebeu em Brasília diversas organizações da sociedade civil para receber sugestões sobre o trabalho, informações e documentos. Várias das intervenções do público foram aceitas pela Comissão que manteve durante todo o ano contato direto com o público, seja ao vivo, percorrendo o país de norte a sul em 15 audiências públicas e em outros eventos públicos dos quais participou, seja pelo uso das redes sociais (Twitter, Facebook e YouTube) na sua comunicação, ou, ainda, por meio de parcerias firmadas com comissões congêneres e outras organizações.

⁸ Conferir: <http://www.cnv.gov.br/index.php/institucional-acesso-informacao/realizacoes-da-cnv>. Acesso em 27.3.2014.



Em setembro daquele ano, a CNV definiu seu principal marco legal: por meio da resolução nº 2⁹, estabeleceu, definitivamente, que as graves violações de Direitos Humanos examinadas pela comissão são aquelas praticadas por agentes públicos. Um dos pilares para a decisão é a lei 9.140/95, uma das que estabelecem as bases para o surgimento da Comissão Nacional da Verdade.

Também em setembro de 2012, após recomendação da CNV, atendendo solicitação da família Herzog, a Justiça de São Paulo determinou a mudança do registro de óbito de Vladimir Herzog para que a causa da morte do jornalista, em 1975, fosse alterada de asfixia mecânica para morte em decorrência “de lesões e maus-tratos sofridos em dependência do II Exército – SP (Doi-Codi)”¹⁰.

Segundo a decisão, transitada em julgado em dezembro, a CNV

conta com respaldo legal para exercer diversos poderes administrativos e praticar atos compatíveis com suas atribuições legais, dentre as quais recomendações de ‘adoção de medidas destinadas à efetiva reconciliação nacional, promovendo a reconstrução da história’, à luz do julgado na Ação Declaratória, que passou pelo crivo da Segunda Instância, com o reconhecimento da não comprovação do imputado suicídio, fato alegado com base em laudo pericial que se revelou incorreto, impõe-se a ordenação da retificação pretendida no assento de óbito de Vladimir Herzog.

A sentença abriu caminho para que várias famílias reivindicuem o mesmo direito.

De acordo com o sítio mantido pela CNV (www.cnv.gov.br) em dezembro, a Comissão anunciou a divisão de sua pesquisa em 13 grupos de trabalho temáticos, visando debruçar sobre os mais diversos temas relacionados à repressão sistematicamente praticada pelo Estado ditatorial-militar, como a Guerrilha do Araguaia, a participação brasileira na Operação Condor, o papel das Igrejas e da Justiça nesse período de nossa História.

⁹ Conferir: http://www.cnv.gov.br/images/pdf/resolucao_2_CNV_200812-2.pdf. Acesso em 29.3.2014.

¹⁰ <http://www.cnv.gov.br/index.php/institucional-acesso-informacao/realizacoes-da-cnv>. Acesso em 13.3.2014.



Ao longo do ano de 2012, a CNV obteve recursos físicos, financeiros e de pessoal para executar sua missão. Partindo de um staff com sete membros e 14 assessores, sendo que, em dezembro de 2013, a CNV já contava com uma equipe de 50 pessoas, entre membros e colaboradores, para alcançar seu objetivo: entregar à sociedade brasileira, em maio de 2014, um relatório circunstanciado sobre as graves violações de direitos humanos ocorridas no Brasil entre 1946 e 1988, contendo recomendações ao Estado brasileiro para que este nefasto período de nossa história não mais se repita.

Em janeiro de 2013, a Comissão Nacional da Verdade firmou acordo de cooperação técnica com o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), que visa prestar suporte à estruturação da Comissão nos três principais eixos de trabalho da CNV: pesquisa, articulação com a sociedade e comunicação.

Em 21 de maio de 2013, pouco após completar um ano, a Comissão Nacional da Verdade apresentou um balanço de suas atividades ao País. Este é o documento mais atualizado sobre o que a CNV produziu em seus 12 primeiros meses.

Com um ano de existência, a CNV demonstrou ter conseguido colher 268 depoimentos de vítimas, testemunhas e agentes da repressão da ditadura civil-militar. As investigações foram prorrogadas¹¹ e serão concluídas em maio de 2014.

De acordo com o relatório apresentado, no primeiro ano de atividades foram ouvidas 207 vítimas e testemunhas de graves violações de direitos humanos cometidas no período de análise da comissão (1946-1988). Dos depoimentos, 59 foram tomados em entrevistas reservadas e 148 durante audiências públicas realizadas pela comissão nas cinco regiões do Brasil¹².

Mais 35 pessoas que estiveram diretamente envolvidas ou que conheceram as práticas usadas pelo regime para violar direitos humanos foram ouvidas em audiências privadas. Desse total, 13 depuseram sob convocação¹³.

Além de relatos e depoimentos de familiares ou vítimas da repressão, a Comissão conta com outras formas de informação. De

¹¹ Conferir: <http://brasil.gov.br/governo/2013/05/comissao-da-verdade-comple-um-ano-e-faz-balanco-das-aco-es-desenvolvidas>. Acesso em 27.3.2014.

¹² <http://www.cnv.gov.br/index.php/institucional-acesso-informacao-realizacoes-da-cnv>. Acesso em 29.3.2014.

¹³ Idem.



acordo com o coordenador da CNV, Paulo Sérgio Pinheiro¹⁴, há cerca de 20 milhões de páginas de documentos sobre o assunto.

Entre os avanços da Comissão da Verdade, estão as investigações sobre o desaparecimento do ex-deputado Rubens Paiva, a correção do atestado de óbito do jornalista Vladimir Herzog e as investigações sobre a morte do ex-presidente João Goulart, a Operação Condor e sobre as violações de direitos cometidas contra os índios durante a ditadura militar.

Os trabalhos desenvolvidos pela Comissão Nacional da Verdade, objeto do tópico anterior desta dissertação devem ser amplamente comemorados, entretanto, podem não se mostrar suficientes para promover a reconciliação nacional, objetivo formal da CNV, traçado pelo texto legal da Lei n. 12.528/2011.

Isso porque o processo de Justiça de Transição no Brasil, tida, de acordo com Pinto (2012, p. 78), como o conjunto de políticas instituídas naqueles países que passaram por governos autoritários, mostra-se, na verdade, inequivocamente inacabado. Seja porque não contempla um dos principais pilares da busca da reconciliação, qual seja a punição aos agentes estatais que cometeram crimes durante a vigência desses regimes antidemocráticos, seja porque imposta pelos próprios algozes que se beneficiaram da Lei de Anistia para escapar ao ajuste de contas perante a sociedade que eles mesmos afligiram com torturas, desaparecimentos forçados e até mesmo assassinatos.

O principal ponto gerador dessa incompletude transacional é o normativo disposto já no artigo 1º e § 1º da Lei de Anistia (Lei nº 6.683/79), que acolhe e anistia todos aqueles que cometeram crimes políticos ou conexos com estes, no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, ou seja, beneficiou os servidores do Estado Militar que, a despeito de exercerem suas atividades em prol dos cidadãos, institucionalizaram a utilização de meios desumanos para combater todos os que ousaram discordar do regime vigente, sendo, dessa forma, uma lei que concede verdadeira auto-anistia.

Na concepção de Pinto (2012, p. 128), o modelo adotado para a Justiça de Transição no Brasil mostra-se especialmente intrincado. A Lei nº 6.683/1979 foi promulgada em plena vigência do período militar, embora em contexto da abertura lenta e gradual formatada no governo Geisel. A chamada Lei de Anistia mostra-se, portanto,

¹⁴ <http://www.brasil.gov.br/governo/2013/05/comissao-da-verdade>. Acesso em 29.3.2014.

como uma verdadeira autoanistia, acobertando com uma extensão inapropriada todos os crimes cometidos durante o período de ditadura e excessos dela inerentes.

De acordo com Abrão e Torelly (2010, p. 32):

No Brasil a anistia foi amplamente reivindicada socialmente, pois se referia originalmente aos presos políticos, tendo sido objeto de manifestações históricas que até hoje são lembradas. É preciso ressaltar que a deturpação da lei de anistia de 1979 para abranger a tortura perpetrada pelos agentes de Estado jamais fez parte dos horizontes de possibilidades da sociedade civil atuante à época, até mesmo porque a tortura não era uma prática reconhecida oficialmente e seu cometimento não era visível publicamente em razão da censura aos meios de comunicação. Porém, o que importa ressaltar aqui é que a luta pela anistia foi tamanha que, mesmo sem a aprovação do projeto demandado pela sociedade civil, por uma anistia ampla, geral e irrestrita para os perseguidos políticos, a cidadania brasileira reivindica legitimamente essa conquista para si e, até a atualidade, reverbera a memória de seu vitorioso processo de conquista da anistia nas ruas, após amplos e infatigáveis trabalhos realizados pelos Comitês Brasileiros pela anistia, fortemente apoiados por setores da comunidade internacional. (ABRÃO, TORELLY, 2010, p. 32).

A sensação de impunidade sobreleva-se ao discurso de que “não se deve mexer em feridas já cicatrizadas”, nas palavras do ex-ministro da Justiça José Gregori¹⁵, defensor da não punição aos militares que agiram na ditadura: “É preciso muita sensibilidade para tratar desse tema, que dividiu o Brasil em certo período”, disse o ex-ministro, ao lembrar que os militares tiveram apoio de parte da sociedade.

Nesse sentido, Piovesan (2009, p. 181) assim se posiciona:

Quanto à lei de anistia de 1979, que abrange crimes políticos praticados entre 1961 a 1979,

¹⁵ Conferir: <http://www.valor.com.br/policita/1105700/para-joe-gregori-comissao-da-verdade-tera-sentido-simbolico>. Acesso em 17.3.2014



há que se afastar a insustentável interpretação de que, em nome da conciliação nacional, a lei de anistia seria uma lei de “duas mãos”, a beneficiar torturadores e vítimas. Esse entendimento advém da equivocada leitura da expressão “crimes conexos” constante da lei. Crimes conexos são os praticados por uma pessoa ou um grupo de pessoas, que se encadeiam em suas causas. Não se pode falar em convexidade entre fatos praticados pelo delinquente e pelas ações de sua vítima. A anistia perdoou a estas e não a aqueles; perdoou as vítimas e não os que delinquem em nome do Estado. Ademais, é inadmissível que o crime de tortura seja concebido como crime político, passível de anistia e prescrição. (PIOVESAN, 2009, p. 181).

De fato, Pinto (2012, p; 178) assevera que a não responsabilização dos agentes do Estado que torturaram, forçaram desaparecimentos e mesmo assassinaram em nome da ditadura, colocam a Justiça de Transição ocorrida até aqui no Brasil, numa moldura dissonante das demais adotadas na América do Sul, ao mesmo tempo que frustra as organizações civis que passaram todos esses anos buscando a efetiva justiça reparadora das ilicitudes que foram vítimas, ou tiveram amigos e parentes nessa situação.

Dessa forma, vislumbra-se que o Supremo Tribunal Federal, representado pelos seus onze Ministros, amparados pela competência de bem zelar pelos preceitos assentados na Carta Maior do povo brasileiro, em especial o da dignidade da pessoa humana, tinha a seu favor um cenário favorável à revisão do texto legal inserto na Lei de Anistia, visto que passados quase trinta anos de sua promulgação e um movimento político bastante enfraquecido daqueles que eram contrários à sua revisão.

O resultado do julgamento é publicamente conhecido, e sua repercussão não foi menor que o sentimento de frustração e consternamento dele resultantes.

A mais alta Corte Judicial do país tem novo encontro marcado com a possibilidade de fazer história e revisar a Lei de Anistia, uma vez que após o Acórdão que manteve, por maioria, a constitucionalidade daquela norma, foram ofertados Embargos de Declaração na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153. Seu julgamento pode ser acompanhado de revisão do placar final e conse-



quentemente da própria norma, ainda mais que quando de sua chamada à pauta, o STF contará com formação diversa daquela que formou entendimento no julgamento em 2010. Ainda assim, não há, por parte das organizações que lutam pelas punições, muita esperança de que o quadro se reverta, ainda mais quando se leva em conta que não há no STF tradição em se pautar pela jurisprudência alienígena em suas decisões, bem como não parecem, os julgadores daquela instância, convencidos do alcance das obrigações constantes nos tratados internacionais de direitos humanos assumidos pelo Brasil.

Restou, então, depositada na Comissão Nacional da Verdade, esperança de que, mesmo que de forma tímida, a injustiça histórica prolongada pelo desfecho do julgamento da ADF 153, começasse a ser demolida.

Não obstante o coro robusto quanto à competência enfraquecida da CNV, em razão da disposição legal prevista na Lei nº 12.528/2011, que em seu artigo 4º, parágrafo 4º aduz que as atividades da comissão “não terão caráter jurisdicional ou persecutório”, o principal objetivo da CNV é o de esclarecer os fatos e circunstâncias dos casos de graves violações de direitos humanos, inclusive identificando a autoria de quem praticou as referidas violações.

Embora atada ao texto da lei que a impede de sugerir punições, os trabalhos da CNV já tiveram o condão, por si só, motivo de regozijo, de elevar, através de membros da própria comissão, o discurso de que não haverá uma transição completa sem a responsabilização dos agentes que cometeram os crimes trazidos ao conhecimento da sociedade por meio dos trabalhos da Comissão da Verdade.

Numa dessas manifestações, o então membro da Comissão da Verdade, Cláudio Fonteles¹⁶, ex-Procurador Geral da República, ofendeu veementemente a revisão da Lei de Anistia e consequentemente a possibilidade de punição dos militares:¹⁷

¹⁶ Cláudio Lemos Fonteles (Rio de Janeiro, 11 de outubro de 1946) foi Procurador-Geral da República entre 30 de junho de 2003 e 29 de junho de 2005. Graduado em Direito pela Universidade de Brasília em 1969, tornou-se mestre em Direito em 1983. Foi estagiário da Defensoria Pública e assessor do MPF, onde ingressou por concurso em 1973. Na Procuradoria Geral da República coordenou a área criminal (1991) e a antiga Secretaria de Defesa dos Direitos Individuais e Interesses Difusos (1987) na qual lutou pela demarcação de terras indígenas. Atua como voluntário em projetos de assistência a populações carentes e dependentes químicos. É professor de doutrina social da Igreja no curso de Teologia da Arquidiocese de Brasília (currículo retirado do sítio da CNV na internet, no endereço: <http://www.cnv.gov.br/index.php/institucional-acesso-informacao/membros/61-claudio-fonteles>).

¹⁷ <http://www.conversafiada.com.br/brasil/2013/05/20/fonteles-stf.vai-rever-a-lei-da-anistia>.



O assunto não está definido no STF. A OAB entrou com ação, com dois recursos de embargo de declaração, ainda pendente de apreciação. É fundamental a mobilização quando se der julgamento dos embargos. Será pauta das nossas recomendações. Na recomendação certamente será discutido, elaborado e proposto isso (revisão da Lei de Anistia).

Por sua vez, a coordenadora substituta da Comissão Nacional da Verdade, Rosa Maria Cardoso da Cunha,¹⁸ que fora advogada de presos políticos durante a ditadura também compactua com a ideia de que a punição aos responsáveis pelas transgressões ocorridas durante a ditadura faz parte do processo da reparação da verdade histórica. De acordo como a advogada, “Não há direito à verdade sem direito à justiça”.¹⁹

Também é manifesta a vontade de revisão da Lei de Anistia por parte dos também integrantes da CNV Paulo Sérgio Pinheiro²⁰ e Maria Rita Kehl.²¹

¹⁸ Rosa Maria Cardoso da Cunha (13 de dezembro de 1946) é advogada e professora universitária. Graduada em direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro, em 1969, é mestre em direito penal pela USP e fez o curso de doutorado em ciência política pelo IUPERJ, atualmente vinculado a UERJ. Criminalista, atuou em defesa de presos políticos no RJ, SP e no DF. Na advocacia tem trabalhado particularmente nos delitos previstos na legislação penal especial. Integrou o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (1999/2002) e foi Secretária Adjunta de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (91/94). É professora concursada da UFF e convidada de diversas outras universidades. É autora de livros jurídicos e sobre política. (currículo retirado do sítio da CNV na internet, no endereço: <http://www.cnv.gov.br/index.php/institucional-acesso-informacao/membros/67-rosa-maria-cardoso-da-cunha>).

¹⁹ <http://www.redebrasilatual.com.br/cidadania/2013/04/nao-ha-direito-a-verdade-sem-direito-a-justica-diz-membro-da-comissao-da-verdade>.

²⁰ Paulo Sérgio Pinheiro (Rio de Janeiro, 8 de janeiro de 1944) é doutor em Ciência Política pela Universidade de Paris, França. Professor Titular de Ciência Política e pesquisador associado ao Núcleo de Estudos da Violência, da Universidade de São Paulo. Foi secretário de Estado de Direitos Humanos no governo Fernando Henrique Cardoso e integrou o grupo de trabalho nomeado pelo ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva que preparou o projeto de lei da Comissão Nacional da Verdade. Foi comissionado e relator dos Direitos da Criança da Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Na ONU, onde tem desempenhado diversas funções desde 1995, preside atualmente a Comissão Internacional de Investigação para a Síria. É o atual coordenador da Comissão Nacional da Verdade. (currículo retirado do sítio da CNV na internet, no endereço: <http://www.cnv.gov.br/index.php/institucional-acesso-informacao/membros/66-paulo-sergio-pinheiro>).

²¹ Maria Rita Kehl (Campinas, 10 de dezembro de 1951) é psicanalista. Mestra em Psicologia Social e Doutora em psicanálise, também é ensaísta e cronista. Formada em psicologia pela USP, desde a universidade enveredou pelo jornalismo. Foi editora do *Jornal Movimento*, um dos mais importantes veículos da imprensa alternativa durante a Ditadura. Além de atender pacientes em psicanálise desde 1981, escreveu para diversos meios de comunicação e publicou vários livros, entre os quais: “O tempo e o cão - atualidade das depressões”, vencedor do



O advogado José Paulo Cavalcanti Filho,²² entretanto, também integrante da CNV, adere ao coro daqueles que entendem que a Lei de Anistia não deve ser revista. São suas as seguintes manifestações:²³

[...] Não [sou a favor da revisão]. Em defesa do princípio da legalidade, sagrado na Declaração Universal dos Direitos do Homem e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos”, disse Cavalcanti. Para ele, a responsabilização dos envolvidos nos crimes anistiados deve ocorrer “no plano moral”, pois “a tortura está abaixo dos limites da dignidade humana. [Mas] juridicamente não[...]

Ainda que não se tenha uma responsabilização criminal por conta dos trabalhos da Comissão Nacional da Verdade, cabe a esse órgão a importante tarefa de expor os fatos até então acobertados ou sonegados, perscrutar a verdade e, por último, mas deveras importante: atribuir responsabilidades àqueles que apoiaram ou se beneficiaram de alguma forma do regime ditatorial imposto no Brasil a partir de 1964.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS: CENÁRIOS PROSPECTIVOS

Após a derrocada das ditaduras da América do Sul, esses países começaram a planejar seus processos de Justiça de Transição, lançando mão de diversos instrumentos, entre eles: reparações, comissões de verdade, julgamentos e outros. Parece-nos que no que se

Prêmio Jabuti (não-ficção), em 2010, ano em que também recebeu o Prêmio Direitos Humanos do governo federal na categoria “Mídia e Direitos Humanos”. Em 2011 publicou “18 Crônicas e mais algumas”. (currículo retirado do sítio da CNV na internet, no endereço: <http://www.cnv.gov.br/index.php/institucional-acesso-informacao/membros/65-maria-rita-kehl>).

²² José Paulo Cavalcanti Filho (Recife, 21 de maio de 1948) é advogado formado pela Faculdade de Direito do Recife. Foi secretário-geral do Ministério da Justiça e Ministro (interino) da Justiça, no governo José Sarney. Foi também Presidente do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), da EBN (depois EBC) e do Conselho de Comunicação Social (órgão do Congresso Nacional). Consultor da Unesco e do Banco Mundial, ocupa a cadeira 27 da Academia Pernambucana de Letras. (currículo retirado do sítio da CNV na internet, no endereço: <http://www.cnv.gov.br/index.php/institucional-acesso-informacao/membros/64-jose-paulo-cavalcanti-filho>).

²³ <http://veja.abril.com.br/blog/reinaldo/geral/bom-senso/membro-da-comissao-da-verdade-diz-que-lei-da-anistia-nao-tem-de-ser-revista>.



refere aos avanços concernentes à possibilidade de responsabilização judicial dos agentes que cometeram crimes em nome do Estado ditatorial, a Argentina figura como imponente pioneira, tendo anulado as suas leis de anistia criadas em plena vigência do regime militar. No Uruguai, entretanto, embora tenha havido conquistas promissoras, aparentemente há, hodiernamente, uma estagnação quanto ao debate legislativo que pleiteava o fim da Lei de Caducidade. De qualquer modo, é fato que em ambos os países, as leis de anistia foram alvo de amplos e calorosos debates, resultando nas suas invalidações e nas punições dos responsáveis, sendo que em alguns casos ainda estão sendo julgados. No cenário brasileiro, lamentavelmente, não houve condenações penais de agentes do Estado por crimes cometidos na ditadura brasileira.

A forma como a Justiça de Transição foi tratada na Argentina e Uruguai, por exemplo, mostram claramente que não se buscou dar vazão ao revanchismo, pelo contrário, o que se teve como objetivo foi o fortalecimento da transição democrática naqueles países, que acharam por bem enfrentar corajosamente os abusos praticados no passado, a fim de se curar, de forma definitiva, as feridas abertas durante seus regimes ditatoriais.

O Brasil não parece estar disposto a alçar voos mais altos na busca da maturidade democrática, conferindo aos direitos humanos a importância que abstratamente lhe dá a Constituição Federal.

Nosso país continua na contramão da história ao adotar uma postura de esquecimento das barbáries ocorridas durante a ditadura que aqui se estabeleceu por vinte e um anos.

Lamentavelmente, em que pese alguns avanços pontuais, tais como a promulgação da Lei 12.527/2011, chamada Lei de Acesso à Informação, bem como a instauração da Comissão Nacional da Verdade, ainda há muito a se fazer. A própria CNV, ceifada de poder de solicitar instauração de inquéritos que possam tornar-se processos criminais, é exemplo da deliberada impunidade adotada, nesses casos, a partir da aprovação, ainda em pleno regime militar, da Lei de Anistia.

Resta, portanto, a esperança de que o cenário atual possa mudar, seja pela revisão do julgamento que considerou constitucional a Lei de Anistia, a partir da análise dos Embargos de Declaração interpostos na ADPF 153, ainda pendentes de apreciação, seja pela conquista de maiores poderes pleiteados pela maioria dos membros





Alessandro Rodrigues da Costa
Carlos Federico Domínguez Avila

integrantes da Comissão Nacional da Verdade, que consideram que o trabalho desse grupo só estará efetivamente completo se puder levar ao judiciário, as barbáries que dele emergirem.

O Brasil tem um compromisso com a verdade, mas ela por si não basta. A reconciliação tão almejada deste país com o seu povo passa pela JUSTIÇA, que nesse caso só poderá prevalecer se o Estado abandonar o caminho do esquecimento, da anistia que gera impunidade e finalmente adotar uma Justiça de Transição completa, com a divulgação da verdade dos fatos e da responsabilização judicial dos acusados. Como disse, é um longo caminho.

REFERÊNCIAS

ABRÃO, Paulo; TORELLY, Marcelo D. (Org.) *Justiça de Transição no Brasil: a dimensão da reparação*. In: _____. *Repressão e Memória Política no Contexto Ibero-Brasileiro: estudos sobre Brasil, Guatemala, Moçambique, Peru e Portugal*. Brasília: Ministério da Justiça, Comissão de Anistia; Portugal: Universidade de Coimbra, Centro de Estudos Sociais. 2010.

214

ARENDDT, Hannah. *As origens do Totalitarismo*. São Paulo: Ed. Cia. das Letras, 2007.

_____. *A Condição Humana*. Tradução de Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997.

_____. *A crise na educação*. Entre o passado e o futuro. São Paulo: Perspectiva, 1972

ARQUIDIOCESE DE SÃO PAULO. *Brasil: nunca mais: um relato para a história*. Petrópolis: Vozes, 1985.

_____. *Brasil: nunca mais! um relato para a história*. 37ª ed. Petrópolis: Vozes, 2009.

BOBBIO, N. *A era dos Direitos*. São Paulo. Ed. Campus.

_____; MATTEUCI, Nicola; Gianfranco, PASQUINO. *Dicionário de política*. 7ª Ed. V. 2. Brasília: UNB, 1995.





Alessandro Rodrigues da Costa
Carlos Federico Domínguez Avila

BRASIL. Constituição (1998). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, Centro Gráfico, 1998.

FAUSTO, Boris. *História do Brasil*. 13. ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2009.

NAÇÕES UNIDAS – Conselho de Segurança. O Estado de Direito e a Justiça de Transição em sociedades em conflito ou pós-conflito. Relatório do Secretário Geral S/2004/616. In: Revista Anistia Política e Justiça de Transição, Brasília, n.1, p.320-351, jan.-jun. 2009. p.325).

PINTO, Simone Martins Rodrigues. *Memória, Verdade e Responsabilização*. Brasília. Editora UNB. 2012.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. São Paulo. Ed. Saraiva. 2012.





DIREITOS HUMANOS E POLÍTICAS PÚBLICAS

Maria Aparecida Assunção¹

INTRODUÇÃO

Os direitos humanos são um conjunto de leis, vantagens e prerrogativas que devem ser reconhecidos como essência pelo ser humano para que este possa ter uma vida digna, ou seja, não ser inferior ou superior aos outros seres humanos porque é de diferente raça, sexo, etnia, religião etc. Os direitos humanos são importantes para que viver em sociedade não se torne um caos, e importantes para a manutenção da paz.

217

A Declaração Universal dos Direitos Humanos foi uma inspiração e orientação para o crescimento da sociedade internacional, com o principal objetivo de torná-la num Estado, e fazer também com que os seres humanos fossem iguais e livres. E pela primeira vez, princípios fundamentais sistemáticos da conduta humana foram livremente aceitos pela maioria dos habitantes do planeta².

Políticas públicas é a prestação de serviços que visem garantir a realização dos objetivos fundamentais do Estado, privilegiando a dignidade da pessoa humana, que incluem a proteção dos direitos fundamentais, juntamente com condições mínimas de existência. Denota um modo de agir do Estado nas funções de coordenação e fiscalização de agentes públicos e privados para a realização de certos fins. Fins estes ligados aos direitos sociais.

¹ Mestre em Administração pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professora e Coordenadora do Curso de Secretariado da Faculdade.

² BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*, p. 5.



Dallari Bucci³ define políticas públicas como sendo “programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados”. Políticas públicas são “metas coletivas conscientes” e, como tais, problema de direito público, em sentido lato.”

Há que se fazer uma distinção entre política pública e política de governo⁴, uma vez que, enquanto esta guarda profunda relação com um mandato eletivo, aquela, no mais das vezes, pode atravessar vários mandatos. Deve-se reconhecer, por outro lado, que o cenário político brasileiro demonstra ser comum a confusão entre estas duas categorias.

No Brasil, infelizmente, a cada eleição, principalmente quando ocorre alternância de partidos, grande parte das políticas públicas fomentadas pela gestão que deixa o poder é abandonada pela gestão que o assume.

1. DIREITOS FUNDAMENTAIS OU DIREITOS HUMANOS

A luta contra o poder absoluto dos soberanos e o reconhecimento de direitos naturais inerentes ao homem – isso sem deixar de mencionar “a agitação política em torno das ideias de Locke, Rousseau, os enciclopedistas, os liberais que conquistaram a independência americana”⁵ – constituíram os elementos essenciais que vieram a desenvolver as ideias concretizadas na Declaração de Virgínia de 1777 e na Declaração de Direitos do Homem, proclamadas pela Revolução Francesa em 1789.

Com o avanço do liberalismo político e econômico no início do século XX, após a Primeira Guerra Mundial, o mundo assistiu à deterioração do quadro social. Século marcado por convulsões bélicas, crises econômicas, mudanças sociais e culturais e progresso técnico sem precedentes (mas não sem contradições), o século XX é a era das ideologias e das revoluções. [...] É, portanto, um século em que o Direito público sofre poderosíssimos embates e em que a fase liberal do Estado constitucional vai seguir-se a uma fase social”⁶.

³ BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*, p. 241.

⁴ BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*, p. 241.

⁵ CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *Princípios gerais de direito público*, p. 194.

⁶ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*, p. 88.



Conforme Dallari Bucci⁷, os direitos fundamentais variam de acordo com a Constituição de cada país. Serão, portanto, considerados direitos fundamentais, aqueles que a Constituição de cada nação designá-los como tais.

Direitos fundamentais são os direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional, portanto difere-se do termo direitos humanos com o qual é bastante confundido na medida em que este se aplica aos direitos reconhecidos e positivados na esfera do Direito Internacional, por meio de tratados, convenções que aspiram a atividade universal a todos os tempos e povos. Esses direitos advêm da própria natureza humana, daí seu caráter inviolável, intemporal e universal.

As expressões “direitos do homem” e “direitos fundamentais” são utilizadas como sinônimas e Canotilho as entende como: “poderíamos distingui-las da seguinte maneira: direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos; direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espaço-temporalmente.” Prosseguindo seu entendimento, “os direitos do homem arrancariam da própria natureza humana e daí o seu caráter inviolável, intemporal e universal; os direitos fundamentais seriam os direitos objetivamente vigentes numa ordem jurídica concreta”⁸.

Este mesmo autor considera os direitos fundamentais a “raiz antropológica” essencial da legitimidade da Constituição e do poder político: “esta dimensão de universalidade e de intersubjetividade reconduz-nos sempre a uma referência – os direitos do homem⁹”. São direitos constitucionalmente positivados, direta ou indiretamente, consistentes em normas de fundamental importância ao convívio social assim reconhecidas pelo constituinte, as quais aspiram à igualdade e à universalidade.

Torrens (2004)¹⁰ afirma que a importância da designação está na característica de sua eficácia no mundo dos fatos. Dessa forma, o grau de concretização dependerá da ordem socioeconômica vigen-

⁷ BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

⁸ CANOTILHO. José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*, p. 359.

⁹ Idem. *Fundamentos da constituição*, p. 198.

¹⁰ TORRENS, Haradja Leite. *Hermenêutica jurídica e paradigma interpretativo – Perspectiva e fundamentos de aplicação da teoria integrativa de Ronald Dworkin em face da ordem jurídica brasileira*. Rio de Janeiro: Letral legal, p.72.



Maria Aparecida Assunção

te em cada país, ou seja, a concretização dos direitos fundamentais ocorrerá onde a situação econômica permite alcançar os parâmetros jurídicos.

Segundo Krell, os direitos fundamentais sociais “não são direitos contra o Estado, mas sim direitos através do Estado, exigindo do poder público certas prestações materiais”¹¹. Silva afirma que estes,

[...] como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitem melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao aferimento de igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade.¹²

Acerca do surgimento dos direitos fundamentais, Alexandre de Moraes¹³ afirma:

“[...] surgiram como produto da fusão de várias fontes, desde tradições arraigadas nas diversas civilizações, até a conjugação dos pensamentos filosóficos-jurídicos, das idéias surgidas com o cristianismo e com o direito natural”.

Do ensinamento acima transcrito, conclui-se que a teoria dos direitos fundamentais é o resultado de uma lenta e profunda transformação das instituições políticas e das concepções jurídicas.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos pode ser considerada como a maior prova existente de consenso entre os seres humanos, pelo menos é o que defendia o nobre filósofo e jurista italiano¹⁴.

¹¹ KRELL, Andreas J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha*: os (des) caminhos de um direito constitucional comparado, p. 19.

¹² SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, p. 276-277

¹³ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*, p. 178

¹⁴ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*, p.10.



No entanto, a nova divisão social (entre classe proprietária e proletária), afirmada, paradoxalmente, sob o manto protetor da igualdade de direitos individuais, trazia graves inquietações. Tanto assim que, ainda em 1847, alertava Alexis de Tocqueville: “a Revolução Francesa, que aboliu todos os privilégios e destruiu os direitos exclusivos, deixou, todavia, subsistir um, o da propriedade [...] Dentro em pouco, é entre os que têm posses e os que não têm, que se estabelecerá a luta política; o grande campo de batalha será a propriedade, e as principais questões da política passarão pelas modificações mais ou menos profundas a trazer ao direito de propriedade¹⁵ “

A Constituição Federal Brasileira de 1988 relata em seu Título II, os direitos e garantias fundamentais subdivididos em cinco capítulos: Dos direitos e deveres individuais e coletivos, Dos direitos sociais. Dos direitos individuais e coletivos: esses são os direitos ligados ao conceito da pessoa humana e a sua personalidade, tais como a vida, a igualdade, a dignidade, a honra, a segurança, a propriedade e a liberdade. Da nacionalidade compreende-se a situação do indivíduo em face do Estado, podendo ser nacional ou estrangeiro, este direito é também garantido pela Declaração Universal dos direitos humanos. Os direitos sociais são aqueles que têm por objetivo garantir aos indivíduos as condições materiais tidas como imprescindíveis para o pleno gozo dos seus direitos, por isso tendem a exigir do Estado intervenções na ordem social.

Os direitos humanos fundamentais, dentre eles os direitos e garantias individuais e coletivos consagrados no art. 5º da Constituição Federal, não podem ser utilizados como um verdadeiro escudo protetivo da prática de atividades ilícitas, tampouco como argumentos para o afastamento ou diminuição da responsabilidade civil ou penal por atos criminosos, sob pena de total consagração ao desrespeito a um verdadeiro Estado de Direito¹⁶.

No Brasil, particularmente, os Direitos Fundamentais Sociais à educação e à saúde não são apenas normas programáticas, pois já estão regulamentados através dos artigos 205 e 196 da Constituição Federal. Onde o direito à educação é dever do Estado e da família e o direito à saúde “é direito de todos e dever do Estado”, nada

¹⁵ TOCQUEVILLE, Alexis de. Souvenirs, apud BENEVIDES, Maria Vitoria. *A questão social no Brasil* - os direitos econômicos e sociais como direitos fundamentais, p.13.

¹⁶ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*, p.181.

impedindo que as políticas públicas sejam realizadas através da parceria com a sociedade civil, gerenciadas pelo Estado¹⁷.

A eficácia social reduzida dos Direitos Fundamentais Sociais não se deve à falta de leis ordinárias; o problema maior é a não prestação real dos serviços sociais básicos pelo Poder Público. [...] O problema certamente está na formulação, implementação e manutenção das respectivas *políticas públicas* e na composição dos gastos nos orçamentos da União, dos estados e dos municípios¹⁸.

Bobbio diz que “Do ponto de vista teórico, sempre defendi – e continuo a defender, fortalecido por novos argumentos - que 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 todas¹⁹”.

Noberto Bobbio conceitua os direitos do homem como “aqueles que pertencem, ou deveriam pertencer, a todos os homens, ou dos quais nenhum homem pode ser despojado. São aqueles cujo reconhecimento é condição necessária para o aperfeiçoamento da pessoa humana, ou para o desenvolvimento da civilização²⁰”.

Os direitos humanos são um conjunto de regras pelas quais o Estado e todos os cidadãos a ele pertencentes devem respeitar e obedecer. Portanto, é falar tanto quando nos referimos a direitos dos cidadãos, como quando nos referimos a direitos humanos, com a premissa de que associamos direitos humanos à ideia central de democracia e às ideias básicas envolvidas no tema mais amplo da educação. Os Direitos Humanos são universais e naturais. Por isso são chamados de direitos naturais, porque dizem respeito à dignidade da natureza humana. São naturais, também, porque existem antes de qualquer lei, e não precisam estar especificados numa lei, para serem exigidos, reconhecidos, protegidos e promovidos.

A defesa e a promoção dos direitos humanos, de uma certa maneira, já estão incorporadas à vida política. Já se incorporaram no elenco de valores de um povo, de uma nação. Mas, pelo contrário, é justamente nos países que mais violam os direitos humanos,

¹⁷ KRELL, Andreas J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des) caminhos de um direito constitucional comparado*, p. 33-34.

¹⁸ KRELL, Andreas J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des) caminhos de um direito constitucional comparado*, p.31-32.

¹⁹ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*, p. 5.

²⁰ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*, p.6.



nas sociedades que são mais marcadas pela discriminação, pelo preconceito e pelas mais variadas formas de racismo e intolerância, que a ideia de direitos humanos permanece ambígua e deturpada. Portanto, hoje, é extremamente importante situar direitos humanos no seu lugar.

A defesa dos direitos humanos passou a ser associada à defesa dos criminosos comuns que, quando são denunciados e recebem penas, pertencem, em sua maioria, às classes populares. Então, a questão deixou de ter o mesmo interesse para segmentos da classe média que incluía familiares e amigos daqueles presos do tempo da ditadura. E aí vemos como já se explica uma parte da ambiguidade que cerca a ideia de direitos humanos no Brasil, porque depois da defesa dos direitos daqueles perseguidos pelo regime militar se estabeleceria, uma diferenciação profunda e cruel entre ricos e pobres, entre intelectuais e iletrados, entre a classe média e a classe alta, de um lado, e as classes populares de outro, incluindo-se aí, certamente, grande parte da população negra. É evidente que existem exceções, pessoas e grupos que continuaram a lutar pela defesa dos direitos de todos, do preso político ao delinquente comum. Mas também é evidente que, se até no meio mais “progressista” essa distinção vigorou, o que dizer da incompreensão ou hostilidade dos meios mais conservadores²¹.

O termo “Direitos Humanos” permanece prejudicado pela manipulação da opinião pública, no sentido de associar direitos humanos com a criminalidade, caracterizando-se assim uma deturpação. Não se pode ter uma ideia ingênua, pois sabemos que há interesses poderosos por trás dessa associação deturpada. Somos uma sociedade profundamente marcada pelas desigualdades sociais de toda sorte, e além disso, somos a sociedade que tem a maior distância entre os extremos, a base e o topo da pirâmide sócio-econômica. As classes populares são geralmente vistas como “classes perigosas”²².

2. DIREITOS DE PRIMEIRA GERAÇÃO

Os direitos de primeira geração ou dimensão referem-se às liberdades negativas clássicas, que enfatizam o princípio da liberda-

²¹ BENEVIDES, Maria Victoria. *Cidadania e Direitos Humanos*, p.3.

²² BUCCI, Maria Paula Dallari. *Buscando um conceito de políticas públicas para a concretização dos direitos humanos*, p.12.



de, configurando os direitos civis e políticos. Surgiram nos finais do século XVIII e representavam uma resposta do Estado liberal ao Absolutista, dominando o século XIX, e corresponderam à fase inaugural do constitucionalismo no Ocidente. Foram frutos das revoluções liberais francesas e norte-americanas, nas quais a burguesia reivindicava o respeito às liberdades individuais, com a consequente limitação dos poderes absolutos do Estado. Oponíveis, sobretudo, ao Estado, são direitos de resistência que destacam a nítida separação entre o Estado e a sociedade. Exigem do ente estatal, precipuamente, uma abstenção e não uma prestação, possuindo assim um caráter negativo, tendo como titular o indivíduo.

Esses direitos dizem respeito às liberdades individuais, ou os chamados direitos civis. Surgiram com a necessidade de proteger o homem do poder estatal, a partir dos ideais advindos do Iluminismo dos séculos XVII e XVIII, mais particularmente com as concepções das constituições escritas.

A primeira geração de direitos viu-se igualmente complementada historicamente pelo legado do socialismo, cabe dizer, pelas reivindicações dos desprivilegiados a um direito de participar do “bem-estar social”, entendido como os bens que os homens, através de um processo coletivo, vão acumulando no tempo. É por essa razão que os assim chamados direitos de segunda geração, previstos pelo *welfare state*, são direitos de crédito do indivíduo em relação à coletividade. Tais direitos – como o direito ao trabalho, à saúde, à educação – têm como sujeito passivo o Estado porque, na interação entre governantes e governados, foi a coletividade que assumiu a responsabilidade de atendê-los [...] Daí a complementaridade, na perspectiva *ex parte populi*, entre os direitos de primeira e segunda geração, pois estes últimos buscam assegurar as condições para o pleno exercício dos primeiros, eliminando ou atenuando os impedimentos ao pleno uso das capacidades humanas²³.

Segundo Dallari Bucci²⁴, os direitos de primeira geração consistem em direitos que se realizariam pelo exercício de liberdade, como o de expressão, associação e manifestação do pensamento, cuja efetividade requer a segurança de que nenhuma instituição irá perturbar o seu gozo.

²³ LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt.*, p. 127.

²⁴ BUCCI Maria Paula Dallari. *Buscando um conceito de políticas públicas para a concretização dos direitos humanos.*, p.7



3. DIREITOS DE SEGUNDA GERAÇÃO

Os direitos de segunda geração ou dimensão relacionam-se com as liberdades positivas, reais ou concretas, assegurando o princípio da igualdade material entre o ser humano. A Revolução Industrial foi o grande marco dos direitos de segunda geração, a partir do século XIX, implicando a luta do proletariado e a defesa dos direitos sociais (essenciais básicos: alimentação, saúde, educação etc.). O início do século XX é marcado pela Primeira Grande Guerra e pela fixação de direitos sociais. Isso fica evidenciado, dentre outros documentos, pela Constituição de Weimar, de 1919 (Alemanha), e pelo Tratado de Versalhes, 1919 (OIT).

A segunda geração dos direitos fundamentais, conhecida como a dos direitos sociais, econômicos e culturais, surgida das lutas no mundo do trabalho durante o século XIX e início do XX, como os de direito a melhores condições no trabalho, direito à educação, à saúde, à habitação etc., reclama do Estado uma ação que possa proporcionar condições mínimas de vida com dignidade. Sempre buscando diminuir as desigualdades sociais, notadamente proporcionando proteção aos mais fracos. As lutas dos socialistas e da social-democracia, que desembocaram no Estado de Bem-Estar Social.²⁵ Afirmar, ainda, que esses direitos foram criados para garantir os de primeira geração, mostrando como poderia um indivíduo ter direito à livre manifestação de pensamento (direito de primeira geração) sem ter acesso à educação (direito de segunda geração).

Importante mencionar que os direitos de segunda geração não negam, tampouco excluem os direitos de primeira geração, mas a estes se somam²⁶.

Paulo Bonavides²⁷, ao fazer referência aos direitos de segunda geração afirmou que

[...] são os direitos sociais, culturais e econômicos bem como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas de Estado social, depois que germinaram por obra da ideologia e da reflexão antiliberal

²⁵ BUCCI, Maria Paula Dallari. *Buscando um conceito de políticas públicas para a concretização dos direitos humanos*, p. 14

²⁶ FERREIRA, Manoel Gonçalves Filho. *Curso de direito constitucional*, p. 41.

²⁷ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito constitucional*, p. 518.



deste século. Nasceram abraçados ao princípio da igualdade, do qual não se podem separar, pois fazê-lo equivaleria a desmembrá-los da razão de ser que os ampara e estimula.

Seguindo os mesmos caminhos traçados pelo contexto acima relacionado, ressalta Ingo Wolfgang Sarlet²⁸

[...] os direitos de segunda dimensão podem ser considerados uma densificação do princípio da justiça social, além de corresponderem a reivindicações das classes menos favorecidas, de modo especial da classe operária, a título de compensação, em virtude da extrema desigualdade que caracterizava (e, de certa forma, ainda caracteriza) as relações com a classe empregadora, notadamente detentora de um maior ou menor grau de poder econômico.

O direito de segunda geração, ao invés de se negar ao Estado uma atuação, exige-se dele que preste políticas públicas, tratando-se, portanto de direitos positivos, impondo ao Estado uma obrigação de fazer, correspondendo aos direitos a trabalho, saúde, educação, habitação, previdência social, assistência social, entre outros

4. DIREITOS DE TERCEIRA GERAÇÃO

As mudanças ocorridas na economia de mercado (globalização), aliadas à crise do Estado intervencionista, provocaram o surgimento da chamada “terceira geração” de direitos, cujo titular não são os indivíduos, como nos momentos anteriores, mas grupos humanos. Tomam corpo os direitos da família, da etnia, danoção e direitos da própria humanidade. Ai se encontram a autodeterminação dos povos, o direito à paz, a um ambiente preservado, ao desenvolvimento social e econômico, à proteção da família, ao reconhecimento de grupos étnicos, o respeito aos idosos, a tutela de crianças e de consumidores etc. Pode-se identificar, ainda, alguns direitos coletivos relativos a bens comuns escassos, como a água, por exemplo. Constituem os chamados direitos coletivos. Nesse rol, acabam sendo incluídos, sem distinção rigorosa, os direitos difusos e individuais homogêneos,

²⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 50.



típicos da defesa de categorias de mercado, como os consumidores, por exemplo²⁹, sinaliza-se então, a determinação da terceira geração dos direitos humanos.

A terceira geração dos direitos humanos é a dos direitos coletivos e sem fronteira que tratam dos assuntos relacionados à defesa ecológica, ao meio ambiente, desenvolvimento, autodeterminação dos povos, à paz, patrimônio científico, cultural e tecnológico etc. Nesta geração, em 1948, foi aprovada a Declaração Universal dos Direitos Humanos pela Assembleia Geral das Nações Unidas. Pode-se notar a presença do discurso liberal³⁰.

Ao fazer referência aos direitos de terceira geração ou dimensão, Ingo Sarlet³¹ ressalta que

cuida-se, na verdade, do resultado de novas reivindicações fundamentais do ser humano, geradas, dentre outros fatores, pelo impacto tecnológico, pelo estado crônico de beligerância, bem como pelo processo de descolonização do segundo pós-guerra e suas contundentes consequências, acarretando profundos reflexos na esfera dos direitos fundamentais.

Fernanda Luiza F. de Medeiros³² aponta que

os direitos de terceira dimensão são denominados de direito de fraternidade ou de solidariedade porque têm natureza de implicação universal, sendo que os mesmos alcançam, no mínimo, uma característica de transindividualismo e, em decorrência dessa especificidade, exigem esforços e responsabilidades em escala mundial, para que sejam verdadeiramente efetivados.

²⁹ Costuma construir de modo diverso a categoria do que chama “novos direitos”. Refere-se (i) aos direitos das mulheres (aí, destaca o feminismo islâmico); (ii) do ambiente; (iii) dos estrangeiros e migrantes; (iv) dos presos; (v) o direito à água; (vi) o direito à autonomia cognitiva frente à agressão da comunicação subliminar dos grandes meios de comunicação de massa. ZOLO, Danilo. Una ‘pietra miliare’? Itália, *Rivista Diritto pubblico*, n. 3, 2001.

³⁰ BUCCI, Maria Paula Dallari. *Buscando um conceito de políticas públicas para a concretização dos direitos humanos*, p.16.

³¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 58.

³² MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de. *Meio ambiente: direito e dever fundamental*, p.74-75.



Percebe-se que essas três gerações dos direitos, de certa maneira, englobam os três ideais da Revolução Francesa: o da liberdade, o da igualdade e o da fraternidade, ou da solidariedade³³.

5. DIREITOS DE QUARTA GERAÇÃO

Atualmente, fala-se em uma quarta geração de novíssimos direitos. Entre os direitos inerentes a esse novo estágio de construção das garantias legais, estariam o patrimônio genético, a preservação dos organismos naturais, a regulação da transgenia, o livre acesso às tecnologias da informação etc. Pelo alargamento (e quase diluição) da matéria objeto de proteção, percebe-se que estamos diante de direitos que extrapolam a esfera individual, de grupos, categorias ou nações. Trata-se de direitos de dimensão planetária que se vinculam à própria sobrevivência da espécie humana³⁴.

Apesar de ainda não haver consenso na doutrina sobre qual o conteúdo dessa espécie de direito, para Norberto Bobbio, “tratam-se dos direitos relacionados à engenharia genética.”³⁵

Paulo Bonavides³⁶ também defende a existência dos direitos de quarta geração, com aspecto introduzido pela globalização política, relacionados à democracia, à informação e ao pluralismo, conforme abaixo transcrito:

A globalização política neoliberal caminha silenciosa, sem nenhuma referência de valores. [...] Há, contudo, outra globalização política, que ora se desenvolve, sobre a qual não tem jurisdição a ideologia neoliberal. Radica-se na teoria dos direitos fundamentais. A única verdadeiramente que interessa aos povos da periferia. Globalizar direitos fundamentais equivale a universalizá-los no campo institucional. [...] A globalização política na esfera da normatividade jurídica introduz os direitos de quarta geração, que, aliás, correspondem à derradeira fase de institucionalização do Estado social. É direito de quarta geração o direito à democracia, o

³³ BENEVIDES, Maria Victoria. *Cidadania e Direitos Humanos*, p.10

³⁴ MARTINS Fontes. *O Estado de Direito: história, teoria, crítica*, p. 41

³⁵ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*, p. 6.

³⁶ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, p. 571-572.



direito à informação e o direito ao pluralismo. Deles depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência. [...] os direitos da primeira geração, direitos individuais, os da segunda, direitos sociais, e os da terceira, direitos ao desenvolvimento, ao meio ambiente, à paz e à fraternidade, permanecem eficazes, são infra-estruturais, formam a pirâmide cujo ápice é o direito à democracia.

Marcelo Novelino³⁷ ressalta que

tais direitos foram introduzidos no âmbito jurídico pela globalização política, compreendem o direito à democracia, informação e pluralismo. Os direitos fundamentais de quarta dimensão compendiam o futuro da cidadania e correspondem à derradeira fase da institucionalização do Estado social sendo imprescindíveis para a realização e legitimidade da globalização política.

6. DIREITOS DE QUINTA GERAÇÃO

Já existem autores defendendo a existência dos direitos de quinta geração ou dimensão, sendo que entre eles podemos citar

o próprio Paulo Bonavides, em que o mesmo vem afirmando, nas últimas edições de seu livro, que a *Paz* seria um direito de quinta geração. Vale à pena frisar as palavras de Raquel Honesko³⁸, quando ressalta que:

[...] em recentes debates científicos (IX Congresso Íbero-Americano e VII Simpósio Nacional de Direito Constitucional, realizados em Curitiba/PR, em novembro de 2006,

³⁷ NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*, p. 229.

³⁸ HONESKO, Raquel Schlommer. *Discussão Histórico-Jurídica sobre as Gerações de Direitos Fundamentais: a Paz como Direito Fundamental de Quinta Geração*. In: *Direitos Fundamentais e Cidadania*, p. 195-197.

bem como II Congresso Latino-Americano de Estudos Constitucionais, realizado em Fortaleza/CE, em abril de 2008), BONAVIDES fez expressa menção à possibilidade concreta de se falar, atualmente, em uma *quinta* geração de direitos fundamentais, onde, em face dos últimos acontecimentos (como, por exemplo, o atentado terrorista de “11 de Setembro”, em solo norte-americano), exsurgiria legítimo falar de um *direito à paz*. Embora em sua doutrina esse direito tenha sido alojado na esfera dos direitos de terceira dimensão, o ilustre jurista, frente ao insistente rumor de guerra que assola a humanidade, decidiu dar lugar de destaque à *paz* no âmbito da proteção dos direitos fundamentais.

José Adércio Leite Sampaio³⁹, quando referencia os direitos de quinta geração ou dimensão como:

o sistema de direitos ainda a incorporar os anseios e necessidades humanas que se apresentam com o tempo, há quem fale já de uma quinta geração dos direitos humanos com múltiplas interpretações. Tehrarian (1997 a e b) diz sobre “direitos ainda a serem desenvolvidos e articulados”, mas que tratam do cuidado, compaixão e amor por todas as formas de vida, reconhecendo-se que a segurança humana não pode ser plenamente realizada se não começarmos a ver o indivíduo como parte do cosmos e carente de sentimentos de amor e cuidado, todas definidas como prévias condições de “segurança ontológica” para usar a expressão de Laing (1969). Para Marzouki (2003), tais direitos seriam direitos oriundos de respostas à dominação biofísica que impõe uma visão única do predicado “animal” do homem, conduzindo os “clássicos” direitos econômicos, culturais e sociais a todas as formas físicas e plásticas, de modo a impedir a tirania do estereótipo de beleza e medidas que acaba por conduzir a formas de preconceitos

³⁹ SAMPAIO, José Adércio Leite. *A constituição reinventada pela jurisdição constitucional*, p. 302.



com raças ou padrões reputados inferiores ou fisicamente imperfeitos. Essa visão de complementaridade é encontrada também em Lebech (2000), todavia em relação ao direito à vida sob os desafios das novas tecnologias, derivando então um direito à identidade individual, ao patrimônio genético e à proteção contra o abuso de técnicas de clonagem.

Essa sucessão histórica de direitos, pelo menos, até a terceira geração, faz todo sentido para os países de primeiro mundo ou para os países do centro do poder, como lembra Bauman⁴⁰. Para a periferia, a questão se coloca de outra forma. No Brasil, não tivemos uma “revolução burguesa”. As nossas classes proprietárias não lutaram em defesa de liberdades civis e políticas que lhes tivessem sendo negadas. Também nunca tivemos uma revolução proletária. A implantação de nossos direitos sociais se deu em tempos de subjugo dos direitos individuais e políticos, no período de construção do Estado de Providência. O Estado Social, economicamente forte e interventor, ditava o que era socialmente importante para a sociedade civil. Em nosso país, a consciência da dignidade humana na liberdade, na igualdade e na solidariedade nasceu no século XX. Sempre vivemos a supremacia dos direitos políticos sobre os direitos sociais e individuais, ou a preponderância do Estado sobre a sociedade. O Estado, nas realidades periféricas, manteve, como ironiza Boaventura Santos, uma relação virtuosa com o mercado (de elemento coadjuvante e impulsionador da economia) e uma relação deturpada e viciosa com a sociedade (de controle e atendimento seletivo das reivindicações)⁴¹. No Brasil, a efetivação dos direitos econômicos e sociais ainda se mantém como meta para a redução de desigualdades sociais e regionais e para o pleno respeito à pessoa humana. Portanto, ao contrário dos países europeus e da América do Norte, no Brasil, os direitos econômicos e sociais constituem condição essencial para a realização das liberdades. Ainda nos compete lutar pela consolidação de direitos individuais, sociais, coletivos e humanitários. As quatro gerações de direitos, a despeito dos avanços que já experimentamos, colocam-se diante de nós como objetivos a estabilizar.

⁴⁰ BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as conseqüências humanas*, p.12.

⁴¹ SANTOS, Boaventura de Sousa. *A Reinvenção Solidária e Participativa do Estado*, p.25.



Segundo Diógenes Júnior⁴², a divisão acima, detalhada das gerações ou dimensões dos direitos fundamentais, trata-se de um método meramente acadêmico, uma vez que os direitos dos seres humanos não devem ser divididos em gerações ou dimensões estanques, retratando apenas a valorização de determinados direitos em momentos históricos distintos.

Sofremos um processo de negação dos direitos sociais arduamente conquistados, na medida em que prospera entre nós a defesa de um “Estado mínimo”, que reduz a cidadania às liberdades civis e políticas, mantendo, em contrapartida, a fartura de poucos contra a carência de muitos. O Brasil ainda ocupa um desconfortável 69º lugar nos indicadores sociais do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), numa lista de 177 países⁴³.

7. POLÍTICA PÚBLICA

Quanto à definição do que seja política pública, Vallès esclarece que política não é uma atividade realizada de forma gratuita e estéril, ao acaso, mas uma atividade que objetiva produzir resultados, uma vez que suas resoluções, quer por meio de ações, quer de omissões, são genericamente vinculantes, ou, em outras palavras, suas decisões ou não-decisões atingem, diretamente ou indiretamente, à totalidade da comunidade política.⁴⁴ Nas palavras do autor:

[...] un conjunto interrelacionado de decisiones y no decisiones, que tienen como foco un área determinada de conflicto o tensión social. Se trata de decisiones adoptadas formalmente en el marco de las instituciones públicas – lo cual les confiere la capacidad de obligar –, pero que han sido percibidas de un proceso de elaboración en el cual han participado una pluralidad de actores públicos y privados⁴⁵.

Da análise desse conceito, pode-se observar que as políticas públicas possuem a qualidade de obrigar seus destinatários, quer seja positivamente, quer seja negativamente. São imposições que se

⁴² DIÓGENES JÚNIOR, José Eliaci Nogueira. *Gerações ou dimensões dos direitos fundamentais?*. In: Âmbito Jurídico. [Acesso em out 2013].

⁴³ Dados do Relatório de Desenvolvimento Humano (RDH-2006), do PNUD. Disponível em: http://www.pnud.org.br/arquivos/rdh/rdh2006/rdh2006_IDH.pdf Acesso em: dez./2006.

⁴⁴ VALLÈS, Josep M. Las políticas públicas. In: *Ciencia política: una introducción*, p. 377.

⁴⁵ VALLÈS, Josep M. Las políticas públicas. In: *Ciencia política: una introducción*, p. 377.





aplicam à comunidade, com base na legitimidade política dos que as decidem. Deve-se observar também que nem sempre a coerção paira diretamente sobre a coletividade, mas em determinados casos, manifesta-se indiretamente, razão pela qual as políticas públicas são classificadas. Na concepção de Azevedo, em três tipos: redistributivas, distributivas e regulatórias⁴⁶. Já Vallès as classifica em quatro tipos: regulatórias, redistributivas, distributivas e institucionais⁴⁷.

Mais importante que saber classificar as políticas públicas, é necessário saber implementá-las. A implementação ocorre no campo operacional do direito e o responsável por isso é o Poder Público, através do Poder Executivo que é o responsável por executar as normas legislativas sobre direitos sociais. “Ele cria as próprias políticas e os programas necessários para a realização dos ordenamentos legais”⁴⁸. Onde o Poder Público for omissivo, ocorre o descumprimento da lei e poderá ser atacado através do mandado de segurança.⁴⁹

O Estado brasileiro possui algumas políticas públicas⁵⁰ voltadas à realização de seus preceitos legislativos, mas estas devem sempre serem destinadas à consecução do bem comum e da dignidade da pessoa humana. “A essência de qualquer política pública é distinguir e diferenciar, realizando a distribuição dos recursos disponíveis na sociedade.”⁵¹

A efetivação das políticas públicas encontrou limites na “reserva do possível”, na medida em que ao Estado cumpre a responsabilidade pela justiça social, dentro de suas limitações e reservas orçamentárias. Os fatores que aportam a exigibilidade dos direitos sociais são a “reserva do possível” e o “mínimo existencial”. Canotilho defende a ideia de que, a efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais está dentro de uma “reserva do possível” e aponta a sua dependência aos recursos econômicos⁵².

⁴⁶ AZEVEDO, Sérgio de. Políticas Públicas: discutindo modelos e alguns problemas de implementação. In: SANTOS JR., Orlando A. (Org.). *Políticas públicas e gestão local*, p. 38.

⁴⁷ VALLÈS, Josep M. Las políticas públicas. In: *Ciencia política: una introducción*, p. 377.

⁴⁸ KRELL, Andreas J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des) caminhos de um direito constitucional comparado*, p. 99.

⁴⁹ Idem, *Ibidem*, p. 32.

⁵⁰ Citam-se como exemplos as políticas públicas: industrial, energética, ambiental, da saúde, educacional e habitacional.

⁵¹ KRELL, Andreas J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des) caminhos de um direito constitucional comparado*, p. 201.

⁵² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. p. 463.



A questão da escassez de recursos como limite para o reconhecimento, pelo Estado, do direito às prestações sempre desafiou os operadores do direito no que diz respeito à eficácia e à efetividade dos direitos sociais. Diante disso, o Magistrado faz o exame da necessidade ou não de interposição legislativa para o reconhecimento de direitos subjetivos sociais e da definição das condições em que isso seria possível. O tema também passa por uma análise do papel do Poder Judiciário no que diz respeito às possibilidades do Magistrado tutelar tais pretensões. Ou estaria ele limitado ao controle do discurso em face da separação dos poderes, já que diante da “reserva do possível” negar-se-ia a competência dos juízes (não legitimados pelo voto) a dispor sobre medidas de políticas sociais que exigem gastos orçamentários⁵³.

Os direitos sociais estariam, portanto, “refêns” de opções de política econômica do aparato estatal, eis que a “reserva do possível” traduz-se em uma chancela orçamentária. Diante da inoperatividade do legislativo, a via judiciária apresenta-se como forma de diálogo entre o cidadão e o Estado, com o objetivo de concretização da democracia. Mas isso somente será possível quando houver o rompimento da tese que paira sobre os países subdesenvolvidos de um direito constitucional de baixa eficácia e com a falácia da “reserva do possível”, esta última, segundo Krell, fruto da “transferência de teorias jurídicas, que foram desenvolvidas em países ‘centrais’ do chamado Primeiro Mundo com base em realidades culturais, históricas e, acima de tudo, sócio-econômicas completamente diferentes”⁵⁴.

No Brasil, como em outros países periféricos, é justamente a questão a analisar é quem possui a legitimidade para definir o que seja “o possível” na área das prestações sociais básicas face à composição distorcida dos orçamentos federativos. Os problemas de exclusão social no Brasil de hoje se apresentam numa intensidade tão grave que não podem ser comparados à situação social dos países-membros da união Européia⁵⁵.

⁵³ BIGOLIN, Giovanni. *A reserva do possível como limite à eficácia e efetividade dos direitos sociais*, p.25.

⁵⁴ KRELL, Andreas J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha*: os (des) caminhos de um direito constitucional comparado, p.51

⁵⁵ KRELL, Andreas J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha*: os (des) caminhos de um direito constitucional comparado, p. 53.



8. EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS ECONÔMICOS SOCIAIS E CULTURAIS

A discussão em torno da efetividade dos direitos sociais prestacionais não poderá escapar da análise dos elementos e condições financeiras do Estado para que se atenda aos preceitos fundamentais da Constituição Federal. Porém, a escassez de recursos orçamentários jamais poderá se tornar óbice à garantia das condições mínimas de existência humana, sob pena de sacrifício do princípio basilar do constitucionalismo moderno, qual seja, o princípio da dignidade da pessoa humana.⁵⁶ A garantia do “mínimo existencial” acaba por constituir o padrão mínimo da efetivação dos direitos sociais de prestação, pois, sem o mínimo necessário à existência, cessa a possibilidade de sobrevivência do indivíduo e, com ela, as condições de liberdade.

A questão social se insere no contexto da luta pelo reconhecimento dos direitos sociais e das políticas públicas correspondentes, considerando-se também o avanço das organizações sociais e dos movimentos que reivindicam cidadania social.

O maior problema dos direitos humanos é, portanto, a sua não efetividade, pois sua defesa dependerá sempre da institucionalização de um sistema de poder, de uma posição de poder na sociedade. O objeto dos direitos econômicos e sociais são as políticas públicas ou programas de ação governamental, que visam a suprimir carências sociais. Os titulares desses direitos são os grupos carentes ou despossuídos – como sujeitos coletivos ou individuais homogêneos⁵⁷.

⁵⁶ A dignidade humana, atualmente definida como um princípio informador do Direito, desempenha um papel de extrema importância na vida econômica e social dos indivíduos. Sabendo que a finalidade do Direito e do Estado é de servir e resguardar o Homem, o princípio da dignidade da pessoa humana se torna um meio de alcançar o bem-estar social e proteger o indivíduo da ação nociva de seus semelhantes, de si mesmo e do próprio Estado. A dignidade da pessoa humana constitui elemento basilar de qualquer instrumento jurídico democrático, fundindo-se com os próprios conceitos de liberdade e igualdade que embasaram o surgimento dos direitos fundamentais. Sem a garantia e a implementação da dignidade humana, não há que se falar em liberdade e igualdade. Por outro lado, também não existem liberdade e igualdade efetivas quando não se observa o mínimo necessário para a garantia da dignidade humana. Nelson Rosenvald entende que a dignidade da pessoa humana “é simultaneamente valor e princípio, pois constitui elemento decisivo para a atuação de intérpretes e aplicadores da Constituição no Estado Democrático de Direito”. ROSENVALD, Nelson. *Dignidade Humana e Boa-fé no Código Civil*, p. 08.

⁵⁷ Dados do Relatório de Desenvolvimento Humano (RDH-2006), do PNUD, p.17.



O problema se evidencia quando são levados em conta os efeitos perversos da globalização (com o desmonte do Estado de Bem-Estar). Os excluídos da terra que conseguiram se afirmar como trabalhadores pela garantia das prestações sociais do Estado nacional, tudo perdem: já não têm propriedade e são despojados dos direitos econômicos e sociais, engrossando a fila de miseráveis dos novos tempos.

A realização dos direitos humanos econômicos, sociais e culturais, reconhecida a dificuldade de sua efetivação, induz, num primeiro momento, às seguintes indagações⁵⁸: em que espaços é exercida a reivindicação de direitos? A partir de que relações sociais? Frente a quais instituições? Em relação a que demandas? Tudo vai depender, em maior ou menor grau, da adoção de algumas medidas importantes de efetivação. Jayme Benvenuto Lima Júnior aponta três caminhos⁵⁹:

(i) o caminho legal, pela elaboração legislativa ou pela justiciabilidade. Significa a previsão legal específica e a implementação de instrumentos processuais e eficazes para o exercício dos direitos humanos. São justiciáveis grande parte dos direitos trabalhistas, também o direito à educação, o acesso às instituições educacionais públicas, à saúde etc. Há propostas, para além dos remédios conhecidos como o mandado de segurança, o habeas corpus, a ação civil pública, criação de novos mecanismos como, por exemplo, a Ação de Cumprimento de Compromisso Social contra o administrador público;

(ii) o caminho das políticas públicas sociais. Esta via não deve ser exclusivamente restrita ao Estado, embora seja o seu principal executor, mas abrange também as organizações não governamentais e as empresas. Tem-se aqui uma clara vinculação entre o primeiro setor (Estado), o segundo setor (mercado) e o terceiro setor (sociedade civil). Por esse caminho concorrem a desburocratização, a diminuição de custos e a potencialização positiva dos resultados, além da participação popular (lembrar, por exemplo, a Ação da Cidadania contra a fome e a miséria, pela vida, do Betinho; a Habitat para a Humanidade, fundada nos EUA e que, no Brasil, já construiu mais de 1.500 casas, em regime de múltiplas parcerias;

⁵⁸ JELIN, Elizabeth. *Construir a cidadania: uma visão desde baixo*. pp. 39-57.

⁵⁹ LIMA Júnior, Jayme Benvenuto. *Os Direitos Humanos Econômicos, Sociais e Culturais*, pp. 114 ss.



a Emergency, concebida pelo italiano Gino Strada, uma associação humanitária para a cura e reabilitação das vítimas da guerra, atuando nos locais dos conflitos bélicos etc.). Uma política pública importante assumida pelo Estado brasileiro foi a chamada ação afirmativa, ou as discriminações positivas, de caráter especial e temporal, para promover o aumento da presença de minorias étnicas na educação, no emprego e em outras esferas da vida pública e para recompor desigualdades histórica e culturalmente arraigadas, estimulando a tolerância social. Ações afirmativas importantes assistem grupos vulneráveis e expostos à discriminação social, especialmente relacionadas à questão do gênero (orientação sexual), da etnia, da idade, da condição física etc.;

(iii) o terceiro caminho é o do monitoramento de metas progressivas: espaços privilegiados da democracia participativa, como a ação das comissões e dos conselhos de direitos humanos, os sindicatos etc. As ONGs também se inserem aqui, em parte. A experiência não governamental do Observatório da Cidadania, para monitorar a implementação de plataformas das conferências da ONU, analisa, por exemplo, a relação pobreza e crescimento. É uma ação importante, que se fortalece a partir de relatórios da sociedade civil.

A cidadania democrática pressupõe a igualdade diante da lei, a igualdade da participação política e a igualdade de condições socioeconômicas básicas, para garantir a dignidade humana. Esta terceira igualdade exige uma meta a ser alcançada, não só por meio deles, mas pela correta implementação de políticas públicas e de programas de ação do Estado. É aqui que se afirma, como necessidade imperiosa, a organização popular para a legítima pressão sobre os poderes públicos. A cidadania ativa pode ser exercida de diversas maneiras, nas associações de base e movimentos sociais, em processos decisórios na esfera pública, como os conselhos de base, o orçamento participativo, a iniciativa legislativa, consultas populares etc.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os direitos fundamentais começam a adentrar nas relações entre particulares através da sua irradiação e também orientados



pela constitucionalização do direito privado⁶⁰. Com isso todos temos a perder, pois conforme Fernández-Largo, os direitos fundamentais sociais são direitos “*a satisfacer las necesidades básicas de toda persona.*”⁶¹ E garantir as necessidades básicas do cidadão é dever do Estado e direito do cidadão, razão pela qual a sociedade necessitava de uma atitude ativa do Estado para proporcionar um ambiente de justiça social e garantir o “mínimo existencial”.

Conforme destaca Vitória Benevidas⁶², para além de uma ação efetiva dos poderes públicos e da pressão popular, um tipo de mudança cultural, no sentido de provocar o que está mais enraizado nas mentalidades marcadas por preconceitos, por discriminação, pela não aceitação dos direitos de todos, pela não aceitação da diferença. Trata-se, portanto, de uma mudança cultural especialmente importante no Brasil que viveu longo período de escravidão e de violação sistemática do respeito à dignidade humana; de políticas oligárquicas, coronelistas e patrimoniais; de um sistema de ensino autoritário e elitista, voltado mais para a moral privada do que para a ética pública.

A participação cidadã em entidades da sociedade civil não significa a diminuição do papel do Estado. Dos poderes públicos devem ser cobradas novas propostas de cidadania social, como os programas de renda mínima, de bolsa-escola, de banco do povo, de polícia comunitária, de saúde pública, de política agrária etc. O Estado continua sendo o grande responsável pelo desenvolvimento nacional com a garantia efetiva dos direitos dos cidadãos.

Ancorado nos Direitos Fundamentais, cuja finalidade principal é o respeito, com proteção ao poder estatal e as condições mínimas de vida e de desenvolvimento do ser humano e consciente que existe diferença em cada cultura, o melhor a se fazer é compreendê-las, afim de que possamos viver em harmonia em uma sociedade justa e o mais possível igualitária em direitos.

Entende-se a garantia dos direitos sociais primariamente cabe ao Estado, embora a vinculação das entidades privadas encontre apoio no princípio constitucional da solidariedade que é dotado de força jurídica e influência a interpretação de todo o sistema constitucional. Dessa forma, não há maiores dificuldades no reconhecimento da

⁶⁰ MOREIRA, Eduardo Ribeiro. *Obtenção dos direitos fundamentais nas relações entre particulares*, p. 226.

⁶¹ FERNÁNDEZ-LARGO, Antonio Osuna. *Los derechos humanos: ámbitos y desarrollo.*, p. 186.

⁶² BENEVIDES, Maria. *Vitória. Cidadania e Direitos Humanos*, p.4.



vinculação direta dos particulares à dimensão defensiva dos direitos sociais, quando estes não adotam comportamentos lesivos aos bens jurídicos de terceiros, tutelados pelos direitos sociais. Cabe, assim, ao Poder Público o ônus de arcar com esses direitos e aos particulares com os tributos para financiar o Estado⁶³.

Aceitar-se que os direitos sociais deixam de ser efetivados tão simplesmente porque inexistente orçamento suficiente para sua implementação se estaria afirmando categoricamente que o custo impede a realização do programa constitucional de uma sociedade plural, fraternal, solidária, comprometida com a cidadania, com a promoção do desenvolvimento nacional e a erradicação das desigualdades regionais e sociais.

BIBLIOGRAFIA

BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as conseqüências humanas*. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

BENEVIDES, Maria Vitoria. A questão social no Brasil - os direitos econômicos e sociais como direitos fundamentais. Disponível em: <http://www.hottopos.com/vdletras3/vitoria.htm>. Acesso em: dez./2006.

_____, Maria Vitoria, *Cidadania e Direitos Humanos*. Disponível em: www.iea.usp.br/artigos.

BIGOLIN, Giovanni. A reserva do possível como limite à eficácia e efetividade dos direitos sociais. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br/indices/geral0001.htm>. Acesso em: 30 de outubro de 2007.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. Editora Campus. Rio de Janeiro, 1992.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 19ª Edição, São Paulo : Editora Malheiros, 2006.

⁶³ SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*, p.376-377.



BUCCI, Maria Paula Dallari. Direito administrativo e políticas públicas. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____, Maria P. Dallari. Buscando um conceito de políticas públicas para a concretização dos direitos humanos. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/textos/PoliticPublicas/MariaDallari.htm>. Acesso em: 18 de maio de 2006.

_____, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico. Maria Paula Dallari Bucci (organizadora). São Paulo: Saraiva, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Portugal: Almedina, s/d.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Fundamentos da constituição. 6. ed., Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

CAVALCANTI, Themistocles Brandão. Princípios gerais de direito público. 2. ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1964.

CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA de 1988.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. Disponível na Biblioteca Virtual de Direitos Humanos da Universidade de São Paulo: www.direitoshumanos.usp.br.

DIÓGENES Júnior, José Eliaci Nogueira. Gerações ou dimensões dos direitos fundamentais?. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 100, maio 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11750>. Acesso em out 2013.

FERNÁNDEZ-LARGO, Antonio Osuna. *Los derechos humanos: ámbitos y desarrollo*. Madrid: Editorial San Esteban, 2002.



FERREIRA, Manoel GonçalvesFilho. Curso de direito constitucional. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____.Direitos humanos fundamentais. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

HONESKO, Raquel Schlommer. Discussão Histórico-Jurídica sobre as Gerações de Direitos Fundamentais: a Paz como Direito Fundamental de Quinta Geração. In Direitos Fundamentais e Cidadania. FACHIN, Zulmar (coordenador). São Paulo : Método, 2008.

JELIN, Elizabeth. Construir a cidadania: uma visão desde baixo. São Paulo,Lua Nova, n. 33, 1994.

KRELL, Andreas J. Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional comparado. Sergio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre.

LAFER, Celso. A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. 6. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

LIMA JÚNIOR, Jayme Benvenuto. Os Direitos Humanos Econômicos, Sociais eCulturais. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de. Meio ambiente: direito e dever fundamental. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

MIRANDA, Jorge. Manual de direito constitucional. t. IV. 3. ed. Rio de Janeiro: Coimbra Editora, 2000.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. São Paulo: Atlas. 2006.

_____.Os 10 anos da Constituição Federal. São Paulo: Atlas, 1999.





Maria Aparecida Assunção

PNUD. Dados do Relatório de Desenvolvimento Humano (RDH-2006), do. Disponível em:http://www.pnud.org.br/arquivos/rdh/rdh2006/rdh2006_IDH.pdf Acesso em: dez./2006.

MARSHALL, Thomas H. Citizenship and Social Class, apud ZOLO, Danilo. Teoria e Crítica do Estado de Direito, in: Zolo, D. e Costa, P. O Estado de Direito: história, teoria, crítica. Tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MARTINS Fontes. O Estado de Direito: história, teoria, crítica, São Paulo: Martins Fontes, 2006.

NOVELINO, Marcelo. Direito Constitucional. 2.ed. Rev. Atual. e ampliada. São Paulo: Método, 2008.

SANTOS, Boaventura de Sousa. A Reinvenção Solidária e Participativa do Estado. Coimbra, Oficina do Centro de Estudos Sociais, n. 134, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1998. 6 ed. Porto Alegre: livraria do advogado, 2008.

242

_____. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1998. 6 ed. Porto Alegre: livraria do advogado, 2008.

_____, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. 8ª Edição, Porto Alegre : Livraria do Advogado Ed., 2007.

SAMPAIO, José Adércio Leite. A constituição reinventada pela jurisdição constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SARMENTO, Daniel. Direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

SILVA, José Afonso da. Garantias econômicas, políticas e jurídicas da eficácia dos Direitos Sociais. Disponível na Internet: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 27 de junho de 2007.





Maria Aparecida Assunção

RELATÓRIO DE DESENVOLVIMENTO HUMANO (RDH-2006), do PNUD. Disponível em: http://www.pnud.org.br/arquivos/rdh/rdh2006/rdh2006_IDH.pdf Acesso em: dez./2006.

TOCQUEVILLE, Alexis de. Souvenirs, apud BENEVIDES, Maria Vitoria. A questão social no Brasil - os direitos econômicos e sociais como direitos fundamentais. Disponível em: <http://www.hottopos.com/vdletras3/vitoria.htm> Acesso em: dez./2006.

TORRENS, Haradja Leite. Hermeneutica jurídica e paradigma interpretativo – Perspectiva e fundamentos de aplicação da teoria integrativa de Ronald Dworkin em face da ordem jurídica brasileira. Rio de Janeiro: Letral legal, 2004.

VALLÈS, Josep M. Las políticas públicas. In: *Ciencia política: una introducción*. Barcelona: Ariel, 2002.

ZOLO, Danilo. Una 'pietra miliare'? Itália, *Rivista Diritto pubblico*, n. 3, 2001.





O DUMPING SOCIAL NAS RELAÇÕES DE EMPREGO: COMO PROTEGER O DIREITO FUNDAMENTAL AO TRABALHO DIGNO¹

Letícia Pessanha Tunholi²
Dulce Teresinha Barros Mendes de Moraes³

INTRODUÇÃO

O presente trabalho se propôs a realizar uma pesquisa bibliográfica sobre a origem do termo *dumping* e sua difusão como prática de concorrência desleal, em que empresas se inserem no mercado internacional com largas produções e preços bem inferiores aos praticados por empresas locais. Buscou-se demonstrar o nascimento do chamado *dumping* social, efeito do *dumping*, que afeta a ordem social, violando direitos fundamentais dos trabalhadores dessas empresas que praticam a concorrência desleal, uma vez que recebem baixíssimos salários e trabalham jornadas exaustivas, tudo em prol do aumento da competitividade comercial e incremento

245

¹ Artigo Científico apresentado à Coordenação do Núcleo de Estudos Aprofundados e Pesquisa Jurídica (NEAPJUR) do curso de Bacharelado em Direito da Faculdade Processus, como parte integrante dos trabalhos elaborados pelo grupo de Iniciação Científica, sob a coordenação da Prof. Dra. Dulce Teresinha Barros Mendes de Moraes.

² Bacharel em Direito, ex-aluna e pesquisadora do Núcleo de Pesquisa Jurídica da Faculdade PROCESSUS; servidora do Tribunal Superior do Trabalho desde 2012. Licenciada em Língua Portuguesa como Segunda Língua, pela Universidade de Brasília. E-mail: leticia.tunholi@tst.jus.br.

³ Doutora em Direito Público, pela Universidade Federal de Pernambuco; Mestre em Economia, pela Universidade de Brasília; Pós-Graduada Lato Sensu em Direito Processual Civil e Direito do Trabalho, pelo CEUB/CESAPE; Graduada em Direito, pela Universidade de Brasília; Letras - Licenciatura em Língua Portuguesa e respectiva Literatura, pela Universidade de Brasília; e Administração, pela Universidade de Brasília. E-mail: dulcemorais@globo.com.



Letícia Pessanha Tunholi

Dulce Teresinha Barros Mendes de Moraes

nos lucros empresariais. Fez-se, ainda, um levantamento dos meios adotados pelo Poder público para tentar coibir a prática do *dumping* social e punir as empresas que insistem em adotar tal prática.

Quanto à sua natureza, a pesquisa contemplou uma avaliação qualitativa das informações obtidas, o que, para Oliveira,⁴ facilita descrever a complexidade de problemas e hipóteses, bem como analisar a interação entre variáveis. Ademais, para a consecução dos objetivos propostos, pretendeu-se realizar uma pesquisa exploratória. As pesquisas exploratórias, segundo Gil,⁵ proporcionam uma visão geral de um determinado fato, do tipo aproximativo. Para Gil, é um tipo de estudo que visa a fornecer ao pesquisador um maior conhecimento acerca do assunto, a fim de que esse possa formular problemas mais precisos ou criar hipóteses que possam ser pesquisadas por estudos posteriores⁶.

Essencialmente, realizou-se uma revisão bibliográfica com base em levantamento bibliográfico e documental, bem como uma pesquisa empírica, com a análise dos aspectos específicos do fenômeno do *dumping* social e suas decorrências. As fontes e instrumentos utilizados para a pesquisa foram a consulta às referências bibliográfica e documental sobre o tema, o acompanhamento do PL nº 1615/2011, em trâmite na Câmara dos Deputados, bem como as opiniões pessoais dos deputados Carlos Bezerra e Roberto Santiago, autor e relator do citado projeto, e do Ministro do TST José Roberto Freire Pimenta, como aplicador da Lei que está para ingressar no ordenamento jurídico brasileiro, obtidas por meio de entrevista e da análise da exposição de motivos do referido Projeto de Lei.

1. DUMPING: ORIGEM E SUA IMPLICAÇÃO NA ESFERA TRABALHISTA

O *dumping* tem sua origem no direito comercial, quando empresas exportadoras vendem seus produtos por valores abaixo do que os praticados pelas empresas do país importador, praticando, assim, a chamada concorrência desleal. Dessa prática decorrem vários efeitos negativos, violadores de direitos sociais individuais

⁴ OLIVEIRA, Maria Marly de. *Como fazer projetos, relatórios, monografias, dissertações e teses*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 59.

⁵ GIL, Antonio Carlos. *Como elaborar projetos de pesquisa*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 43.

⁶ *Op. Cit.*, p. 43.



e coletivos, como o abuso de direito, em função da extrapolação de limites econômicos e sociais, vantagem indevida, ante a concorrência desleal, e ato ilícito, em relação às agressões individualmente consideradas.

Uma das extensões dessa prática ocorre no âmbito do direito do trabalho: é o *dumping* social, quando a empresa, visando a altas produções e lucro, transgride, deliberada, consciente e reiteradamente, os direitos fundamentais sociais dos trabalhadores, provocando graves danos aos envolvidos. Verifica-se, portanto, que no Direito Trabalhista o conceito é bem similar ao adotado no Direito Comercial: as empresas buscam eliminar a concorrência à custa dos direitos básicos dos empregados. Logo, o *dumping* social evidencia-se na conduta de alguns empregadores que, de forma consciente e reiterada, violam os direitos dos trabalhadores, com o objetivo de conseguir vantagens comerciais e financeiras, mediante o aumento da competitividade desleal no mercado, em razão do baixo custo da produção de bens e prestação de serviços.

Essa prática fraudulenta acaba por favorecer, financeiramente, as empresas que não observam a legislação trabalhista em detrimento daquelas que cumprem as regras impostas pelo ordenamento jurídico. O Enunciado nº 4 da 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho⁷ conceituou o *dumping* social da seguinte forma:

O *dumping* social constitui agressões inescusáveis e reincidentes aos direitos trabalhistas, que geram um dano à sociedade, haja vista que essa prática desconsidera a estrutura do Estado Social e do próprio sistema capitalista, com a obtenção de vantagem indevida perante a concorrência.

Sobre as extensões dos efeitos do *dumping*, assim se manifestou o magistrado do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região, Rossifran Trindade Souza⁸:

⁷ TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Enunciados aprovados na 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho. Brasília: TST, 2007. Disponível em: <<http://www.nucleotrabalhistacalvet.com.br/novidades/1jornadadedireiro.pdf>> Acesso em: 30 abr 2013.

⁸ SOUZA, Rossifran Trindade. Direitos fundamentais e dumping social. In: COUTINHO, Grijalbo Fernandes, PAVAN, João Almicar Silva e Souza, JARDIM, Leôncio Mário Jardim Neto (Coord.). *Direito Constitucional do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2012, p. 400-401.



O termo, originariamente restrito ao campo comercial, foi apropriado por outras áreas do direito, porém sempre partindo de idênticas premissas: redução de preços pelo emprego de artifícios desleais para obter vantagens perante concorrentes. (...) E o *dumping* social, que se refere tanto à produção de bens em países com uma baixa proteção social aos trabalhadores, para comercialização em países desenvolvidos, onde os direitos humanos são observados, quanto pela inobservância das normas trabalhistas pelas empresas instaladas em locais onde o direito do trabalho é amplo, com o propósito de reduzir o custo de produção e, conseqüentemente, o preço ofertado no mercado.

A empresa inadimplente com as obrigações trabalhistas contribui ainda mais para a prática da concorrência desleal, pois gasta menos e produz mais, situação que possibilita a prática de preços mais atrativos. Infelizmente, essa conduta acaba estimulando a burla ao cumprimento efetivo das normas trabalhistas, atraindo novos empregadores para a prática do *dumping*. Isso acaba gerando um círculo vicioso de desrespeito aos direitos fundamentais sociais, constitucionalmente garantidos, tornando cada vez mais difícil a repressão e punição dessas empresas. Dentre as práticas que podem configurar o *dumping* social, podem ser citados o descumprimento de jornada de trabalho, a terceirização ilícita e a inobservância de normas de segurança e medicina do trabalho.

A falta de legislação sobre a matéria, o seu desconhecimento pela classe trabalhadora e as decisões judiciais díspares se revelam um grande problema, causando a sensação de impunidade. Além disso, asseverou Jorge Luiz Souto Maior⁹ que, como várias vezes as lesões não geram repercussão econômica muito grande, os trabalhadores lesados não se sentem estimulados a buscarem amparo judicial. Em outros casos, o desestímulo vem do receio de perder o emprego e entrar para uma lista negra dos empregadores, o que o deixaria permanentemente desempregado. Nessa linha de raciocínio, assim opinou Jorge Luiz Souto Maior¹⁰:

⁹ MAIOR, Jorge Luiz Souto. O dano social e sua reparação. São Paulo: *Revista LTr: Legislação do Trabalho*, 2007, ano 11, v. 71, p. 1320. Disponível em: <http://www.nucleotrabalhistacalvet.com.br/artigos/O%20Dano%20e%20sua%20Repara%C3%A7%C3%A3o%20-%20Jorge%20Luiz%20Souto%20Maior.pdf>, p. 7. Acesso em: 10 mar 2014.

¹⁰ *Op. Cit.*, p. 1320.



Letícia Pessanha Tunholi
Dulce Teresinha Barros Mendes de Moraes

O aparato judiciário não será nunca suficiente para dar vazão às inúmeras demandas em que se busca, meramente, a recomposição da ordem jurídica na perspectiva individual, o que representa um desestímulo para o acesso à Justiça e um incentivo ao descumprimento da ordem jurídica.

Portanto, é evidente a necessidade de uma atuação mais preventiva, educativa e repressiva do Poder Público, a começar pelo Legislativo, por intermédio da criação de leis, não apenas como objetivo de punir, mas, também, para levar ao conhecimento da sociedade que o *dumping* social existe e deve ser evitado e combatido.

O respeito e a observância aos direitos fundamentais dispostos na Constituição Federal não podem ser suprimidos frente a interesses pautados por um capitalismo desleal. Assim, seguindo as palavras de Norberto Bobbio¹¹, não basta apenas enunciar os direitos; é preciso, sobretudo, protegê-los e concretizá-los.

Como o *dumping* social ainda é um fenômeno pouco difundido entre a classe trabalhadora, a constatação dessa prática ilícita acaba ocorrendo tardiamente, já no curso da reclamação trabalhista, muitas vezes identificado pelo próprio julgador, o qual, atualmente, não pode agir de ofício e condenar a empresa a reparar os danos causados. Diante desse quadro, muitas empresas praticantes do *dumping* social se livram da punição, algumas até continuam a praticar atos lesivos aos direitos de seus empregados.

249

2 O COMBATE AO DUMPING SOCIAL PELO PODER PÚBLICO

2.1 Projeto de Lei nº 1615/2011

Não restam dúvidas de que a prática do *dumping* social fere não só os direitos individuais dos trabalhadores envolvidos, mas também da sociedade de modo geral. O Enunciado nº 4 da 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho, ocorrido em 2007 no TST, dispõe que essa violação reincidente e inescusável aos direitos trabalhistas gera dano coletivo, já que, com tal prática,

¹¹ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. 8ª Ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 37.



Leticia Pessanha Tunholi
Dulce Teresinha Barros Mendes de Moraes

desconsidera-se, propositalmente, “a estrutura do Estado social e do próprio modelo capitalista com a obtenção de vantagem indevida perante a concorrência”.

Empresas que praticam o *dumping* são consideradas fraudadoras e causam danos não apenas aos seus empregados, mas também a empregadores que cumprem com seus deveres trabalhistas, pois eles acabam sofrendo perdas decorrentes da concorrência desleal. Com a constatação da prática ilícita, e do dano, surge o dever de reparar os ofendidos.

No entanto, o combate ao *dumping* e a punição dos envolvidos são extremamente difíceis, ante a baixa propagação da matéria e a ausência de legislação específica a guiar a sociedade como um todo, bem como os aplicadores das leis. Há a necessidade de se difundir a matéria e criar legislação apta a coibir a prática e punir os empregadores que insistirem em desrespeitar direitos dos empregados com o fim de crescimento econômico desleal.

A realidade atual mostra que, a despeito de ser uma prática bastante comum, o *dumping* acaba por se manter no bojo das relações comerciais e trabalhistas. Com isso, faz cada vez mais vítimas e pune cada vez menos.

250

As decisões judiciais que enfrentaram a configuração da prática do *dumping* social se mostram bastante divergentes quanto a sua efetiva comprovação. Alguns julgadores entendem que a condenação pode ocorrer de ofício ante a ocorrência de agressões reincidentes e inescusáveis caracterizadoras da prática do *dumping* social, a exemplo do jurista Jorge Luiz Souto Maior, do TRT da 15ª Região. Outros, porém, como o ministro Ives Gandra, do TST, posicionam-se no sentido de ser imprescindível, além do pedido da parte na sua petição inicial, a demonstração cumulativa da reincidência sistemática das práticas: o intuito de obter vantagem com a concorrência desleal mediante violação a direitos trabalhistas, bem como o dolo específico de prejudicar a concorrência.

Mona Hamad Leôncio¹² assim se posicionou acerca dos julgados envolvendo a prática do *dumping*:

No que tange especificamente à indenização, pode-se dizer que, para a mensuração dos

¹² LEÔNCIO, Mona Hamad. *Breves considerações sobre a indenização pela prática de dumping social*. Disponível em <http://jus.com.br/artigos/26043/breves-consideracoes-sobre-a-indenizacao-pela-pratica-de-dumping-social>, p. 4. Acesso em 10 dez 2013.





Leticia Pessanha Tunholi
Dulce Teresinha Barros Mendes de Moraes

valores, tendem a ser considerados diversos critérios, tais como a reincidência, a gravidade do ilícito e o porte econômico da empresa. Muitos julgados chamam a atenção, no entanto, para certa desproporcionalidade na fixação dos valores, não raramente reformada nas instâncias superiores.

Foi diante dessa realidade que o Deputado Carlos Bezerra, do PMDB do Mato Grosso, apresentou, em junho de 2011, Projeto de Lei dispondo sobre o *dumping* social. O projeto é o de nº 1615/2011 e atualmente se encontra na Câmara dos Deputados, na CTASP – Comissão de Trabalho, de Administração e Serviço Público.

Uma das justificativas para a apresentação do projeto foi a de obter a segurança jurídica, uma vez que o cenário atual é marcado por entendimentos jurisprudenciais e doutrinários divergentes. A respeito, o Deputado Bezerra¹³ assim se manifestou:

Em face da dinâmica da vida em sociedade, a atividade legislativa, por si só, não consegue dar respostas adequadas, no tempo apropriado, a todas as demandas sociais.

Deste modo, é comum a jurisprudência tomar a dianteira e, por meio de interpretação da legislação em vigor, chegar a criar novos institutos jurídicos que só posteriormente virão a ser regulados, de forma detalhada, pela edição de uma lei sobre a matéria.

[...]

É fácil verificar que esse caminho, embora comum e indispensável, em alguns casos, provoca graves transtornos na vida social, situação que só se acalma após a edição de lei dispondo de forma clara sobre o tema litigioso.

Nosso projeto propõe justamente regular, por lei, um tema que já vem provocando discussões as mais díspares no âmbito da Justiça do Trabalho: trata-se do fenômeno que passou a ser conhecido como *dumping* social.

¹³ PROJETO DE LEI nº 1615/2011. Dispõe sobre o *dumping* social. Proposta: Deputado Carlos Bezerra. Relator: Deputado Roberto Santiago. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=509413>> Acesso em 30 abr. 2013.



Leticia Pessanha Tunholi
Dulce Teresinha Barros Mendes de Moraes

O desembargador José Augusto Rodrigues Pinto¹⁴, em crítica às decisões judiciais sobre a matéria, assim apontou:

É notório que as sentenças que estão sendo proferidas na trilha doutrinária não distinguem a altura piramidal da figura do *dumping* da dimensão rasteira da inadimplência contratual como fonte de lucro ilícito.

De fato, o que se verifica atualmente é o grande número de processos que envolvem a prática do *dumping* social sendo analisados e julgados de maneira dispar pelos magistrados trabalhistas. Diante dessa situação, o Deputado Bezerra entendeu que deixar a regulação do assunto por conta da jurisprudência é temerário, uma vez que, “como se sabe, até que se encontre um consenso, se move por interpretações judiciais conflitantes”.

Exemplos disso são diversas absolvições em função da falta de iniciativa da parte autora na hora de postular os pedidos na sua petição inicial. Com efeito, os artigos 128 e 460 do Código de Processo Civil preconizam que o juiz deve decidir nos limites em que foi proposta a ação, sendo-lhe vedado conhecer de questões que a lei exija a iniciativa da parte, proferir sentença em favor do autor de natureza diversa da pedida ou condenar o réu em quantidade superior ou em objetivo diverso do que foi demandado.

Assim, mesmo havendo a prática do *dumping* social, se o ofendido não pleiteia indenização na petição inicial, alguns julgadores não condenam a empresa ofensora a reparar o dano, mesmo identificando a prática no decorrer do processo. Não obstante, há muitos que defendem a possibilidade de o juiz atuar de ofício. Verifica-se a existência de casos em que o julgador, apesar de inexistir pedido, condenou a empresa que reiteradamente praticou atos configuradores do *dumping* social. Mona Hamad Leôncio¹⁵ assim se posicionou acerca da atuação de ofício do magistrado:

Para muitos defensores da tese, a possibilidade de o juiz atuar de ofício encontra respaldo na

¹⁴ PINTO, José Augusto Rodrigues. *Dumping Social ou delinquência patronal na relação de emprego?* In: *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, vol. 77, nº 4, jul/set 2011, p. 145. Disponível em: <<http://www.editorajc.com.br/2014/02/dumping-social-delinquencia-patronal-relacao-emprego/>> p. 6. Acesso em: 10 mar 2014.

¹⁵ LEÔNCIO, Mona Hamad. *Breves considerações sobre a indenização pela prática de dumping social*, p. 4. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/26043/breves-consideracoes-sobre-a-indenizacao-pela-pratica-de-dumping-social>. Acesso em: 10 dez 2013.



ordem jurídica brasileira, com base em uma leitura sistemática. Para tanto, pautam-se nas disposições dos arts. 81 e 83 do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), segundo as quais a tutela dos interesses e direitos de consumidores e vítimas poderia até mesmo ser exercida individualmente, sendo admitidas todas as ações capazes de promovê-la adequada e efetivamente.

Compulsando decisões judiciais, nota-se que a corrente que defende a condenação por *dumping* de ofício ainda é minoritária. Para ilustrar, em recente julgamento no TST envolvendo indenização por *dumping* social, o relator do feito, ministro Ives Gandra Martins Filho, da Sétima Turma, reformou decisão do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região (RS), pela qual se determinou o pagamento de indenização por *dumping* social, mesmo não havendo pedido do trabalhador na petição inicial.

O ministro explicou que, apesar de haver expressa previsão legal de reparação dos danos patrimoniais e extrapatrimoniais causados a qualquer interesse difuso ou coletivo, o Código de Processo Civil determina a vinculação do juiz aos pedidos do autor. Portanto, o julgador deve decidir a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe proibido conhecer de questões não suscitadas pela parte.

Outro não foi o entendimento do ministro¹⁶ Walmir Oliveira da Costa, relator de recente julgado pela 1ª Turma do TST. O TRT da 4ª Região (RS) havia mantido a condenação da empresa do ramo de bebidas ao pagamento de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) pela utilização de mão-de-obra ilícitamente contratada. No entanto, na inicial não havia qualquer pedido de indenização por *dumping* social. A decisão foi de ofício, após a análise dos fatos e provas demonstrarem a prática ao longo dos anos.

O Ministro Walmir reformou a decisão das instâncias inferiores com os mesmos fundamentos adotados pelo Ministro Ives Gandra. Ele afirmou que, de fato, a atividade jurisdicional não pode aceitar práticas abusivas de empresas que contratam mão de obra precária, desrespeitando as garantias trabalhistas com o intuito de

¹⁶ TUNHOLI, Leticia Pessanha. *Dumping social* - indenização deve ser requerida pelo ofendido, p. 1. Disponível em: http://www.tst.jus.br/noticias/-/asset_publisher/89Dk/content/dumping-social-indenizacao-deve-ser-requerida-pelo-ofendido. Acesso em: 10 mar 2013.



Leticia Pessanha Tunholi

Dulce Teresinha Barros Mendes de Moraes

umentar seus lucros. No entanto, para que haja condenação pela prática de *dumping* social deve ser observado o procedimento legal cabível, assegurando o contraditório e a ampla defesa em todas as fases processuais.

Assim, diante de tantos julgamentos divergentes, que acabam por absolver as empresas violadoras de direitos trabalhistas básicos, a criação da “Lei do *dumping* social” revela-se extremamente necessária para guiar os julgadores na árdua missão de julgar e punir, bem como para coibir essa prática reiterada. O Projeto de Lei nº 1615/2011 propõe exatamente isto: a regularização do tema, o qual, como demonstrado, vem provocando grandes discussões no âmbito do Judiciário Trabalhista, em face dos diferentes caminhos trilhados pelos julgadores em situações semelhantes.

2.2 Acompanhamento do PL 1615/2011

Atualmente, o PL nº 1615/2011 está em trâmite na Câmara dos Deputados, na Comissão de Trabalho, de Administração e Serviço Público – CTASP. O Presidente da Comissão e relator do projeto, Deputado José Roberto Santiago, do PSD/SP, em março de 2013, apresentou parecer favorável à criação da Lei do *dumping* social. O Deputado alicerçou seu voto nos seguintes fundamentos¹⁷:

A prática do “*dumping* social” não gera danos apenas entre as partes diretamente envolvidas, um empregador específico e seus empregados.

Pelo contrário, trata-se de uma das práticas mais nefastas contra as leis da concorrência. Ao infringir sistematicamente a legislação trabalhista, o empregador, além de lesar seus empregados, prejudica outros empregadores que com ele concorrem e respeitam a legislação trabalhista, levando-os a prejuízos insuportáveis e à falência.

Podem ocorrer, e com frequência ocorrem, que os empregadores concorrentes se sintam na contingência de, para sobreviverem, também adotarem as mesmas práticas, vindo a

¹⁷ Parecer do relator, disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mos_trarintegra;jsessionid=5BE8739FFD0D9DE9E952223B1399B7BA.node1?codteor=1065787&filename=Parecer-CTASP-14-03-2013. Acesso em: 10 dez 2013.



generalizar o “dumping social”, transformando setores inteiros da economia numa verdadeira guerra de todos contra todos.

O projeto, ao prever severas punições para a prática do “dumping social”, merece ser aprovado.

Extraí-se do parecer do presidente da comissão que muito provavelmente a lei entrará em vigor. No entanto, pode ser que isso demore a ocorrer, em função do acúmulo de trabalho nas casas do Congresso Nacional, bem como da grande polêmica envolvendo o tema.

Enquanto a Lei não é editada, a matéria continuará sendo decidida de forma subjetiva e aleatória. Portanto, é imprescindível que os parlamentares reconheçam a importância do assunto, a fim de dar celeridade ao processo de análise, discussão e aprovação do referido PL.

2.3 A falta de legislação específica e a atuação dos julgadores

Hoje, as soluções aplicadas aos casos que envolvem a prática do *dumping* social têm como fundamento a legislação vigente, bem como o livre convencimento do magistrado. A consequência dessa realidade é a existência de decisões díspares para casos semelhantes. E um dos motivos apontados para essa problemática é a ausência de mecanismos aptos a reduzir a aderência de empregadores à prática do *dumping* social, como uma legislação específica sobre a matéria.

Em entrevista concedida pelo Ministro José Roberto Freire Pimenta, do Tribunal Superior do Trabalho,¹⁸ este explicou que o *dumping* social é um mal terrível que traz efeitos desastrosos, pois “rebaixa o patamar real dos direitos trabalhistas constitucionais e infraconstitucionais assegurados aos trabalhadores. Isso causa uma desilusão, uma desmoralização na efetividade das normas”. O Ministro afirmou que as maiores dificuldades enfrentadas hoje pelos julgadores é a falta de pedidos de reparação para as vítimas do *dumping* social. Também ressaltou que “os operadores do direito têm que pedir mais, pois o julgador não pode, hoje, sem lei, aplicar essa

¹⁸ Entrevista concedida à Leticia Pessanha Tunholi, em 08 de novembro de 2013, no turno vespertino, mediante gravação autorizada, no gabinete do Ministro do TST, Dr. José Roberto Freire Pimenta.



Leticia Pessanha Tunholi
Dulce Teresinha Barros Mendes de Moraes

indenização. Infelizmente desmoraliza a atuação jurisdicional”.

No diálogo, ele citou a proposta que o Juiz Jorge Souto Maior tem propagado, autorizando o magistrado a aplicar, de ofício, uma indenização pré-fixada, calculada com base nos ganhos da empresa violadora. “A proposta é boa, eu compartilho dela, mas a forma que ele tem adotado para fazer isso me parece que traz problemas processuais seríssimos, intransponíveis”, asseverou o Ministro José Pimenta.

Sobre o Projeto de Lei em trâmite na Câmara dos Deputados, o magistrado reconheceu a importância da sua entrada em vigor, mas ressaltou que não se trata de uma medida indispensável, tampouco emergencial. Assim se manifestou o magistrado¹⁹ acerca do PL 1615:

A falta de uma legislação específica, evidentemente, é sentida pelo Poder Judiciário, embora não seja indispensável. Não deixa de ser verdade. A jurisprudência atua no vácuo, no vazio legislativo e muitas vezes porque o próprio legislativo prefere trabalhar com conceitos vagos ou conceitos jurídicos indeterminados, na medida em que talvez, por um lado se considere difícil delimitar melhor o âmbito de incidência que esta editando, mas por outro, adotam uma postura de não arbitrar com clareza os conflitos sociais, talvez por conta da dificuldade de conseguir um consenso. E aí deixa aberta a atuação do Poder Judiciário (ativismo judicial). Somos obrigados a decidir, ou dizendo que não há direito algum, ou, ao contrário, tentando extrair dos princípios, analogia, costumes. Os juízes muitas vezes são obrigados a ocupar esse espaço político, de criar o direito.

Assim, para o Ministro, apesar da importância da Lei do *dumping* social para o ordenamento jurídico brasileiro, ela não pode ser considerada indispensável para a repressão ao *dumping* social nem para a atuação do Poder Judiciário, que há muito tempo enfrenta a existência de incontáveis lacunas legislativas, tendo que

¹⁹ Entrevista concedida à Leticia Pessanha Tunholi, em 08 de novembro de 2013, no turno vespertino, mediante gravação autorizada, no gabinete do Ministro do TST, Dr. José Roberto Freire Pimenta..





decidir de acordo com seu livre convencimento e com a legislação

vigente. O magistrado assinalou²⁰, ademais, que existem outros mecanismos igualmente importantes e eficientes para a redução do *dumping* e a conscientização de empregados e empregadores, como a via coletiva. Veja-se:

Talvez haja outros mecanismos alternativos para enfrentar essa prática deliberada e maciça dos empregadores de descumprirem deliberadamente os direitos sociais para rebaixar seus custos e criar uma situação de concorrência desleal com os empregadores que cumprem a lei. Como a adoção da via coletiva para enfrentar de maneira macro, maciça, essas estratégias empresariais de descumprimento dos direitos trabalhistas (através das ações coletivas, metaindividuais).²¹

O que se extrai da fala do Ministro José Pimenta é que a solução para o problema da prática crescente do *dumping* social nas relações trabalhistas brasileiras não está apenas na criação de uma lei específica, mas sim, em outras medidas mais amplas, como ações coletivas, encabeçadas pelos Sindicatos das categorias, que atacam o problema de forma mais ampla. O Ministro destacou, por fim, que “a solução é tratar de maneira molecular aquilo que hoje é atomizado através dos processos individuais iguais, reiterados, repetitivos, com decisões conflitantes”

Corroborando o posicionamento do Ministro Pimenta, o advogado Alan Balaban²² ressaltou a importância da presença do Ministério Público do Trabalho e dos sindicatos nas relações de trabalho. O especialista asseverou que:

²⁰ Entrevista concedida à Leticia Pessanha Tunholi, em 08 de novembro de 2013, no turno vespertino, mediante gravação autorizada, no gabinete do Ministro do TST, Dr. José Roberto Freire Pimenta.

²¹ Entrevista concedida à Leticia Pessanha Tunholi, em 08 de novembro de 2013, no turno vespertino, mediante gravação autorizada, no gabinete do Ministro do TST, Dr. José Roberto Freire Pimenta..

²² BALABAN, Alan. *Bom-senso na utilização dos meios tecnológicos no ambiente de trabalho*, p. 3. Disponível em: <<http://www.administradores.com.br/noticias/carreira/bom-senso-fundamental-para-o-uso-de-tecnologias-no-ambiente-de-trabalho/64911>>. Acesso em: 10 dez 2013.



O Ministério Público do Trabalho deve editar portarias e recomendações de como essa relação deve ser mantida. A presença dos sindicatos – dos empregados e dos empregadores – também é fundamental, onde

cláusulas em convenções e acordos coletivos devem ser elaboradas para resguardar ainda mais essa relação. (...) Assim, na omissão legal e na divergência jurisprudencial dos tribunais sobre o tema, o melhor a ser feito por todos os envolvidos no pacto laboral é utilizar o bom senso, até porque é uma premissa do contrato de trabalho a boa-fê entre as partes.

Contudo, para José Augusto Rodrigues Pinto²³, Desembargador aposentado do Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região (BA), a inexistência de um critério legal para a fixação de uma teoria consistente acerca do *dumping* social, bem como para a valoração das sanções pecuniárias é sentida pelo Poder Judiciário, que acaba desviando o direcionamento da reparação do sujeito passivo direto do dano (o trabalhador), para a sociedade, sujeito passivo indireto. Para o desembargador¹⁷, deve-se:

Nomear e conceituar, de modo juridicamente seguro, o descumprimento abusivo das obrigações da empresa na relação de emprego, distinguindo-o da figura econômica do *dumping*; justificar a construção teórica da indenização suplementar do dano que causa ao empregado esse descumprimento abusivo; e indicar critérios sensatos de quantificação do dano e direcionamento do valor quantificado para quem diretamente o sofreu e, portanto, seja credor da reparação.

Diferentemente de como pensa o ministro José Pimenta, extrai-se da fala do Desembargador José Augusto Pinto que, enquanto não houver regulamentação legal, as condenações continuarão sendo pautadas a juízo do julgador, segundo critérios variados, como a gravidade da conduta, a extensão do dano, o dolo, entre outros.

²³ PINTO, José Augusto Rodrigues. *Dumping Social ou delinquência patronal na relação de emprego?* In: *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, vol. 77, nº 4, jul/set 2011, p. 149. Disponível em: <<http://www.editorajc.com.br/2014/02/dumping-social-delinquencia-patronal-relacao-emprego/>> p. 8. Acesso em: 10 mar 2014.



CONSIDERAÇÕES FINAIS

O *dumping* social caracteriza-se pelas agressões reincidentes e inescusáveis aos direitos trabalhistas, praticadas por empregadores, que geram danos não apenas ao trabalhador, mas também à sociedade, pois, com tal prática, as estruturas do Estado social e do modelo capitalista são desconsideradas, com o intuito de se obter vantagens indevidas em face dos outros empregadores.

A aderência cada vez maior à prática do *dumping* social por diversos empregadores reflete a falta de repressão e punição efetivas por parte do Poder Público. Diante dessa ausência Estatal, a violação aos direitos trabalhistas acaba virando um bom negócio para certos empregadores, que veem nesse desrespeito uma oportunidade de se inserirem no mercado de forma desleal, obtendo vantagens indevidas e causando danos extensos.

Diante dessa realidade, o assunto começa a ser tratado com mais frequência, não apenas pelos Tribunais, mas também pela doutrina. Passa-se a discutir medidas capazes de reprimir e punir a prática e também de levá-la ao conhecimento dos envolvidos, visando a sua conscientização.

Apesar disso, a atuação do Poder Judiciário demonstra que a omissão legislativa evidencia uma lacuna imensa, responsável por decisões divergentes para situações semelhantes. A ausência de uma sistematização do conceito e da caracterização do *dumping* social e de critérios para a fixação do valor das condenações resulta em julgamentos mais díspares possíveis.

O que se vê atualmente é que, embora haja grande vontade em se difundir o problema, as decisões judiciais que enfrentaram a configuração da prática do *dumping* social são bastante divergentes, situação que aumenta a sensação de impunidade e acaba tornando a prática atrativa para certos empregadores. Diante dessa problemática, o Deputado Carlos Bezerra apresentou o PL nº 1615/2011, com o objetivo, entre outros, de formalizar o tema, a fim de evitar que ele seja regulado unicamente por meio da jurisprudência.

A luz de tudo o que foi apurado, verifica-se que a entrada em vigor do citado Projeto de Lei - a Lei do *dumping* social - poderá ajudar na repressão da prática e na punição dos empregadores praticantes.

No entanto, apenas a legislação não será capaz de frear a



prática, punir os autores e ainda orientar os envolvidos. Como ressaltado pelo Ministro José Roberto Pimenta, é necessária a adoção de medidas que ataquem o problema de forma macro, não apenas individual, priorizando, portanto, medidas coletivas, evitando, assim, a enxurrada de ações individuais.

O texto do PL 1615/11, tal como apresentado, apesar de pouco extenso, poderá reduzir a impunidade, já que autoriza o julgador a condenar, de ofício, a empresa que figurar no polo passivo de reclamação trabalhista. Mesmo que o trabalhador não peça a reparação pela prática do dumping social, se o juiz constatar que ficou demonstrada a existência de atos caracterizadores do *dumping* social poderá condenar a empresa não apenas pelo dano individual, mas também pelo dano coletivo. O projeto ainda prevê certos critérios para a valoração das sanções pecuniárias aplicadas, além de apontar os destinatários dessas indenizações, que poderão ser o trabalhador, a empresa concorrente prejudicada e a sociedade.

Apesar da previsão legal, não se verificam, no texto do PL, critérios que efetivamente orientem não apenas a quantificação da indenização, mas também se houve, ou não, práticas violadoras de direitos trabalhistas a ensejarem a condenação. Dessa forma, possivelmente, os valores das indenizações continuarão sendo arbitradas pelo magistrado de forma subjetiva. Assim, mesmo com a entrada em vigor da Lei do *dumping* social, os magistrados ainda enfrentarão a falta de critérios mais objetivos acerca da própria essência do *dumping*, da condenação cabível e do destinatário dessa reparação.

Essa crítica leva à conclusão de que ainda há muitas dúvidas e lacunas a serem aclaradas e preenchidas no campo do *dumping* social. Isso porque, muitas vezes, o magistrado não está diante de um caso de prática de *dumping*, mas, sim, de descumprimento unilateral do contrato de trabalho, não com o intuito de concorrer deslealmente, mas apenas por inadimplência para com as obrigações acordadas. Ou seja, muitas vezes, o descumprimento contratual é um fim em si mesmo.

O artigo 1º do PL 1615/11 dispõe que configura *dumping* social “a inobservância contumaz da legislação trabalhista que favoreça comercialmente a empresa perante sua concorrência”. Essa definição, apesar de ainda deixar margens para diferentes interpretações e aplicações, leva ao entendimento de que a prática do *dumping*





social deve ter como objetivo o favorecimento comercial perante a concorrência. Assim, no caso de descumprimento contratual sem esse intuito, não parece estar configurado o *dumping*.

Para alguns magistrados, como o Ministro José Pimenta, do TST, a solução para o problema não está apenas na criação de uma lei específica, mas, sim, na adoção de medidas mais amplas, como ações coletivas, encabeçadas pelos Sindicatos das categorias dos trabalhadores e empregadores, por meio de ações coletivas. Essas ações teriam como objetivo atacar o problema de forma coletiva, evitando, assim, as incontáveis ações individuais hoje existentes.

A adoção de medidas de natureza coletiva é um caminho para tentar controlar a atuação lesiva de certos empregadores. No entanto, ainda não é a solução para a sistematização da matéria, para se direcionar a atuação judiciária. Referida sistematização deve considerar a dimensão do problema, a valoração das sanções, bem como a destinação das indenizações.

Conclui-se que a regularização da matéria proposta pelo Deputado Carlos Bezerra, por meio do Projeto de Lei nº 1615/2011, solucionará prioritariamente uma problemática, que é a autorização para que o magistrado condene de ofício a prática do *dumping* social. Contudo, muitas outras lacunas continuarão, como os critérios para a efetiva configuração do *dumping*, critérios de valoração e destinação da condenação, entre outros. A matéria continuará sendo normatizada por intermédio das decisões judiciais, que certamente terão como fundamento a futura Lei do *dumping* social, mas ainda conterão alta dose de subjetividade, em função das lacunas aqui apontadas.

REFERÊNCIAS

BALABAN, Alan. Bom-senso na utilização dos meios tecnológicos no ambiente de trabalho. Disponível em: <http://www.administradores.com.br/noticias/carreira/bom-senso-fundamental-para-o-uso-de-tecnologias-no-ambiente-de-trabalho/64911/>. Acesso em: 10 dez 2013.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 8ª Ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

GIL, Antonio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**.



Leticia Pessanha Tunholi
Dulce Teresinha Barros Mendes de Moraes

4. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

LEÔNCIO, Mona Hamad. Breves considerações sobre a indenização pela prática de dumping social. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/26043/breves-consideracoes-sobre-a-indenizacao-pela-pratica-de-dumping-social>. [Acesso em: 10 dez 2013].

MAIOR, Jorge Luiz Souto. O dano social e sua reparação. *Revista LTr: Legislação do Trabalho*. São Paulo, ano 11, v. 71. 2007. Disponível em: <http://www.nucleotrabalhistacalvet.com.br/artigos/O%20Dano%20e%20sua%20Repara%C3%A7%C3%A3o%20-%20Jorge%20Luiz%20Souto%20Maior.pdf>. [Acesso em: 10 mar 2013].

OLIVEIRA, Maria Marly de. *Como fazer projetos, relatórios, monografias, dissertações e teses*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

PARECER do relator do Projeto de Lei n 1615/2011. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra.jsessionid=5BE8739FFD0D9DE9E952223B1399B7BA.node1?codteor=1065787&filename=Parecer-CTASP-14-03-2013. [Acesso em: 10 dez 2013].

PINTO, José Augusto Rodrigues. Dumping Social ou delinquência patronal na relação de emprego? *In: Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, vol. 77, nº 4, jul/set 2011. p. 136-153. Disponível em: <http://www.editorajc.com.br/2014/02/dumping-social-delinquencia-patronal-relacao-emprego/>. [Acesso em: 10 mar 2014].

PROJETO DE LEI nº 1615/2011. Dispõe sobre o dumping social. Proposta: Deputado Carlos Bezerra. Relator: Deputado Roberto Santiago. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=509413>. [Acesso em: 30 abr 2013].

SOUZA, Rossifran Trindade. Direitos fundamentais e dumping social. *In: COUTINHO, Grijalbo Fernandes, PAVAN, João Almirar Silva e Souza, JARDIM, Leônicio Mário Jardim Neto (Coord.). Direito Constitucional do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2012.



Leticia Pessanha Tunholi
Dulce Teresinha Barros Mendes de Moraes

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Enunciados aprovados na 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho. Brasília: TST, 2007. Disponível em: <http://www.nucleotrabalhistacalvet.com.br/novidades/1jornadadedireiro.pdf>. Acesso em: 30 abr 2013.

TUNHOLI, Leticia Pessanha. Dumping social - indenização deve ser requerida pelo ofendido. Disponível em: http://www.tst.jus.br/noticias/-/asset_publisher/89Dk/content/dumping-social-indenizacao-deve-ser-requerida-pelo-ofendido. Acesso em: 10 mar 2013.





O NÚCLEO ESSENCIAL DOS DIREITOS HUMANOS E A SUA APLICAÇÃO DA FÓRMULA “A INJUSTIÇA EXTREMA NÃO É DIREITO”

Juliana Zappalá Porcaro Bisol¹

O Estado Moderno, através de suas concepções absolutista e liberal, foi importante na formação da atual sociedade, pois, em decorrência dele estabeleceram-se novas formas e regimes de governo, o que muito influenciou para se chegar ao Brasil de hoje, mesmo no aspecto da segurança pública, no qual o Estado é o primeiro responsável, perante a sociedade, pelas políticas públicas vigentes, por meio de determinados órgãos, dentre os quais se destaca, neste trabalho aqui apresentado, a polícia militar.

É de se considerar a atuação da polícia militar como uma instituição que foi criada para garantir a ordem e fazer cumprir as leis vigentes, permitindo, dessa forma, que a sociedade confie na mesma e sinta-se protegida. Parte-se do pressuposto de que as organizações são como um organismo, com nascimento e crescimento e depois de várias etapas de desenvolvimento e amadurecimento, só as que são capazes de adaptar-se a este processo é que sobreviverão.

Atualmente, percebe-se que a sociedade muda, as empresas também mudam, alterando não só as suas características para sobreviver, mas transformando suas antigas organizações, juntamente com a ascensão do trabalho em equipe que aumenta a importância das tradicionais habilidades para lidar com as pessoas com a formação de vínculos, o respeito aos seus direitos, bem como a influência e a colaboração de cada um.

¹ Graduação em Direito pelo Centro Universitário do Distrito Federal (1997) e Mestrado em Direito pela Universidade Católica de Brasília (2006). Advogada. Professora do Curso de Direito da Faculdade Processus.



No caso específico da polícia militar, existe o desafio de atender à demanda de segurança pública, e, decorrente disso, os comandantes e oficiais, observando uma política pública do governo na área, deverão ser os catalisadores de mudanças, adaptabilidade e aptidões para um novo agir de todos os integrantes da instituição, sempre com respeito aos direitos humanos, conforme rege a Carta Magna de 1988 e outras regras de nível nacional e internacional.

Com base nesta grande preocupação vigente nos dias atuais, pretende-se aprofundar as questões ligadas à segurança e à preservação da ordem pública, no que compete à polícia militar, trazendo à tona alguns questionamentos que possam nortear as ações policiais no cumprimento de sua tarefa com a participação efetiva da sociedade, fazendo uma análise da abordagem policial sob a ótica dos Direitos Humanos no Brasil.

Devido ao advento da Constituição Federal de 1988, foi instituído no Brasil um presente voltado para a implementação da democracia. Nesse sentido, todas as instituições, em especial, a polícia militar, passaram a ter as suas missões e/ou competências (re)discutidas e (re)analisadas pela sociedade civil. Para as polícias militares não poderia ser diferente, em virtude da imagem que a sociedade tem da mesma por causa de sua participação no regime militar brasileiro.

Com o evoluir pelo qual o Estado brasileiro está passando nos seus mais diversos setores, a segurança é uma das necessidades básicas que a sociedade almeja, mas também quer que seus direitos humanos fundamentais sejam respeitados, pois a Carta Magna de 1988 elenca um enorme catálogo de direitos e, além disso, prevê vários outros fora dele, sendo possível registrar, inclusive, os consagrados nos tratados e convenções internacionais.

O respeito, a proteção e a promoção dos direitos humanos pelos integrantes da polícia militar deve ser a sua própria substância de ação, ou seja, a sua ação/atuação deve respeitar e fazer respeitar os direitos humanos. Por isso, diz-se que não é possível querer agregar os direitos humanos à atividade policial, sendo que isso ocorre porque ela é a própria substância de toda ação policial, por estar imbricada com a mesma.

No Estado Moderno absolutista, o poder do soberano era ilimitado e o povo obedecia cegamente, pois, na época, o Estado era indemandável pelo indivíduo, não podendo este questionar, ante um tribunal, a validade ou não dos atos daquele. O Estado era





identificado como o Estado-polícia que impunha ao povo quaisquer obrigações ou restrições.

Gordillo², ao pronunciar-se sobre o assunto, diz que: “No Estado-polícia, ao reconhecer-se no soberano um poder ilimitado quanto aos fins que poderia perseguir e quanto aos meios que poderia empregar, mal poderia desenvolver-se uma consideração científica desse poder.”

Na concepção do Estado de Direito, a concessão e a garantia de direitos aos seus cidadãos são o seu fundamento mais precioso. O estudo da teleologia do Estado indica como elemento central esta função de garantia. Esta finalidade, autenticamente estatal, de conceder e garantir direitos, todavia, com a evolução jurídico-política a que se assistiu nos últimos séculos, passou a ser desempenhada, em primeiro lugar, pela Constituição Federal, que elevada à condição de “lei das leis”, começou a sistematizar esta outorga de direitos e deveres aos cidadãos.

É exatamente esta ideia que presidiu o fundamento de legitimação do Estado, por exemplo, o de organizar a convivência social, a partir da restrição a direitos e liberdades absolutas, em favor de um interesse geral que outorgou ao Estado a prerrogativa de indicar qual é este interesse geral e, na sua proteção, exigir determinadas condutas dos indivíduos, ou mesmo, restringir o conteúdo de determinados direitos a limites que permitam o respeito à garantia deste interesse genérico, hoje chamado de interesse público.

Segundo Medauar³:

“A ideia de Estado é considerado como um elemento de ficção jurídica. Não há um “Estado” a que se possa invocar para a proteção de determinados interesses ou que aja diretamente em conformidade com o interesse público. O que existe, são órgãos do Estado e, dentre estes órgãos, aquele ao qual incumbe a tarefa de estabelecer as restrições e limites ao particular, a partir da realização de atividades concretas que observem o interesse geral e que se convencionou chamar de Administração Pública.”

² GORDILLO, Agustín. *Principios gerais de direito público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977. p. 28.

³ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 387.



É a Administração Pública que pertence o poder de interferir e limitar, em casos específicos no qual a realização da atividade pública justifica, e as leis e a Constituição Federal legitimam esta interferência.

A essas prerrogativas de interferência, no âmbito da atividade do sujeito privado, é que se denomina poder de polícia administrativo, ou simplesmente poder de polícia. Poder de polícia é considerado como a atividade da Administração que impõe limites a direitos e liberdades, pois é um tema que se insere na encruzilhada da liberdade-autoridade, Estado-indivíduo e revela-se sensível à índole do Estado e às características históricas, políticas e econômicas dos países.

Mayer⁴, no início do século XX, já havia elaborado uma definição mais abrangente de poder de polícia, em que entendia que este é a atividade do Estado que visa defender, pelos meios do poder da autoridade, a boa ordem da coisa pública contra as perturbações que as realidades individuais possam trazer”.

Embora a ideia de poder de polícia esteja consagrada no Direito Administrativo brasileiro, ela comporta algumas dificuldades de natureza conceitual, em especial no que diz com uma utilização indistinta do termo para diversos enfoques que se lhe pretenda indicar, tanto que, para Mello⁵: “Há, basicamente, dois sentidos para tal termo. Um é amplo, que consiste na atividade estatal de condicionar a liberdade e a propriedade, ajustando-as aos interesses coletivos que indicam o universo das medidas do Estado.”

Esse é o entendimento no direito norte-americano, no qual o *police power* abrange a regulação legal de direitos privados outorgados pela Constituição Federal. Nota-se que o outro ocorre em sentido estrito, mas se pode observar o poder de polícia com intervenções genéricas ou específicas do Poder Executivo, destinadas a alcançar o mesmo fim: interferir nas atividades de particulares, tendo em vista os interesses sociais.

Sendo a polícia uma atividade típica da Administração Pública em benefício do indivíduo, da coletividade e do próprio Estado, a segurança pública não pode ser dissociada por ser exercida pelos órgãos policiais, pelos elementos constitutivos do Estado e por sua razão finalística ou teleológica que é o bem comum, o respeito à vida e à dignidade da pessoa humana.

⁴ MAYER, Otto. *Derecho administrativo alemán*. Buenos Aires: De Palma, 1951. p. 5.

⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 559.



Para Cretella Jr.⁶:

“O poder de polícia, em geral, sempre existiu no Estado, qualquer que tenha sido a sua natureza e função, no que diz respeito aos fins da sociedade a ele referida, quer tenha um caráter amplo de política interna (concepção originária da polícia como governo), quer tenha sido concebido como instituição essencialmente administrativa, ou como administração jurídica ou administrativa social do Estado. A ideia de Estado é inseparável da de polícia.”

Cabe ressaltar que a expressão poder de polícia (*police power*) tem sua origem no direito norte-americano, no ano de 1827, quando por ocasião do julgamento do caso *Brown versus Maryland*, o ministro Marshall, então presidente da Corte Suprema dos Estados Unidos, utilizou-a. E, em 1834, o referido juiz, no caso *Gibbons versus Ogden*, novamente empregou os mesmos vocábulos, apesar de a expressão técnica ainda não constituir o sentido que hoje se conhece.

O poder de polícia, nos Estados Unidos, tem considerável extensão, não se limitando à segurança pessoal contra as vias de direito, nem à salubridade e à moralidade pública, mas compreende, também, os meios protetores da condição econômica e social dos indivíduos no fomento do bem-estar da comunidade e na regulamentação de sua vida econômica. Já na França e na Itália, a defesa da ordem pública, da segurança e da salubridade é considerada como objetivo preciso do poder de polícia.

Azkoul⁷ diz que:

“No Brasil, o poder de polícia mesmo sem se ter conhecimento de que era – surgiu com o Edital de 03 de janeiro de 1825, cerca de 17 anos após a criação da Intendência Geral de Polícia, quando o desembargador Antônio de Paula classificou como o primeiro estatuto policial

⁶ CRETELLA Jr., José. *Curso de direito administrativo*. 11.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992. p.a 537.

⁷ AZKOUL, Marco Antônio. *A polícia e sua função constitucional*. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998. p. 32.



brasileiro as diretrizes sobre o policiamento da cidade, direito de averiguação, inquirição, busca e apreensão de coisa e suspeitos, prisão de ladrões e salteadores, revistas aos suspeitos, fiscalização de tabernas e botequins, casas de jogos e seus frequentadores, entre outros.”

É mediante o exercício do poder de polícia que o Estado toma uma série de providências que recaem sobre os administrados, garantindo-lhes o bem-estar através do policiamento da conduta exorbitante de cada um dos componentes do grupo e percebe-se que a respeito do poder de polícia, vários juristas brasileiros manifestaram-se a respeito.

De acordo com Meirelles⁸:

“O poder de polícia é a faculdade de que dispõe a Administração Pública para condicionar e restringir o uso e gozo de bens, atividades e direitos individuais, em benefício da própria coletividade ou do próprio Estado, ou seja, é o mecanismo de frenagem de que dispõe a Administração Pública, para conter os abusos do direito individual.”

Para Cretella Jr.⁹:

“O poder de polícia informa todo o sistema de proteção que funciona, em nossos dias, nos Estados de Direito. Devendo satisfazer a tríplice objetivo, qual seja, o de assegurar a tranqüilidade, a segurança e a salubridade pública.”

A Constituição Federal de 1988 manteve na redação da Lei Federal n. 5.172, de 25 de outubro de 1966 (Código Tributário Nacional), com redação determinada pelo Ato Complementar n. 31, de 28 de dezembro de 1966, uma definição do poder de polícia,

⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. *Polícia de manutenção da ordem pública e suas atribuições*. In: LAZZARINI, Álvaro; MEIRELLES, Hely Lopes; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; CRETELLA Jr., José. *Direito administrativo da ordem pública*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. p. 110.

⁹ CRETELLA Jr., José. *Curso de direito administrativo*. 11.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992. p. 542.



conforme segue: Art. 78. Considera-se poder de polícia a atividade da Administração Pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão e autorização do Poder Público, à tranqüilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.

Por essas colocações é que o poder de polícia é um conceito jurídico atinente à adequação da rivalidade existente no binômio individual-grupal versus público-social, ou seja, é a limitação necessária de direitos daquele segmento em razão dos interesses e direitos desse outro. Enfim, é a essência característica do Estado que tem por objetivo civilizar a vida selvagem do homem, tirando-o do estado de natureza palapado por Hobbes.

Posicionando-se sobre o poder de polícia, Gasparini¹⁰ diz ser:

“A atribuição de que a Administração Pública dispõe para condicionar o uso, o gozo e a disposição da propriedade e o exercício da liberdade dos administrados no interesse público ou social. No entanto, essa atribuição não se presta para condicionar os direitos de liberdade ou de propriedade, pois as limitações, os condicionamentos e as restrições de direitos incidem sobre a liberdade e a propriedade, e não sobre os respectivos direitos.”

A polícia é a organização administrativa que tem por atribuição impor limites à liberdade na exata medida da necessidade da salvaguarda e da preservação da ordem pública. Há polícia sanitária, de posturas urbanas, aérea, marítima, ambiental, de segurança etc. Todas estas atividades administrativas atuam no difícil e exíguo espaço existente entre direitos e interesses individuais ou grupais e o interesse público-social, ou seja, o interesse senão de todos, pelo menos da maioria, o que jamais pode ser confundido com o dos governantes ou elites, em virtude do elencado no art. 1º da Carta Magna de 1988, que menciona que o Brasil “(...) constitui-se em Estado Democrático de Direito (...)”.

¹⁰ GASPARINI, Diogenes. *Direito administrativo*. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 117-118.



Para poder realizar suas atividades de polícia, com o exercício do poder de polícia, a Administração Pública possui a polícia administrativa (polícia militar) e a polícia judiciária (polícias civil e federal). A administrativa tem por missão a preservação da ordem pública em geral. Ela tende, no âmbito da segurança pública, principalmente, a prevenir os delitos e as desordens, embora algumas vezes seus agentes ajam repressivamente. A polícia judiciária é notadamente repressiva, pois sua atribuição constitucional é a investigação dos delitos que a polícia administrativa não pôde evitar que fossem cometidos, coligir as provas e entregar os autores aos tribunais incumbidos de julgá-los. O objeto da polícia administrativa é a propriedade e a liberdade, enquanto o da polícia judiciária é a pessoa. A polícia administrativa rege-se por normas administrativas, e a judiciária, por normas processuais.

Diz Lazzarini¹¹ que:

“Não é o órgão que deve qualificar a atividade de polícia como sendo de polícia judiciária ou de polícia administrativa, pois o mesmo órgão público exercerá polícia administrativa ou polícia judiciária, diante da atividade de polícia em si mesma desenvolvida.”

Quem assegura a ordem pública é a polícia, através do poder de polícia, o qual é inseparável do Estado, pois os governos passam, as sociedades morrem, a polícia é eterna. Por tais motivos, não se pode confundir a expressão “poder de polícia” com uma outra semelhante, por exemplo, o “poder da polícia”, haja vista que o primeiro é um poder administrativo que legitima a atuação do segundo, bem como a sua própria razão de existir.

A polícia tem as possibilidades de agir, em concreto, pondo em atividade todo o aparelhamento de que dispõe, e isso se deve a *potestas* que lhe é conferido pelo poder de polícia. É este que fundamenta o poder da polícia, pois sem ele as atividades estatais seriam arbitrárias e as ações policiais estariam divorciadas do Estado de Direito.

Para que o Estado, através de seus órgãos, em especial, os policiais, possa desempenhar as atividades necessárias aos

¹¹ LAZZARINI, Álvaro. *Estudos de direito administrativo*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 241.



administrados, deve procurar observar a forma como vai usar o seu poder a fim de não agir arbitrariamente, o que se passa a verificar nos dias atuais.

O Estado Moderno, desde seu surgimento, detém o monopólio da violência física legítima. Esse monopólio é no sentido de que só o Estado pode decidir quem ou quando vai usar a violência. Apesar de ter como missão básica a proteção dos direitos humanos e do patrimônio, o Estado não tem conseguido alcançar totalmente este intento. A concentração de poder nas mãos do Estado foi – e ainda é –, várias vezes, uma ameaça enorme para os cidadãos, em virtude de que os principais perpetradores dos direitos humanos são justamente os operadores do monopólio da violência física legítima do Estado. Pinheiro¹² diz que:

“O medo e a insegurança estão a pairar sobre as cabeças dos cidadãos que sofrem com a transição política, ou seja, da ditadura para a democracia. Esta ainda não está plenamente inserida na consciência do povo e, principalmente, na dos governantes, assim, há novas exigências, além da instauração do Estado de Direito e das instituições de governabilidade democrática, dos processos de consolidação que seguem as transições de realizar a democracia no cotidiano para toda a população e não apenas para as elites.”

A violência legitimada pelo universo jurídico e monopolizada pelo Estado é apropriada pelas classes populares em processo de explicitação de mecanismos coercitivos de controle social. Essa apropriação repousa sobre a institucionalização da violência que é repassada à população e, por outro, representa uma intensificação da coerção do ordenamento jurídico estatal, criando uma situação de absoluta ausência de direitos humanos. Ao desrespeito dos direitos humanos, soma-se a existência de práticas sociais à margem das garantias fundamentais.

A limitação desse direito a sua mera expressão formal leva à constituição de outras instâncias de poder que, agregando à violência

¹² PINHEIRO, Paulo Sérgio. *O papel das ONGs no contencioso dos direitos humanos*. In: *A proteção dos direitos humanos e o Brasil*. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 2000. p. 106.



legítima muitas outras formas suas, consolida a ideologia autoritária de que, sem a força bruta da repressão, não há sociabilidade, mas o que chama a atenção sobre a qualificação que a polícia recebe é que a sociedade tende a identificá-la como uma força de ocupação ou como uma forma de poder de fato, desvinculada de qualquer tipo de representação normativa.

Segundo Junqueira¹³, pode-se dizer então, que:

“A polícia é percebida como um corpo estranho no interior da localidade, totalmente independentizado da função de manutenção de uma determinada ordem ética, como se o poder de polícia tivesse se tornado poder da polícia, através da utilização pelos policiais dos seus poderes institucionais.”

Esse distanciamento em relação à polícia é produto de uma estratégia logicamente articulada do conjunto do aparelho estatal de utilização sistemática do terror como instrumento de manutenção da ordem pública em determinados locais. Nessa ótica, verifica-se que a chamada Doutrina de Segurança Nacional é uma doutrina de segurança do Estado, de segurança do poder e das classes oligárquicas que o mantêm, e que é a guardiã das violências e injustiças, a qual se utiliza de todos os meios necessários, em detrimento do cidadão, a fim de implantar o medo, a repressão indiscriminada, a barbárie e outros.

A repressão policial é bastante antiga, e, em São Paulo, principalmente, havia os Esquadrões da Morte – grupos de policiais – que ficavam impunes quando praticavam crimes. Esses policiais, geralmente, atuavam nos órgãos de repressão política durante os períodos não democráticos do Brasil. A existência desses Esquadrões da Morte, segundo Bicudo¹⁴:

“Repousou e repousa nos dias atuais na conivência dos Poderes Públicos que, de qualquer sorte, procuram dar satisfação às classes média e alta, na luta, fracassada,

¹³ JUNQUEIRA, Eliane Botelho; RODRIGUES, José Augusto de Souza. *A volta do paraíso: cidadania e violência*. In: SANTOS Jr., Belisário dos; PLASTINO, Carlos Alberto; JUNQUEIRA, Eliane Botelho. *Direitos humanos: um debate necessário*. São Paulo: Brasiliense, 1988. p. 49.

¹⁴ BICUDO, Hélio Pereira. *Direitos humanos e sua proteção*. São Paulo: FTD, 1997. p. 5.





contra a criminalidade no País. E conta com o apoio até das camadas populares, à falta de alternativas para a sua segurança.”

A problemática da segurança pública no Brasil ainda está a se qualificar pelo autoritarismo no exercício do poder que, enquanto não for quebrado ou substituído por uma autêntica ordem democrática, não abrigará perspectivas de paz e de justiça, haja vista que não se pode deixar que apenas a polícia – militar e civil – decida, seja nas delegacias ou nos quartéis, quem deve ou não ser submetido a julgamento pelo Poder Judiciário. O poder das polícias é enorme, mesmo que aparentemente não represente.

Como o alargamento do poder policial passou a atingir também as classes dominantes – o que antes nem se cogitava –, o uso da violência legítima e ilegítima, por parte do Estado, tornou-se uma preocupação da sociedade em geral, muito embora seja ainda conveniente, para muitos, continuar acreditando no mito do Estado combatendo o mal para sobrepor a ordem à desordem.

Mesmo assim, a atuação da polícia, na maioria das vezes, ainda está voltada àquelas pessoas pobres e excluídas do acesso aos direitos, as quais constituem a figura típica da violência policial, pois a repressão produzida pelo Estado está direcionada, geralmente, a essas pessoas, visto que não tem direito a ter direitos e não se admite a eles a aplicação do princípio da universalidade dos direitos humanos. De certa forma, no modo de ver das elites, essas pessoas são consideradas uma ameaça à sociedade.

A preservação da ordem pública e da segurança pública, que é colocada como missão constitucional às polícias, mostra-se ambígua, haja vista que, a Carta Magna de 1988, em seu art. 144, estabelece os princípios que devem reger a segurança pública, a tranquilidade pública e a salubridade pública. Mas, por outro lado, nota-se que a polícia ainda mantém-se operando de forma seletiva, voltando-se à repressão dos delitos tradicionalmente cometidos pelos que se encontram à margem da sociedade e também, por serem mais fáceis de conseguir a solução.

De acordo com Soares¹⁵: “O respeito à incolumidade física e moral de todas as pessoas, indistintamente, bem como os limites

¹⁵ SOARES, Luiz Eduardo. *Meu casaco de general: 500 dias no front da segurança pública do Rio de Janeiro*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. p. 30.



de atuação impostos pela legalidade, nasce como um imperativo na doutrina de respeito aos direitos humanos.”

Então, se a polícia foi concebida para a proteção da ordem jurídica e dos cidadãos – todas as pessoas –, ela tem a obrigação de apresentar os resultados de seu trabalho à comunidade a que serve, ou seja, os objetos roubados ou furtados devem ser restituídos aos donos, os autores de delitos devem ser presos e a segurança das pessoas tem que ser garantida.

Soares¹⁶ diz que:

“Essa forma de agir deve ocorrer para que não seja necessário ter de dirigir-se às pessoas pensando: o que dizer para o pai e a mãe de uma criança assassinada pela polícia? Como desculpar-se pela morte? Desculpar-se seria patético. Como reparar a indignação do insulto, que é como se deveria definir a atitude dos assassinos.”

Para que seja solucionado o problema da polícia como um repressor do Estado e violador dos direitos humanos, há que se ter um equilíbrio entre as funções do monopólio da força, por exemplo, a função implícita do social e a função explícita para todos os membros da sociedade de prestação de segurança pública, que está prevista no art. 144 da Constituição Federal de 1988, pois este equilíbrio é que garantirá um elevado grau de participação interna, através do pleno exercício da cidadania, tão almejada e ao mesmo tempo tão distante de nossa sociedade.

Atualmente, a violência policial não deve mais ser aceita e nem exigida pela sociedade como uma forma de resolver os problemas de impunidade, pois também aumentaria a crença de que o Estado, através do Poder Judiciário, é incapaz de produzir justiça.

Tendo em vista o contexto histórico do qual emergiu o discurso dos direitos humanos e a luta por sua efetivação. Disso resultou pelo menos uma certeza, ou seja, a de que os direitos humanos, tais quais hoje se conhece, são o resultado, nunca preempatório, do eterno embate entre as forças opressoras da minoria detentora do poder e dos meios de manter-se nele e as classes subjugadas

¹⁶ SOARES, Luiz Eduardo. *Meu casaco de general: 500 dias no front da segurança pública do Rio de Janeiro*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. p. 30.



em busca da utópica libertação. A batalha contra a opressão que tem sido constante ao longo da história, às vezes mais e às vezes menos acentuada, embora alterne conquistas e frustrações, teve seu momento fundamental no século XVIII, quando as declarações de direitos, em especial, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, trouxeram com elas a implementação do Estado Moderno.

Os direitos dos quais passaram-se a falar a partir daquele momento, infelizmente, não foram partilhados entre todos os que sangraram para conquistá-los, e o valor absoluto e transcendental desses direitos passou a servir de discurso ideológico, legitimador de uma nova realidade excludente. Os direitos humanos são agora a nova arma de combate e, com o passar do tempo, sempre mais comprovam que, realmente não são um dado de fato, mas um ideal a perseguir, pois não são apenas transcendentais, mas também, imanentes, pois, edificam-se ao longo da história, do por vezes ínfimo resultado positivo auferido pela resistência em sua sempiterna luta contra a opressão.

O Brasil discute hoje o seu sistema de segurança pública, mas fica claro que o Estado é o primeiro responsável pelas políticas públicas desse setor tão desgastado, porque, por muito tempo, não foi dada a ele a atenção necessária, visando combater as causas que propiciam a ocorrência dos delitos. A preservação da ordem pública, por sua vez, é, no momento atual, um dos principais desafios dos governos e da sociedade, pois as instituições policiais estão sob intenso fogo.

Percebe-se que a polícia militar, como um dos órgãos responsáveis pela segurança, ressenete-se desse procedimento, haja vista que a segurança pública tem trazido mais dores de cabeça e receios nas pessoas do que despertado o interesse dos governantes como um todo, exceção àqueles momentos em que ocorrem crimes violentos que atingem pessoas expoentes da sociedade brasileira.

A criminalidade e a violência estão a tomar conta de, praticamente, todos os atos humanos do cotidiano, e a segurança pública, através de seus órgãos, sob determinado aspecto, sente-se inerte para coibir as ações dos delinquentes, pois ela só fará algum sentido se houver uma verdadeira política bem definida, sincronizada e coordenada, em que as discussões considerem, além do êxito, também o fracasso dos efeitos desejados.



As políticas públicas para o setor da segurança pública devem partir do governo, o qual é o primeiro responsável pela forma e atuação de sua polícia, seja militar ou civil. Além do governo, a sociedade também deve assumir a sua parte de responsabilidade no tocante à segurança pública, visto que até o momento, muito precariamente, tem adotado posições firmes e concretas sobre o envolvimento que ela necessita ter com sua polícia, pois isso, certamente, aperfeiçoará, em muito, a atuação da polícia. Esse envolvimento é em decorrência do previsto no art. 144, *caput*, da Constituição Federal de 1988, que diz que a segurança pública, mesmo sendo um dever do Estado, também é responsabilidade de todos. Além do mais, a segurança pública tornou-se um assunto muito sério para ser abandonado somente nas mãos da polícia.

A sociedade não pode deixar que o governo trate a questão de segurança pública somente na ótica policial, dizendo um discurso onde a insegurança é decorrente, apenas, da falta de policiais ou ineficiência dos mesmos. A polícia militar está dando passos largos no sentido de ser reconhecida pela sociedade, como uma instituição garantidora dos direitos humanos, em que o policial militar será um agente de promoção dos direitos humanos e da cidadania.

REFERÊNCIAS

AZKOUL, Marco Antônio. *A polícia e sua função constitucional*. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.

BICUDO, Hélio Pereira. *Direitos humanos e sua proteção*. São Paulo: FTD, 1997.

CRETELLA Jr., José. *Tratado de direito administrativo: polícia administrativa*. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

_____. *Curso de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

GORDILLO, Agustin. *Princípios gerais de direito público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.



JUNQUEIRA, Eliane Botelho; RODRIGUES, José Augusto de Souza. *A volta do parafuso: cidadania e violência*. In: SANTOS Jr., Belisário dos; PLASTINO, Carlos Alberto; JUNQUEIRA, Eliane Botelho. *Direitos humanos: um debate necessário*. São Paulo: Brasiliense, 1988.

LAZZARINI, Álvaro. *Poder de Polícia na Identificação do Transeunte*. Revista O Alferes. PMMG, a. 5, n. 13, 1º trim. 1987.

_____. *Estudos de direito administrativo*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MAYER, Otto. *Derecho administrativo alemán*. Buenos Aires: De Palma, 1951.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Polícia de manutenção da ordem pública e suas atribuições*. In: LAZZARINI, Álvaro; MEIRELLES, Hely Lopes; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; CRETELLA Jr., José. *Direito administrativo da ordem pública*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

_____. *Direito Administrativo Brasileiro*. 14.ed. São Paulo: RT, 1989.

PINHEIRO, Paulo Sérgio. *O papel das ONGs no contencioso dos direitos humanos*. In: *A proteção dos direitos humanos e o Brasil*. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 2000.

SOARES, Luiz Eduardo. *Meu casaco de general: 500 dias na front da segurança pública do Rio de Janeiro*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.





POLÍTICA PÚBLICA DE VACINAÇÃO DE MENINAS CONTRA O HPV COMO VIÉS AXIOLÓGICO DO DI- REITO À SAÚDE NO BRASIL

**Jonas Rodrigo Gonçalves¹
César Cavalcante de Oliveira²**

INTRODUÇÃO

281

É importante saber o que é uma política pública e ver como ela é tratada no País, bem como a forma que o governo faz este trabalho para amenizar as diferenças sociais. Trabalho este que é muito relevante devido ao grande “abismo social” que há no Brasil, um dos países recordistas quando o assunto é desigualdade social.

Sabendo o conceito de políticas públicas e sua ampla abordagem, podemos fazer uma ramificação com o conceito de políticas públicas de saúde. Dado que esta política pública se enquadra nas políticas sociais acerca da saúde do brasileiro.

Cabe inicialmente compreender que o HPV (Papiloma Vírus Humano) é uma DST (Doença Sexualmente Transmissível)

¹ Mestre em Ciência Política pelo Centro Universitário Euroamericano/DF, com foco em políticas públicas; especialista em Letras (Linguística: Revisão de Texto) pela Universidade Gama Filho/RJ; licenciado em Filosofia pela Universidade Católica de Brasília/DF; licenciado em Letras (Português/Inglês) pela Universidade Paulista/SP; coordenador dos grupos de pesquisa em “Direito e Políticas Públicas” e “Português Jurídico” da Faculdade Processus; revisor de textos dos periódicos da Faculdade Processus; professor da Unip e da Faculdade JK. E-mail: professorjonas@gmail.com

² Graduando em Direito pela Faculdade Processus/DF; pesquisador-bolsista do grupo de pesquisa “Direito e Políticas Públicas”, da Faculdade Processus, sob a coordenação do professor Jonas Rodrigo Gonçalves.



causada pelo Papiloma Vírus. Esta doença geralmente se apresenta causando feridas e verrugas no órgão sexual, e ao redor do mesmo, normalmente contraída pela relação sexual “desprotegida” (sem uso de preservativo).

Para provar a eficiência desta vacinação em relação à prevenção de doenças decorrentes do Papiloma Vírus, é importante ressaltar que o maior beneficiário é a população de meninas que após a vacinação estarão livres do contágio deste vírus, além de passarem a estar protegidas de todas as complicações, doenças e demais patologias dele decorrentes. Doenças estas que são recordistas quando o assunto é *causa mortis* entre as mulheres no Brasil e no mundo.

Para se analisarem as legislações que preveem a proteção do contágio por HPV, a pesquisa mostrará que foram feitos vários projetos de lei para concretizar a vacinação, como o PL 1430/201, que disponibiliza a vacina para homens e mulheres na faixa etária de 9 a 26 anos no SUS (Sistema Único de Saúde). Bem como o PL 4540/2012, o qual assegura às mulheres da faixa etária de 10 a 40 anos a vacinação no SUS (sistema único de saúde).

Há pessoas contrárias à vacinação com o argumento de que tal aplicação iria incentivar a prática sexual apenas por se tratar da prevenção de uma DST. E outros também acreditam que a prevenção mais eficiente é uma educação sexual bem feita.

No entanto, quando o objetivo é checar os custos no SUS das doenças decorrentes da infecção por HPV, os dados são assustadores. De janeiro a março de 2013, foram feitas 5,6 mil internações, com as quais foram gastos R\$ 7,6 milhões. Todas em decorrência da infecção por HPV e suas complicações.

O Ministério da Saúde estima que os investimentos na doença alcancem 382 milhões gastos entre 2011 e 2014. Novamente a comprovação do altíssimo valor que tal infecção gera para todo o custo da saúde pública no País³.

Para provar a economia do SUS na opção pela vacinação no lugar do tratamento de doenças decorrentes, convém ressaltar que o Ministério da Saúde investiu R\$ 465 milhões na compra de 15 milhões de doses da vacina para este ano, quantidade suficiente para que 5 milhões de pré-adolescentes sejam imunizadas. Parece um alto investimento, para imunizar cerca de 5 milhões de jovens,

³ BRASIL, 2012.



um custo de R\$ 465 milhões na compra de 15 milhões de doses da vacina. No entanto, isso é muito menos do que o Estado gastaria com o tratamento dos portadores de HPV.

O gasto pode ser maior visto em curto período de tempo, porém, ao se observar em longo prazo, pode-se ver uma imensa economia com uma redução drástica nos tratamentos das doenças causadas pelo HPV. Fora a economia, também há o grande benefício para as pessoas que não vão ter que passar pelas mazelas causadas pelo HPV.

É nessa perspectiva que discorreremos a seguir, na importante tarefa de o Estado, em viés axiológico, resguardar o direito fundamental à Saúde. Isso em consonância com a nossa Carta Magna e com os Direitos Humanos Universais.

1. CENÁRIO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS NO BRASIL

Antes de qualquer discussão que envolva especificamente o tema deste artigo, faz-se necessário entender o cenário das políticas públicas vigentes hoje no Brasil. Nesse sentido, trataremos do conceito de políticas públicas como forma de elucidar tal cenário.

Não existe uma única, nem melhor, definição sobre o que seja política pública. Mead⁴ a define como um campo dentro do estudo da política que analisa o governo à luz de grandes questões públicas, e Lynn⁵, como um conjunto de ações do governo que irão produzir efeitos específicos. Peters⁶ segue o mesmo viés: política pública é a soma das atividades dos governos, que agem diretamente ou através de delegação, e que influenciam a vida dos cidadãos. Dye⁷ sintetiza a definição de política pública como ‘o que o governo escolhe fazer ou não fazer’. A definição mais conhecida continua sendo a de Laswell⁸, ou seja, decisões e análises sobre política pública implicam responder às seguintes questões: quem ganha o quê, por quê e que diferença faz?”.

⁴ MEAD, 1995.

⁵ LYNN, 1980.

⁶ PETERS, 1986.

⁷ DYE, 1984.

⁸ LASWELL, 1936/1958, p. 24.



Política pública é o campo do conhecimento que busca, ao mesmo tempo, ‘colocar o governo em ação’ e/ou analisar essa ação (variável independente) e, quando necessário, propor mudanças no rumo ou curso dessas ações (variável dependente). A formulação de políticas públicas constitui-se no estágio em que os governos democráticos traduzem seus propósitos e plataformas eleitorais em programas e ações que produzirão resultados ou mudanças no mundo real.⁹

Na concepção de Souza¹⁰, trata-se do

Conjunto de ações desencadeadas pelo Estado, no caso brasileiro, nas escalas federal, estadual e municipal, com vistas ao atendimento a determinados setores da sociedade civil. Elas podem ser desenvolvidas em parcerias com organizações não governamentais e, como se verifica mais recentemente, com a iniciativa privada.

Convém ressaltar que política pública não se traduz em uma só ação por parte do governo, mas em um conjunto de frentes de atuação, intencionalmente coerentes, que se retroalimentam, operando para a realização de um objetivo. Se assim o é, o controle – especialmente no campo do agir que tenha em conta alcançar uma coletividade – não pode reivindicar para si uma aptidão para uma ação substitutiva daquela instância de poder que é revestida, inclusive, da arquitetura institucional própria à formulação das escolhas democráticas de prioridade; e mais ainda, que mantém maior proximidade com o complexo de informações e relações que hão de cunhar essas mesmas políticas públicas.¹¹

⁹ Laswell, 1936/1958, p.26.

¹⁰ SOUZA, C. Políticas Públicas: Uma Revisão da Literatura. In *Sociologias*, Porto Alegre, ano 8, nº 16, jul/dez 2006, p. 20-45. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/soc/n16/a03n16.pdf>>. Acesso em 09/09/2012.

¹¹ VALLE, V. R. L. do. Constituição como sede de heterovinculações traçadas às políticas públicas. In *Políticas Públicas, Direitos Fundamentais e Controle Judicial*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 61-67.



Moreira Neto¹² leciona

Traduzam as políticas públicas um conteúdo integrador da *substância* da decisão administrativa processualizada, da qual se espera que advenha a direta satisfação de resultados, posto que são estes vinculantes da ação administrativa. Na essência dessa decisão escolha processualizada, um *quadro normativo*

de ação, através do qual se estabelece uma relação de vinculação entre o Estado político e a sociedade.

Pode-se, também, entender política pública como um componente de ação estratégica, isto é, que incorpora elementos sobre a ação necessária e possível naquele momento determinado, naquele conjunto institucional e projeta-os para o futuro mais próximo [...].¹³

Trata-se de um fluxo de decisões públicas, orientado a manter o equilíbrio social ou a introduzir desequilíbrios destinados a modificar essa realidade. Decisões condicionadas pelo próprio fluxo e pelas reações e modificações que elas provocam no tecido social, bem como pelos valores, ideias e visões dos que adotam ou influem na decisão. É possível considerá-las como estratégias que apontam para diversos fins, todos eles, de alguma forma, desejados pelos diversos grupos que participam do processo decisório. [...] Com uma perspectiva mais operacional, poderíamos dizer que ela é um sistema de decisões públicas que visa a ações ou omissões, preventivas ou corretivas, destinadas a manter ou modificar a realidade de um ou vários setores da vida social, por meio da definição de objetivos e estratégias de atuação e da alocação de recursos necessários para atingir os objetivos estabelecidos.¹⁴

¹² Moreira Neto, 2006, p. 74.

¹³ VALLE, V. R. L. do. O Encontro das Políticas Públicas com o Direito. In Políticas Públicas, Direitos Fundamentais e Controle Judicial. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 91.

¹⁴ SARAIVA, E. *Introdução à Teoria da Política Pública*. In: SARAIVA, E; FERRAREZI, E. (org.) *Políticas Públicas: coletânea*. Brasília: ENAP, 2006. Volume 1. p. 28-29.



A primeira ideia que se tem sobre ‘políticas públicas’, ao lado da antiga e desgastada concepção da estanke ‘separação dos poderes’, é de algo igualmente de conotação mítica, por se confundir com benesses ou dádivas conferidas e proporcionadas por governantes notadamente dotados de ‘sensibilidade’, ‘espírito público’ e ‘habilidades políticas’. Evidentemente que esse tipo de visão não se amolda mais ao paradigma constitucional e de Direito Democrático.

No plano democrático constitucionalizado, as políticas públicas aparecem como exigência do cidadão à efetivação dos direitos com fundamentação constitucional, não como mera ‘medida isolada praticada pelo Estado com o desiderato de dar efetividade aos direitos fundamentais ou ao Estado Democrático de Direito’.¹⁵

Assim, na contemporaneidade, não é científico afirmar que o Estado promove as políticas públicas e, por conseguinte, implementa por elas as garantias fundamentais consignadas no Texto Maior. Em uma estrutura jurídico-democrática, o cidadão não é simplesmente destinatário das políticas públicas, mas o principal ator de sua criação e implementação.¹⁶

Segundo Santos, política pública é

[...] noção mais ampla que a de um simples plano ou programa, seja econômico ou não, porque envolve um processo de escolhas de meios para realização dos objetivos do governo. Assim, compreende também uma certa margem de opção entre tais objetivos, ou seja, compreende a hierarquização dos mesmos, cuja efetivação deverá dar-se com a participação dos agentes públicos e privados. A adoção de certa política pública representa o processo político de escolha de prioridades para o governo, por meio de programas de ação para a realização de objetivos determinados num espaço de tempo determinado ou não”.¹⁷

¹⁵ FREIRE JÚNIOR, 2005, p. 47.

¹⁶ PENNA, S. V. *Políticas Públicas e sua Relação com a atividade Processual Judicial*. In PENNA, S. V. *Controle e Implementação Processual de Políticas Públicas no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 211-212.

¹⁷ SANTOS, M.L. dos. *Políticas Públicas e Controle*. In: SANTOS, M.L. dos. *Interpretação Constitucional no Controle Judicial das Políticas Públicas*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2006. p.84.



Em seus primórdios, a ciência política considerava as políticas públicas quase exclusivamente como *outputs* do sistema político, o que justificava o fato de a atenção dos investigadores ter se concentrado inicialmente nos *inputs*, isto é, nas demandas e articulações de interesse (note-se que, aqui, a hoje relegada terminologia eastoniana mostra-se plenamente adequada). Dito de outra forma, antes que a análise de políticas públicas fosse

reconhecida como uma subárea na disciplina, a ênfase dos estudos recaía, como em larga medida ainda hoje, diga-se de passagem, nos processos de formação das políticas públicas, o que parece refletir o *status* privilegiado que os processos decisórios sempre desfrutaram junto aos profissionais da área. Em um segundo momento, contudo, a partir da década de 1950, passou-se à definição das próprias políticas públicas como unidade de análise, o que gradualmente conferiu destaque aos aspectos dinâmicos do chamado *policy process* e aos distintos atores, estatais e não estatais usualmente envolvidos.¹⁸ Nas duas últimas décadas, porém, os estudos acerca da interação entre os atores estatais e privados no processo de produção das políticas públicas têm sofrido significativas reformulações.

Uma grande variedade de pesquisas empíricas e de ensaios de natureza teórico-conceitual tem demonstrado a incapacidade dos modelos tradicionais de interpretação dos mecanismos de intermediação de interesses, como o pluralismo, o corporativismo, o marxismo, em suas várias derivações, de dar conta da diversificação e da complexidade desses processos, muitas vezes marcados por interações não hierárquicas e por um baixo grau de formalização no intercâmbio de recursos e informações, bem como pela participação de novos atores, como, por exemplo, organizações não governamentais de atuação transnacional e redes de especialistas.

2. ENQUADRAMENTO DA VACINAÇÃO DE MENINAS CONTRA O HPV COMO POLÍTICA PÚBLICA DE SAÚDE

A saúde integrada com a humanidade de forma macro, nessa esteira de raciocínio, é cediço que o objetivo principal é proteger o bem jurídico de maior relevância para o nosso ordenamento jurídico,

¹⁸ Radaelli, 1995.



o qual constitui direito que exige prestação positiva do estado como um direito cujo sujeito não é um indivíduo, ou alguns indivíduos, mas todo um grupo.

Já no âmbito jurídico, as discussões constantes denotam a resistência para o reconhecimento do direito à saúde como um bem econômico [...].

Apesar do artigo 196 da Constituição Federal determinar que “a saúde é direito de todos e dever do Estado”, muitas pessoas acabam tendo que recorrer à Justiça para conseguir ter acesso a medicamentos e tratamentos que deveriam ser ofertados pelo sistema público de saúde. Nessa lista também estão incluídos aqueles que pagam por planos de saúde e no momento em que mais precisam, acabam ficando sem auxílio. No ano passado, de acordo com dados do Fórum pela Saúde, o Paraná gastou R\$ 35 milhões na aquisição de medicamentos por determinação judicial, o que equivale a 64% do total de gastos neste setor.

A 4ª Região do Tribunal de Justiça Federal, que integra Paraná, Santa Catarina e o Rio Grande do Sul é a que concentra o maior volume de processos na área da saúde no país.

Adotado desde 1948 o conceito difundido pela Organização Mundial de Saúde (OMS), a assistência à saúde, conforme descrita no texto constitucional brasileiro de 1988 está longe de ser uma realidade, simboliza um mero compromisso em sua maioria político, um horizonte a ser perseguido. É utópica e inatingível a ideia de que uma saúde ótima reflete um Estado equilibrado, onde o que predomina é o valor à vida.

Uma política pública expressa o conjunto das diretrizes e referenciais ético-legais adotados pelo Estado para fazer frente a um problema e/ou a uma demanda que a sociedade lhe apresenta. Cabe ao Estado definir seu caráter, suas responsabilidades, seu plano de ação e programas, a fim de buscar o equacionamento dessa demanda. [...]

Esses objetivos norteiam as diretrizes e estratégias dos três componentes que constituem o Programa Nacional de DST/Aids, que, por sua vez, servirão de base para as ações de prevenção, de assistência, de garantia



dos direitos humanos, de comunicação social e de desenvolvimento institucional que estejam no contexto da tomada de decisões de políticas públicas e que estabeleçam modelos de intervenção que permitam considerar o diversos grupos populacionais, considerados seus aspectos culturais e sociais.¹⁹

Disso se extrai que a saúde, como direito da pessoa, só pode ser alcançada em um Estado de Direito, que tem atos alicerçados na

ordem jurídica. Por isso tem de existir, mesmo que gradativamente, a positivação dos direitos humanos.

3. O QUE É O HPV?

O HPV é uma DST (doença sexualmente transmissível), conhecida também como crista de galo, entre outros nomes. Esses nomes como crista de galo são reflexões das principais patologias, as quais são grandes verrugas, fora do comum, assemelhando-se a uma crista.

O Papilomavírus Humano é o causador de uma doença sexualmente transmissível chamada HPV. Ela é de difícil cura e se manifesta através de sintomas como verrugas que surgem na região íntima após o contato íntimo com um indivíduo infectado. Seu tratamento é feito com o uso de medicamentos e cirurgias de cauterização e dura em média dois anos, embora os sintomas desapareçam um pouco antes. O HPV é também conhecido por: condiloma acuminado, verrugas genitais, crista de galo, figueira e cavalo de crista.²⁰

O contato íntimo desprotegido é a forma mais comum de se “pegar HPV”, mas esta não é a única forma de transmissão da doença. Outras formas de transmissão do HPV são: contato pele a pele com o indivíduo infectado com o vírus HPV, bastando que uma área ferida

¹⁹ BRASIL. Ministério da Saúde, Secretaria de Políticas de Saúde, Coordenação Nacional de DST e Aids. *Política Nacional de DST/Aids: PRINCÍPIOS E DIRETRIZES*. BRASÍLIA: Assessoria de Comunicação, 1999. P. 7 E 11. Disponível em http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/--ilo_aids/documents/legaldocument/wcms_127698.pdf. Acesso em 25 de setembro de 2012.

²⁰ Acesso em: 08 set. 2013. Disponível em <http://portal.saude.gov.br/portal/saude/visualizar_texto.cfm?idtxt=22444>.



seja friccionada na área infectada do outro; transmissão vertical: contaminação de bebês que nascem de parto normal, entrando em contato com a área infectada da mãe; uso de roupa íntima ou toalhas, mas isso só seria possível se a pessoa vestisse a roupa íntima da pessoa contaminada logo depois que ela a tenha tirado. Essa teoria ainda não é muito aceita entre a comunidade médica, pois carece de comprovação científica, mas parece ser uma possibilidade.

Embora o uso do preservativo diminua muito as chances de contaminação com o HPV, se a área contaminada não estiver devidamente coberta pelo preservativo, a transmissão do HPV pode ocorrer mesmo assim, e uma pessoa pode estar contaminada e transmitir a doença para outra, mesmo sem apresentar nenhum sintoma.²¹

Os sintomas do HPV são: várias pequenas verrugas na região íntima masculina ou feminina. Estas verrugas podem ainda estar presentes na região do colo do útero (não são facilmente visíveis) e não estar presente na região íntima externa feminina. Os sintomas podem estar ausentes, apesar da presença do vírus. Isto ocorre principalmente nos homens.²²

Isso comprova a eficiência desta vacinação em relação à prevenção de doenças decorrentes do Papiloma Vírus. Reafirma-se a máxima de que é muito melhor prevenir do que remediar.

4. PROJETOS DE LEI QUE PREVEEM TAL VACINAÇÃO

Vários Projetos de Lei tratam da vacinação contra o HPV. Observemos alguns deles.

O Projeto de Lei 4540/2012, cuja situação é “Apensado ao PL 6820/2010”, do autor Diego Andrade (PSD/MG), apresentado em 15 de outubro de 2012, tem por ementa:

Dispõe sobre a vacina do papiloma vírus humano (HPV) incluindo-a no calendário de imunização do Ministério da Saúde e assegurando às mulheres na faixa etária de 10 a 40 anos o direito de receber todas as doses necessárias da vacina para imunização contra

²¹ Dra. Sheila Sedicias (Ginecologista). Acesso em: 08 set. 2013. Disponível em <<http://www.tuasaude.com/como-se-pega-hpv/>>

²² Dra. Sheila Sedicias (Ginecologista). Acesso em: 08 set. 2013. Disponível em <<http://www.tuasaude.com/hpv-cura-transmissao-sintomas-e-tratamento/>>.



Jonas Rodrigo Gonçalves e César Cavalcante de Oliveira

o HPV, na rede pública do Sistema Único de Saúde (SUS).

Indexação: Alteração, obrigatoriedade, inclusão, calendário, vacinação, Programa Nacional de Imunizações, garantia, SUS, vacina, imunização, mulher, vírus, Papiloma Vírus Humano (HPV).²³

Já o Projeto de Lei 1430/2011, cuja situação é “Apensado ao PL 6820/2010”, do autor Stefano Aguiar (PSC/MG) tem por ementa:

Dispõe sobre a imunização de mulheres e homens na faixa etária de 9 a 26 anos com a vacina antipapilomavírus humano (HPV), na rede pública do Sistema Único de Saúde de todo o território nacional e dá outras providências.

Indexação: Garantia, SUS, vacina, imunização, mulher, vírus, HPV, prevenção, câncer, cólo do útero.²⁴

Além dos projetos de lei apresentados acima, que são tidos como que os criadores desta política pública, ou pelo menos, como os de intenção pioneira na prevenção e tratamento do Papiloma Vírus, há outros instrumentos jurídicos os alteraram ou acrescentaram possibilidades, ou ainda, são seus precursores, embora com menos visibilidade nacional.

O Projeto de Lei 5694/2009, cuja situação é “Apensado ao PL 6820/2010”, do autor Capitão Assunção (PSB/ES), tem por ementa

Dispõe sobre a imunização de mulheres com a vacina contra o papilomavírus humano (HPV), na rede pública do Sistema Único de Saúde de todos os estados e municípios brasileiros, nas condições especificadas, e dá outras providências.

Indexação: Garantia, mulher, gratuidade, (SUS), exame, diagnóstico, (HPV), encaminhamento, tratamento médico, cirurgia,

²³ Acesso em: 24 out. 2013. Disponível em <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichaDetramitacao?idProposicao=556993>>.

²⁴ Acesso em: 24 out. 2013. Disponível em <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichaDetramitacao?idProposicao=503618>>.

recebimento, vacina, imunização, vírus, criança, adolescente, sexo feminino.²⁵

No entanto, o Projeto de Lei 3964/2012, cuja situação é “Apensado ao PL 6820/2010”, do autor Felipe Bornier (PSD/RJ), tem por ementa

Altera a Lei nº 6.259, de 30 de outubro de 1975, para incluir a vacinação contra o papiloma vírus humano (HPV) no calendário vacinal de meninas entre 9 e 13 anos de idade.

Indexação: Alteração, Lei de Vigilância Epidemiológica, obrigatoriedade, inclusão, calendário, vacinação, Programa Nacional de Imunizações, vacina, HPV.²⁶

Esta é uma das discussões centrais deste artigo, o direcionamento da Política Pública de prevenção por meio da vacinação de meninas contra o HPV para a faixa etária de 9 a 13 anos.

Essa política pública de saúde, vigente a partir de 2014 em todo o País, começou com o mesmo foco nesta faixa etária como política pública do GDF (Governo do Distrito Federal), um ano antes, sob a liderança do então governador Agnelo Queiroz, cuja formação superior é Medicina.

5. POSIÇÕES CONTRÁRIAS A TAL CAMPANHA

A vacina contra o HPV não incentiva a prática sexual, porque é apenas uma vacina como outra qualquer, cujo objetivo é prevenir uma doença que pode ser contraída no futuro. Não necessariamente o futuro imediato que é o pensamento errôneo das pessoas que pensam que a vacina contra o HPV incentiva a prática sexual. O fato de as meninas tomarem a vacina (contra o HPV) em certa faixa etária é porque é assim que as vacinas em geral funcionam, tem de se prever a faixa etária ideal de risco. E isso é fruto de muito estudo por parte de especialistas.

Assim declarou o ministro da Saúde, Alexandre Padilha, em evento no Instituto Butantã, em São Paulo:

²⁵ Acesso em: 24 out. 2013. Disponível em <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/ficha-detramitacao?idProposicao=443719>>.

²⁶ Acesso em: 08 set. 2013. Disponível em <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/ficha-detramitacao?idProposicao=466342>>.



O dia de hoje marca dois passos importantes na história da saúde pública. O primeiro é a proteção de futuras mulheres, e consequentemente também homens, contra uma doença sexualmente transmissível. Por meio da campanha de vacinação, vamos iniciar um processo de conscientização e orientação

sexual para essas meninas que ainda vão iniciar a vida sexual. O segundo passo importante é a redução dos gastos da população na área da saúde: ao ter acesso gratuito à vacina contra o

HPV no SUS, as famílias vão deixar de gastar R\$ 1 mil reais na rede privada na compra de três doses para proteger suas filhas contra um problema sério e grave, o câncer de colo de útero, que em algumas regiões do país é a principal causa de morte entre as mulheres.²⁷

Recentemente, o Ministério da Saúde brasileiro lançou uma campanha nacional para vacinação de adolescentes contra o papilomavírus humano (HPV), vírus tido pelos especialistas como uma das principais causas de câncer no colo do útero. Porém, a campanha, que tem como público alvo meninas entre 11 e 13 anos, tem recebido resistência por parte de algumas religiosas antes mesmo de iniciar.

Marcada para começar no dia 10 de março de 2014, a vacinação das adolescentes foi boicotada por um grupo de mães evangélicas, que queriam evitar que suas filhas tomassem a vacina afirmando que a mesma pode incentivar a prática sexual.

Segundo uma matéria que tem circulado na internet (supostamente do Estado do Espírito Santo), algumas mães afirmam que, com a vacina, suas filhas “se sentiriam imunizadas e tentariam experimentar o novo”. Uma das defensoras desse ponto de vista seria a pastora e psicanalista Raquel Diniz Jantorno, 38 anos. Mãe de duas meninas atualmente com 10 e 3 anos de idade, ela afirma que não permitirá que as filhas recebam a vacina quando tiverem idade para isso. Afirma a pastora:

²⁷ Acesso em: 16 mar. 2014. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/saude/ultimas-noticias/redacao/2014/01/10/saude-recebe-1-lote-de-vacina-contra-hpv-campanha-sera-em-marco.htm>>.



- Não tenho nada contra o cuidado do Ministério da Saúde com o povo brasileiro, mas acho que essa vacina é desnecessária. A melhor forma de prevenir Doenças Sexualmente Transmissíveis (DSTs) é a fidelidade no casamento.²⁸

E completa:

- Essa é uma idade em que os hormônios estão à flor da pele e tudo desperta curiosidade. Com a vacina, elas se sentiriam imunizadas e tentariam experimentar o novo.²⁹

A opinião de Raquel é defendida também pela evangélica Elizângela Gomes, 28, mãe de uma menina de 7 anos, que também afirma não haver necessidade de a filha receber a vacina quando estiver na idade. Segundo ela: “O que previne mesmo as meninas mesmo do HPV é a relação com um só parceiro. Desde já converso com ela, na linguagem simples que ela entenda, sobre a sexualidade – defende a dona de casa.”³⁰

Segundo a reportagem, o presidente da Associação de Pastores Evangélicos da Grande Vitória, Enoque de Castro, também se pronunciou sobre o assunto, dizendo acreditar que a vacina é uma boa solução para a doença, mas que concorda que a melhor prevenção é a fidelidade.³¹

6. CUSTOS NO SUS DAS DOENÇAS DECORRENTES DA INFECÇÃO POR HPV VERSUS CUSTOS DA VACINAÇÃO

Com os custos da vacina, serão gastos R\$ 30 por unidade, somando R\$ 452,5 milhões, segundo Carolina Sarres³² (Repórter da Agência Brasil, em Brasília).

²⁸ Acesso em: 16 mar. 2014. Disponível em: <<http://noticias.gospelmais.com.br/maes-evangelicas-boicotam-vacinacao-filhas-contrahpv-65014.html>>

²⁹ Ibid.

³⁰ Ibid.

³¹ Ibid.

³² Acesso em: 08 set. 2013. Disponível em <http://noticias.uol.com.br/saude/ultimas-noticias/redacao/2013/07/01/meninas-de-10-e-11-anos-receberao-vacina-contrahpv-no-inicio-do-ano-letivo-de-2014.htm>.



No sítio do UOL (Universo Online), em “Notícias”, observou-se a seguinte publicação:

O Ministério da Saúde investiu R\$ 465 milhões na compra de 15 milhões de doses da vacina para este ano, quantidade suficiente para que 5 milhões de pré-adolescentes sejam imunizadas. É a primeira vez que a população terá acesso gratuito, em nível nacional, à vacina contra o HPV.³³

Mas se esses são os custos da vacinação, quanto o governo gasta com o tratamento do HPV e do câncer de colo de útero? Essa é uma pergunta que merece plausíveis considerações.

O Instituto Nacional do Câncer (Inca) estima que 17,5 mil casos de câncer de colo de útero surjam em 2013 no país. Segundo dados do Ministério da Saúde, são registrados, em média, 685,4 mil casos da doença por ano, que levam a 4,8 mil mortes. Em 2011, foram 5,1 mil óbitos. Anualmente são descobertos, em média, 18,4 mil casos. De janeiro a março de 2013, foram feitas 5,6 mil internações, com as quais foram gastos R\$ 7,6 milhões. O Ministério da Saúde estima que, entre 2011 e 2014, sejam gastos mais de R\$ 382 milhões em investimentos na doença.³⁴

Ou seja, as meninas de todo o país, com 10 e 11 anos de idade, também passaram a ser imunizadas contra o papilomavírus (HPV) a partir de 2014. A incorporação do imunobiológico no calendário de vacinação representará um investimento federal de R\$ 360,7 milhões, para a aquisição de 12 milhões de doses. Com um esquema vacinal de três doses, a vacinação visa prevenir o câncer de colo de útero, já que o HPV é responsável por 95% dos casos deste tipo de câncer, que é o segundo de maior incidência entre as mulheres. A vacina que estará disponível na rede pública é a quadrivalente, usada na prevenção contra quatro tipos de HPV (6, 11, 16 e 18). Dois deles (16 e 18) respondem por 70% dos casos de câncer. A meta é vacinar 80% do público alvo, que atualmente é de 3,3 milhões de pessoas.³⁵

³³ Acesso em: 16 mar. 2014. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/saude/ultimas-noticias/redacao/2014/01/10/saude-recebe-1-lote-de-vacina-contra-hpv-campanha-sera-em-marco.htm>>.

³⁴ Carolina Sarres (Repórter da Agência Brasil, em Brasília) Acesso em: 08 set. 2013. Disponível em <<http://noticias.uol.com.br/saude/ultimas-noticias/redacao/2013/07/01/meninas-de-10-e-11-anos-receberao-vacina-contra-hpv-no-inicio-do-ano-letivo-de-2014.htm>>.

³⁵ Portal Planalto com informações do Ministério da Saúde <<http://www2.planalto.gov.br/imprensa/noticias-de-governo/sus-oferecera-vacina-quadrivalente-contra-hpv-para-meninas-de-10-e-11-anos-a-partir-de-2014>>.

Alexandre Padilha, ministro da Saúde, ao anunciar a medida, destacou ainda que a vacinação reduz a circulação do vírus no País:

Está é mais uma medida para enfrentarmos o problema do câncer de colo do útero, um problema que ainda é grande no país, em especial na região norte. Vamos preparar muito bem este público (meninas de 10 e 11 anos), suas famílias, e reforçar a estratégia, envolvendo as escolas e os professores para provocar uma grande sensibilização.

No escopo do acordo entre Ministério da Saúde e os fabricantes da vacina - Butantan e Merck Sharp & Dohme (MSD), que atuarão em parceria tecnológica - está prevista inclusive a possibilidade de uso da versão nonavalente, que agregará outros cinco sorotipos à vacina. A vacina para prevenção da doença tem eficácia comprovada para pessoas que ainda não iniciaram a vida sexual e, por isso, não tiveram nenhum contato com o vírus. A escolha do público-alvo levou em consideração evidências científicas, estudos sobre o comportamento sexual e a avaliação de especialistas que atuam no Comitê Técnico Assessor de Imunizações (CTAI) vinculado ao Ministério da Saúde.³⁶

As três doses serão aplicadas, com autorização dos pais ou responsáveis das pré-adolescentes, de acordo com o seguinte esquema: após a aplicação da primeira dose, a segunda deverá ocorrer em dois meses e a terceira, em seis meses. Para chegar com mais agilidade ao público-alvo e ampliar a adesão à proteção contra o HPV, a estratégia será mista: a imunização ocorrerá tanto nas unidades de saúde quanto nas escolas. Após o primeiro ano de imunização, a oferta deverá passar de 12 milhões de doses para 6 milhões de doses por ano, pois parte do público-alvo já estará imunizado. A incorporação da vacina complementa as demais ações preventivas do câncer de colo do útero, como a realização do Papanicolau e o uso de camisinha em todas as relações sexuais.³⁷

³⁶ Ibid.

³⁷ Ibid.



CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como vimos no artigo, é importante saber o que é uma política pública e ver como ela é tratada no País, para que ela possa ter a melhor repercussão possível.

Compreendido o que é HPV e o mal que faz para a saúde pública, pode-se notar a importância dessa política pública.

Prova da eficiência desta vacinação em relação à prevenção de doenças decorrentes do Papiloma Vírus, é importante ressaltar a que o maior beneficiário é a população de meninas que após a vacinação estarão livres do contágio deste vírus, além de passarem a estar protegidas de todas as complicações, doenças e demais patologias dele decorrentes. Doenças estas que são recordistas quando o assunto é causa de mortes entre as mulheres no Brasil e no mundo.

Os argumentos das pessoas contrárias à vacinação foram rebatidos com números que deixaram claro ser muito mais barato para o País proteger do contágio da doença, por meio da vacinação, a arcar com os custos do tratamento de todas as enfermidades decorrentes da infecção pelo HPV.

Por fim, resta comprovado, ainda, que o Estado, na importante tarefa de resguardar o direito fundamental à Saúde, assume postura axiológica, respeitando a Constituição da República Federativa do Brasil e os Direitos Humanos Universais.

REFERÊNCIAS

BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Proposições Web*. Acesso em: 24 out. 2013. Disponível em <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetrmitacao?idProposicao=556993>>

_____. *Proposições Web*. Acesso em: 24 out. 2013. Disponível em <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetrmitacao?idProposicao=503618>>

_____. *Proposições Web*. Acesso em: 24 out. 2013. Disponível em <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetrmitacao?idProposicao=443719>>

_____. *Proposições Web*. Acesso em: 08 set. 2013. Disponível em <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetrmitacao?idProposicao=466342>>

BRASIL. Ministério da Saúde, Secretaria de Políticas de Saúde, Coordenação Nacional de DST e Aids. *Política Nacional de DST/Aids: Princípios e diretrizes*. BRASÍLIA: Assessoria de Comunicação, 1999. P. 7 E 11. Disponível em http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/--ilo_aids/documents/legaldocument/wcms_127698.pdf. Acesso em 25 de setembro de 2012.

_____. Portal do Planalto. Acesso em 10 de fevereiro de 2014. Disponível em

<<http://www2.planalto.gov.br/imprensa/noticias-de-governo/sus-oferecera-vacina-quadrivalente-contrahpv-para-meninas-de-10-e-11-anos-a-partir-de-2014>>.

_____. Portal da Saúde. Acesso em: 08 set. 2013. Disponível em <http://portal.saude.gov.br/portal/saude/visualizar_texto.cfm?idtxt=22444>

DYE, Thomas D. *Understanding Public Policy*. Englewood Cliffs, N.J.: Prentice-Hall. 1984.

CELINA SOUZA. *Sociologias*. Porto Alegre, ano 8, nº 16, jul/dez 2006.

FREIRE JR, R. C.; TAVARES, M. F. L. *Health from the viewpoint of institutionalized senior citizens: getting to know and value their opinion*, Interface - Comunic., Saúde, Educ., v.9, n.16, p.147-58, set.2004/fev.2005.

GONÇALVES, Jonas Rodrigo, SERPA, Mauro Pinto. *Direito e Políticas Públicas*. Brasília: JRG, 2013.

GOSPEL MAIS. *Notícias*. Acesso em: 16 mar. 2014. Disponível em: <<http://noticias.gospelmais.com.br/maes-evangelicas-boicotam-vacinacao-filhas-contrahpv-65014.html>>

LASWELL, H.D. *Politics: Who Gets What, When, How*. Cleveland, Meridian Books, 1936/1958.

LYNN, L. E. *Designing Public Policy: A Casebook on the Role of Policy*

Analysis. Santa Monica, Califórnia: Goodyear, 1980.

MEAD, L. M. *Public Policy: Vision, Potential, Limits, Policy Currents*, Fevereiro:

1-4, 1995.

PENNA, S. V. *Políticas Públicas e sua Relação com a atividade Processual Judicial*. In PENNA, S. V. *Controle e*



Implementação Processual de Políticas Públicas no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

PETERS, B. G. *American Public Policy*. Chatham, N.J.: Chatham House, 1986.

RADAELLI, Claudio. *The role of knowledge in the policy process*. *Jornal of European Public Policy*, 1995.

SANTOS, M.L. dos. *Políticas Públicas e Controle*. In: SANTOS, M.L. dos. *Interpretação Constitucional no Controle Judicial das Políticas Públicas*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2006.

SARAIVA, E. *Introdução à Teoria da Política Pública*. In: SARAIVA, E; FERRAREZI, E. (org.) *Políticas Públicas: coletânea*. Brasília: ENAP, 2006 (Volume 1).

SARRES, Carolina. *Últimas Notícias do Uol*. Acesso em: 08 set. 2013. Disponível em <<http://noticias.uol.com.br/saude/ultimas-noticias/redacao/2013/07/01/meninas-de-10-e-11-anos-receberao-vacina-contrahpv-no-inicio-do-ano-letivo-de-2014.htm>>.

SEDICIAS, Sheila. *Tua Saúde*. Acesso em: 08 set. 2013. Disponível em <<http://www.tuasaude.com/como-se-pega-hpv/>>.

_____. *Tua Saúde*. Acesso em: 08 set. 2013. Disponível em <<http://www.tuasaude.com/hpv-cura-transmissao-sintomas-tratamento/>>

SOUZA, C. *Políticas Públicas: Uma Revisão da Literatura*. In *Sociologias*, Porto Alegre, ano 8, nº 16, jul/dez 2006. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/soc/n16/a03n16.pdf>>. Acesso em 09/09/2012.

UOL. *Notícias*. Acesso em: 16 mar. 2014. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/saude/ultimas-noticias/redacao/2014/01/10/saude-recebe-1-lote-de-vacina-contrahpv-campanha-sera-em-marco.htm>>

_____. Acesso em: 08 set. 2013. Disponível em <<http://noticias.uol.com.br/saude/ultimas-noticias/redacao/2013/07/01/meninas-de-10-e-11-anos-receberao-vacina-contrahpv-no-inicio-do-ano-letivo-de-2014.htm>>.

VALLE, V. R. L. do. *Constituição como sede de heterovinculações traçadas às políticas públicas*. In *Políticas Públicas, Direitos Fundamentais e Controle Judicial*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

_____. *O Encontro das Políticas Públicas com o Direito*. In *Políticas Públicas, Direitos Fundamentais e Controle Judicial*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.





DIREITO À EDUCAÇÃO DE QUALIDADE COMO FORMA DE GARANTIR A CIDADANIA

Renata Malta Vilas-Bôas¹

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tratou de compreender a evolução dos direitos sociais e especificamente com relação ao direito à educação, até chegar na Constituição Federal de 1988 e no Estatuto da Criança e do Adolescente, onde se busca a educação inclusiva e de qualidade.

Ao analisar a evolução jurídica do direito a educação a ênfase a esse direito previsto constitucionalmente nunca foi tão grande, porém, entre a teoria e a realidade muito ainda tem que ser feito.

A mera inclusão do direito à educação no rol dos direitos sociais não faz com que isso seja uma realidade em nosso país. E com o comprometimento da educação como consequência temos o comprometimento da cidadania ativa, além de comprometer o ingresso no mercado de trabalho.

1. DIREITOS FUNDAMENTAIS

Analisando a história dos direitos fundamentais verificamos que a percepção dos direitos assim classificados ainda estão em momento de definição, conceituação e, principalmente, efetivação.

Esse momento conflituoso que estamos vivenciando decorre da própria percepção desses direitos. Se por um lado a doutrina atual

¹ Bacharel em Direito pelo UniCeub. Mestre em Direito pela UFPE. Advogada. Professora, palestrante e autora de diversas obras jurídicas. email: renatamvilasboas@gmail.com.



se refere às dimensões dos direitos fundamentais, até recentemente a expressão considerada mais adequada era geração dos direitos fundamentais. Dessa forma, enquanto alguns doutrinadores utilizam expressões como geração para definir o surgimento desses direitos fundamentais, outros se negam a utilizar essa expressão por entender que não se refere à ideia de geração, mas sim de dimensão.

E para esclarecer essa divergência e justificar a opção da terminologia dimensão, Ingo Wolfgang Sarlet traça as seguintes considerações sobre porque deve-se utilizar a expressão dimensão e não geração, vejamos:

não há como negar que o reconhecimento progressivo de novos direitos fundamentais tem o caráter de um processo cumulativo, de complementaridade, e não de alternância, de tal sorte que o uso da expressão gerações pode ensejar a falsa impressão da substituição gradativa de uma geração por outra, razão pela qual há quem prefira o termo dimensões dos direitos fundamentais, posição esta que aqui optamos por perfiar, na esteira da mais moderna doutrina.²

Dessa feita, seguiremos adotando a expressão dimensões dos direitos fundamentais, por concordar com a teoria explanada anteriormente.

1.1 Dimensões dos Direitos Fundamentais

Além dessa divergência, outro ponto que não é consenso entre os doutrinadores é com relação a quantas dimensões existem. Podemos agrupar em três posições distintas, a primeira corrente em que seus defensores se posicionam afirmando que existem apenas três dimensões, e dentre os doutrinadores que assim se posicionam podemos citar Manoel Gonçalves Ferreira Filho³. Posição essa que podemos encontrar no voto de lavra do Ministro Celso de Mello, no MS 22164/SP, vejamos:

² SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Editora Livraria do advogado, 1998, p. 47.

³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. São Paulo: Editora Saraiva, 1999, p. 6.



Enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) - que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais - realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) - que se identifica as liberdades positivas, reais ou concretas - acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade.⁴

Já a segunda corrente entende que se tratam de quatro dimensões, e assim, Paulo Bonavides ao tratar do tema nos traz que:

São direitos de quarta geração o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Deles depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência.⁵

[...]

Enfim, os direitos da quarta geração compendiam o futuro da cidadania e o porvir da liberdade de todos os povos. Tão somente com eles será legítima e possível a globalização política.⁶

E, por fim, temos a corrente que vislumbra a existência de uma quinta dimensão dos direitos fundamentais, afirmando que o direito

⁴ BRASIL: Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança No. 22.164/SP - relator Ministro Celso de Mello - Pleno, Publicação no Diário da Justiça em 17 nov de 1995.

⁵ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 27a. edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2012, p. 590.

⁶ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 27a. edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2012, p. 591.



à paz corresponde a essa dimensão dos direitos fundamentais⁷. Em dezembro de 1999, a ONU apresentou a Declaração e Programa de Ação sobre uma Cultura de Paz, definindo assim um conjunto de valores, atitudes, tradições, dentre outros, associados à cultura da paz. Dessa forma, diversas instituições ao aderirem a esta declaração partiram em busca de concretizar essas ideias.

Há ainda aquelas que falam em sexta e sétima dimensão, apesar da divergência de quantas dimensões compõem os direitos fundamentais não há dúvida de que os direitos sociais estão inseridos nos direitos fundamentais de segunda dimensão.

1.2 Características dos Direitos Fundamentais

Analisando as características dos direitos fundamentais, Alexandre de Moraes entende tratar-se de direitos que apresentam as seguintes características: imprescritibilidade, inalienabilidade, irrenunciabilidade, inviolabilidade, universalidade, efetividade, interdependência e complementariedade⁸.

Observando essas características, já que o foco do presente trabalho encontra-se centrado no direito à educação de qualidade, queremos ressaltar a universalidade, a efetividade, a interdependência e a complementariedade.

Com relação à característica da efetividade, Alexandre de Moraes é enfático ao afirmar que:

A atuação do Poder Público deve ser no sentido de garantir a efetivação dos direitos e garantias previstos, com mecanismos coercitivos para tanto, uma vez que a Constituição Federal não se satisfaz com o simples reconhecimento abstrato⁹.

Assim, os direitos fundamentais, quaisquer que sejam eles, devem deixar de ser uma mera expectativa constante em um documento oficial, e se tornar real para todos os brasileiros.

⁷ BONAVIDES, Paulo. A quinta geração dos direitos fundamentais. In: *Direitos Fundamentais & Justiça*. n° 3 Abr./jun, 2008 pp. 82-93. Disponível http://www.dfi.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/3_Doutrina_5.pdf acesso em 29/09/2013 às 10h06.

⁸ MORAES, Alexandre. *Direitos Humanos Fundamentais*. 3a. edição. São Paulo: Editora Atlas, 2000, p. 41.

⁹ MORAES, Alexandre. *Direitos Humanos Fundamentais*. 3a. edição. São Paulo: Editora Atlas, 2000, p. 41.





1.3 Direitos Sociais: Direitos Fundamentais de Segunda Dimensão

O que se percebe com os direitos fundamentais de segunda dimensão é que são direitos subjetivos, podendo ser classificados, assim, como poderes de exigir do Estado, trata-se de uma espécie de direitos “de crédito”, nas palavras de Manoel Gonçalves Ferreira Filho.¹⁰ Dessa forma, o sujeito passivo desses direitos é o Estado, já que é ele o responsável pelo atendimento e concretização dos direitos sociais. Pode ocorrer que o Estado venha a partilhar essa responsabilidade com a família, conforme previsto no artigo 205 da Constituição Federal.

Verifica-se dessa forma que o objeto do direito social é assim uma contraprestação sob a forma da prestação de um serviço. No caso específico, o direito à educação se concretiza com a prestação do serviço escolar de qualidade.

A partir dos anos vintes foi essa obrigação de atender aos direitos sociais que impulsionou a expansão dos serviços públicos. E dessa forma, há um constante repensar desses direitos sociais e atualmente a pergunta que se faz é *até que ponto o Estado deve dar o atendimento a esses direitos, até que ponto deve apenas amparar a busca do indivíduo pelo atendimento desses direitos?*¹¹

Para Uadi Lammêgo Bulos, trata-se de Direitos públicos subjetivos, *porquanto equivalem a pretensões jurídicas dos indivíduos exigirem do Estado a execução (facere) ou a omissão (non facere) de certa prerrogativa, em virtude do que preconiza a norma jurídica. Pode ter como sujeito ativo o próprio Estado ou dos particulares*¹²

Assim, como apresenta a nossa Constituição Federal, a educação é um direito de todos e um dever do Estado e da família e visa ao pleno desenvolvimento da pessoa, e, para tanto, é necessário que a colaboração de toda a sociedade para que isso possa efetivamente ocorrer.

¹⁰ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. São Paulo: Editora Saraiva, 1999, p. 49-50.

¹¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. São Paulo: Editora Saraiva, 1999, p. 51.

¹² BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva, 2008, p. 1303.



1.4 Documentos Históricos Internacionais - Direito à educação

A percepção histórica dos direitos fundamentais de segunda dimensão encontra-se inserida no momento histórico do advento da I Guerra Mundial, em que se somam aos direitos fundamentais da primeira dimensão. Sendo, por fim, consagrado na Constituição de *Weimar* de 1919¹³.

Todavia, cumpre ressaltar que, apesar da relevância da Constituição alemã para os direitos sociais, ela não foi a primeira a refletir esses direitos, assim, podemos citar a doutrina social da igreja católica, que mediante a publicação da encíclica *Rerum Novarum* de 1891 do Papa Leão XII, onde a Igreja Católica retoma a tese já anteriormente defendida por São Tomás de Aquino se posicionando sobre a necessidade ao bem comum, como sendo essencial para a vida humana digna¹⁴.

E ainda, faz-se necessário trazer à baila a Declaração Francesa de 1848, na qual dentre os direitos que foram ali inseridos, já vislumbramos os direitos fundamentais de segunda dimensão e especificamente uma menção expressa ao direito à educação, vejamos:

VIII - A República deve proteger os cidadãos em sua pessoa, sua família, sua religião, sua propriedade, seu trabalho, **bem como pôr ao alcance de qualquer um a instrução indispensável a todos os homens**; deve, por meio de uma assistência fraterna, assegurar os meios de subsistência aos cidadãos necessitados, quer proporcionando-lhes trabalho nos limites dos seus recursos, quer prestando, na falta da família, socorro aos que estejam em condições de trabalhar¹⁵. (grifo nosso).

¹³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. São Paulo: Editora Saraiva, 1999, p. 48.

¹⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. São Paulo: Editora Saraiva, 1999, p. 45.

¹⁵ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Editora Saraiva, 1999, p. 151.



Assim, apesar de não aprofundar sobre o tema do direito à educação, já conseguimos vislumbrar a sua origem.

Por sua vez, a Constituição alemã de 1919 já traz uma seção dedicada à educação e a escola, vejamos:

Quarta Secção - Educação e Escola

[...]

Art. 145. A escolaridade é obrigatória para todos. Ela é realizada, fundamentalmente, pela escola popular em pelo menos oito anos letivos e pela anexa escola complementar, até os dezoito anos completos. O ensino e o material didático, na escola popular e na escola complementar, são gratuitos.

Art. 146 A instrução pública é estruturada de forma orgânica. Para cada escola primária comum organiza-se uma escola média e uma escola superior. Para essa organização, o determinante é a pluralidade das vocações da vida, sendo que, para a admissão de uma criança em determinada escola, são levadas em conta suas aptidões e inclinações; não a situação econômica, a posição social ou a religião de seus pais.

No âmbito municipal, porém, são instituídas, a pedido das pessoas responsáveis pela educação das crianças, escolas populares adaptadas à sua confissão religiosa ou à sua visão de mundo, desde que o ensino, no sentido do disposto na primeira alínea desse artigo não seja prejudicado. A vontade das pessoas encarregadas da educação das crianças deve ser, tanto quanto possível, levada em consideração. [...]

Para o acesso de pessoas de poucos recursos às escolas médias e superiores, subsídios públicos são oferecidos pelo Estado central (Reich), os estados federados (Länder) e os municípios, para os pais de crianças que sejam consideradas aptas a cursar a escola média e a escola superior, até o final de seus estudos.¹⁶

¹⁶ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Editora Saraiva, 1999, p. 188.



Percebe-se portanto, o direito à educação já estava sendo delineado pela Constituição Alemã de 1919.

Em seguida podemos verificar os direitos sociais inseridos na Declaração Universal dos Direitos Humanos, promulgada pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas em dezembro de 1948. Neste documento estão previstos tanto os direitos fundamentais de primeira dimensão quanto os direitos fundamentais de segunda dimensão, os direitos sociais, nas quais especificamente podemos encontrar o direito à educação assim disposto:

Artigo XXVI

1. Todo homem tem direito à educação. A educação deve ser gratuita, pelo menos nos graus elementares e fundamentais. A instrução elementar será obrigatória. A instrução técnico-profissional será generalizada; o acesso aos estudos superiores será igual para todos, em função dos méritos respectivos.

2. A instrução será orientada no sentido do pleno desenvolvimento da personalidade humana e do fortalecimento do respeito pelos direitos do homem e pelas liberdades fundamentais. A instrução promoverá a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e grupos nacionais ou religiosos, e a coadjuvará as atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz.

3. Os pais têm prioridade de direito na escolha do gênero de instrução que será ministrada a seus filhos.¹⁷

O Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais prevê em seu artigo 13 o direito de toda pessoa à educação, vejamos:

Artigo 13

1. Os Estados-Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa à educação. Concordam em que a educação deverá visar ao pleno desenvolvimento da personalidade humana e do sentido de sua dignidade, e

¹⁷ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Editora Saraiva, 1999, p. 220-221.





fortalecer o respeito pelos direitos humanos e liberdades fundamentais. Concordam, ainda, em que a educação deverá capacitar todas as pessoas a participar efetivamente de uma sociedade livre, favorecer a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e entre todos os grupos raciais, étnicos ou religiosos e promover as atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz.

2. Os Estados-Partes do presente Pacto reconhecem que, com o objetivo de assegurar o pleno exercício desse direito:

a) a educação primária deverá ser obrigatória e acessível gratuitamente a todos;

b) a educação secundária em suas diferentes formas, inclusive a educação secundária técnica e profissional, deverá ser generalizada e tornar-se acessível a todos, por todos os meios apropriados e, principalmente, pela implementação progressiva do ensino gratuito;

c) a educação de nível superior deverá igualmente tornar-se acessível a todos, com base na capacidade de cada um, por todos os meios apropriados e, principalmente, pela implementação progressiva do ensino gratuito.

d) dever-se-á fomentar e intensificar, na medida do possível, a educação de base para aquelas pessoas que não receberam educação primária ou não concluíram o ciclo completo de educação primária;

e) será preciso prosseguir ativamente o desenvolvimento da rede escolar em todos os níveis de ensino, implementar-se um sistema adequado de bolsas de estudo e melhorar continuamente as condições materiais do corpo docente.¹⁸

A Convenção sobre os Direitos da Criança, que foi aprovada pela Assembleia Geral da ONU, em novembro de 1989, que foi introduzida em nosso ordenamento jurídico por meio do Decreto nº 99.710 de 1990, traz maiores detalhes sobre a educação,

¹⁸ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Editora Saraiva, 1999, p.323-324.

principalmente para a criança, é assim considerada pessoa até os 18 anos, conforme o seu artigo 1º.

Artigo 28

1. Os Estados Partes reconhecem o direito da criança à educação e, a fim de que ela possa exercer progressivamente e em igualdade de condições esse direito, deverão especialmente:

- a) tornar o ensino primário obrigatório e disponível gratuitamente para todos;
- b) estimular o desenvolvimento do ensino secundário em suas diferentes formas, inclusive o ensino geral e profissionalizante, tornando-o disponível e acessível a todas as crianças, e adotar medidas apropriadas tais como a implantação do ensino gratuito e a concessão de assistência financeira em caso de necessidade;
- c) tornar o ensino superior acessível a todos com base na capacidade e por todos os meios adequados;
- d) tornar a informação e a orientação educacionais e profissionais disponíveis e acessíveis a todas as crianças;
- e) adotar medidas para estimular a freqüência regular às escolas e a redução do índice de evasão escolar.

2. Os Estados Partes adotarão todas as medidas necessárias para assegurar que a disciplina escolar seja ministrada de maneira compatível com a dignidade humana da criança e em conformidade com a presente convenção.

3. Os Estados Partes promoverão e estimularão a cooperação internacional em questões relativas à educação, especialmente visando a contribuir para a eliminação da ignorância e do analfabetismo no mundo e facilitar o acesso aos conhecimentos científicos e técnicos e aos métodos modernos de ensino. A esse respeito, será dada atenção especial às necessidades dos países em desenvolvimento.

Artigo 29

1. Os Estados Partes reconhecem que a educação da criança deverá estar orientada no sentido de:



- a) desenvolver a personalidade, as aptidões e a capacidade mental e física da criança em todo o seu potencial;
- b) imbuir na criança o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais, bem como aos princípios consagrados na Carta das Nações Unidas;
- c) imbuir na criança o respeito aos seus pais, à sua própria identidade cultural, ao seu idioma e seus valores, aos valores nacionais do país em que reside, aos do eventual país de origem, e aos das civilizações diferentes da sua;
- d) preparar a criança para assumir uma vida responsável numa sociedade livre, com espírito de compreensão, paz, tolerância, igualdade de sexos e amizade entre todos os povos, grupos étnicos, nacionais e religiosos e pessoas de origem indígena;
- e) imbuir na criança o respeito ao meio ambiente.

2. Nada do disposto no presente artigo ou no Artigo 28 será interpretado de modo a restringir a liberdade dos indivíduos ou das entidades de criar e dirigir instituições de ensino, desde que sejam respeitados os princípios enunciados no parágrafo 1 do presente artigo e que a educação ministrada em tais instituições esteja acorde com os padrões mínimos estabelecidos pelo Estado.

Esses foram e são os documentos internacionais que, ao longo do tempo, trataram do direito à educação.

1.4.1 Documentos Históricos Nacionais - Direito à educação

Com a chegada dos portugueses, inicia-se o processo de colonização e, nesse primeiro momento, encontramos os jesuítas encarregados da educação em território pátrio. O próximo marco dessa evolução histórica ocorre com a chegada de Dom João VI que promove a abertura de diversas escolas e academias militares.

Já sob a ótica do ordenamento jurídico pátrio, vejamos a evolução do direito à educação, num primeiro momento, sob o caminhar de nossas constituições.

A primeira constituição brasileira, de 1824, outorgada por Dom Pedro I, traz o direito à educação inserido no art. 179, incisos XXXII e XXXIII, afirmando que a Instrução primária será gratuita a todos os cidadãos, criando assim os colégios e as universidades. Estruturando o sistema educacional brasileiro em três etapas distintas: instrução primária, colégio e universidade.

A Constituição de 1891, na qual uma das principais preocupação ali refletia a necessidade de caracterizar o Brasil como um Estado Laico, traz em seu art. 72, § 6º a determinação de que o ensino ministrado nos estabelecimentos públicos deveria ser leigo, determinação essa mantida pela Emenda Constitucional nº 03 de 1926.

Em novembro de 1930, por meio do Decreto 19.402, temos a criação do Ministério dos Negócios da Educação e da Saúde Pública. Em seguida, com o Decreto nº 19.444 de 1930 que trata da composição recém-criado Ministério, especificamente criando o Departamento Nacional do Ensino, sendo subordinada a ele a Universidade do Rio de Janeiro, as escolas superiores federais, localizadas nos diversos Estados, o Instituto Benjamin Constant, a escola nacional de Belas-Artes, o Instituto Nacional de Música e o de Surdos-Mudos, o Colégio Dom Pedro II, a Biblioteca Nacional, o Museu Nacional e o Histórico Nacional, as escolas de aprendizes artífices, a escola normal de artes e ofícios Wenceslau Braz, o observatório nacional e a superintendência dos estabelecimentos de ensino comercial.

Já a Constituição de 1934 traz como competência privativa da União o encargo de traçar as diretrizes da educação nacional, conforme o art. 5º, inciso XIV. Surge a previsão da educação rural com o objetivo de manter o trabalhador no campo, conforme o art. 121, § 3º.

Já o art. 138, inciso b, traz como determinação de que a União, os Estados e os Municípios devem, nos termos das respectivas leis, estimular a educação eugênica. A eugenia foi introduzida no Brasil por Alexandre Tepedino, no ano de 1914, e seu principal defensor foi médico Renato Kehl, fundador da Sociedade Eugênica do Brasil (1918) e da Comissão Brasileira de Eugenia (1931), onde afirmava que a eugenia “ é uma escola para a formação de caráter e a defesa da espécie”.¹⁹

¹⁹ MACIEL, Maria Eunice S. *A eugenia no Brasil*. Anos 90. Porto Alegre, nº 11, 1999, p. 129. Disponível em <http://www.ufrgs.br/ppghist/anos90/11/11art7.pdf>. Acesso em 29/09/2013 às 13h58.



Com essa previsão, três dos Ministros da Educação da época, que se identificaram com essa ideia, implantaram e difundiram a educação eugênica, direcionada para a classe trabalhadora. Assim, Francisco Campos (06/12/30 a 31/08/1931 e 02/12/1931), Belisário Penna (16/09/1931 a 01/12/1931) e Gustavo Capanema (23/07/1934 a 30/10/1945), todos Ministros da Educação, defenderam abertamente essa posição²⁰. Para tanto, intelectuais da época apresentaram pesquisas para embasar tal opção, dentre eles podemos citar a pesquisa de Lourenço Filho que concluiu, por meio das pesquisas realizadas, que existia uma relação entre velocidade de aprendizagem e a “cor” da pessoa, afirmando, que as crianças pretas possuíam um déficit natural em relação às brancas em sua capacidade de aprendizagem, e portanto, deveria ser levado em conta essa informação para a criação de salas seletivas ou no uso mecanismos corretivos. Outro pesquisador, Afrânio Peixoto, defendeu, em sua obra *Noções de História da Educação*, a segregação de crianças e adolescentes considerados “degenerados” como forma de garantir a saúde da nação.²¹

Apesar dessa visão, a Constituição de 1934 ainda previa, em seu artigo 149, que a educação é direito de todos e deve ser ministrada pela família e pelos Poderes Públicos, competindo à União fixar o plano nacional de educação e coordenar e fiscalizar a sua execução, previsão expressa do art. 150, devendo constar de ensino primário integral gratuito e de frequência obrigatória extensivo aos adultos, tendência à gratuidade do ensino educativo ulterior ao primário, a fim de o tornar mais acessível.

Em janeiro de 1937, a Lei nº 378/37 apresenta a nova organização do Ministério da Educação e da Saúde Pública.

Em novembro deste mesmo ano, surge mais uma Constituição, que prevê a competência privativa da União para traçar as diretrizes nacionais da educação (art. 15). Alterando a visão da Constituição anterior o art. 125 nos traz que a educação integral da prole é o primeiro dever e o direito natural dos pais, sendo que o Estado irá colaborar para facilitar a sua execução ou suprir as deficiências e as lacunas da educação particular.

²⁰ Disponível em <http://www.revistadehistoria.com.br/secao/educacao/racismo-a-brasileira> [Acesso em 29/09/2013 às 14h10].

²¹ Disponível em <http://www.revistadehistoria.com.br/secao/educacao/racismo-a-brasileira> [Acesso em 29/09/2013 às 14h10].



Conforme o art. 130, o ensino primário continuou como obrigatório e gratuito, porém, a gratuidade não excluía o dever de solidariedade, de tal forma que para aqueles que não alegarem escassez de recursos, deveriam contribuir, mensalmente, para a caixa escolar. Já o art. 129 atribuiu às indústrias e aos sindicatos a responsabilidade de criar, escolas de aprendizes, voltadas para os filhos de seus operários ou associados.

A Constituição de 1946 mantém que é de competência privativa da união tratar das diretrizes do plano nacional da educação. Como avanço, o artigo 166 nos informa que a educação deve-se inspirar nos princípios da liberdade e da solidariedade humana, sendo que a educação será dada tanto no lar quanto na escola. A obrigatoriedade do ensino primário permanece, sendo gratuito a todos, já o ensino oficial ulterior ao primário só será gratuito para aqueles que provarem a falta ou insuficiência de recursos. As empresas passam a ser obrigadas a manter ensino primário gratuito para os seus servidores e seus filhos, desde que contem com mais de 100 trabalhadores.

Por sua vez, a Constituição de 1967 mantém a obrigatoriedade do ensino primário, porém, assegura a igualdade de oportunidade, devendo inspirar-se no princípio da unidade nacional e nos ideais de liberdade e de solidariedade humana (art. 168).

A Constituição de 1969 mantém a obrigatoriedade do ensino primário para todos dos sete aos quatorze anos, sendo gratuito nos estabelecimentos oficiais, já para o nível médio e superior somente será gratuito aqueles que demonstrarem efetivo aproveitamento e provarem falta ou insuficiência de recursos. Sendo que esse regime de gratuidade será substituído, de forma gradativa, pelo sistema de concessão de bolsas de estudos, mediante restituição a ser fixado em lei, conforme o art. 176.

1.4.2 Direito à educação: visão Constitucional

A Constituição Federal de 1988 veio imbuída de uma nova visão sobre a educação, agregando ao que já tínhamos de positivo.

A primeira alteração foi a inclusão dos direitos sociais na Constituição de 1988, de forma expressa, no art. 6º, e sem deixar dúvidas quais são eles, apresenta o seu rol, no qual está inserido o direito à educação.





Com relação à competência para tratar da educação, vem apresentando a esfera de competência de cada um dos entes. Dessa forma, ao passo que é de competência privativa da União estabelecer e fixar o plano nacional de educação, a competência é comum entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios quando se refere a proporcionar os meios de acesso à educação. Como avanço, a Constituição estabelece que é direito de todos e dever do Estado e da família a educação, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho, devendo ser ministrado com base nos seguintes princípios:

Art. 206. [...]

I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola;

II - liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber;

III - pluralismo de idéias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino;

IV - gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais;

[...]

VII - garantia de padrão de qualidade.

Já que podemos verificar que o acesso formal do brasileiro à educação tem-se concretizado ao longo dos anos, a preocupação passou a ser com o padrão de qualidade dessa educação²².

Analisando o art. 206 da CF/88, Uadi Lammêgo Bullos afirma tratarem os incisos desse artigo verdadeiros princípios constitucionais do ensino²³, e especificamente observando que a garantia do padrão de qualidade prevista na Constituição Federal não é somente aquela aferida nos exames de avaliação escolar, mas sim a qualidade mensurada de forma externa, na qual o ensino será aferido pelos padrões e necessidades sociais²⁴.

²² VAN HOLTHE, Leo. *Direito Constitucional*. 4a. edição. Bahia: Editora JusPodivm, 2008, p. 779.

²³ BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 2a. edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2008, p. 1305.

²⁴ BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 2a. edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2008, p. 1307.

Como forma de avaliar a qualidade do ensino – seja ele ensino público ou privado – o Estado vem se estruturando para a realização de uma série de testes que tem como objetivo mensurar o conhecimento adquirido pelos estudantes, usando assim o SAEB - Sistema Nacional de Avaliação da Educação Básica, do Enem (Exame Nacional do Ensino Médio) e o Exame Nacional de Desempenho de Estudantes (Enade) que integra o Sistema Nacional de Avaliação da Educação Superior (Sinaes)²⁵.

Por sua vez, o art. 208 se posiciona apontando os deveres do Estado para com a Educação. Quando de sua confecção pela Assembleia Constituinte, a ideia originária referia-se ao ensino fundamental. Com a Emenda Constitucional nº 14 de 1996, houve uma alteração e atualmente a redação desse artigo e incisos é com base na Emenda Constitucional nº 59 de 2009, na qual se determinou que a educação básica obrigatória e gratuita é dos 4 anos aos 17 anos de idade, sendo que no caso do ensino médio este é gratuito, mas com a progressiva universalização, redação dada pela Emenda Constitucional nº 14 de 1996. Para as pessoas portadoras de deficiência, o atendimento educacional deverá ser especializado, preferencialmente na rede regular de ensino. E para as crianças de até cinco anos de idade, a educação infantil deverá ocorrer em creches e pré-escolas. Ao passo que o acesso aos níveis mais elevados de ensino, da pesquisa e da criança artística depende da capacidade de cada um. Em razão do educando que trabalha, deve ser assegurada a oferta de ensino noturno regular.

Percebendo que, para a concretização do direito à educação, são necessários vários outros apoios, estabelece-se assim, em âmbito constitucional, a obrigatoriedade de criação de programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde.

Considera o acesso ao ensino como sendo direito público subjetivo e prevê que na hipótese de não ocorrer de forma regular ou não for ofertado o ensino obrigatório pelo Poder Público, isso importa em responsabilidade da autoridade competente.

Além disso, há um conteúdo mínimo para ser desenvolvido no ensino fundamental de tal sorte a assegurar a formação básica comum para todos os brasileiros, e ainda, o respeito aos valores culturais e artísticos, tanto os nacionais quanto os regionais, conforme o art. 210 da CF/88.

²⁵ O Sinaes foi criado pela Lei nº 10.861, de 14 de abril de 2004.



O artigo 214 faz menção expressa ao plano nacional de educação que deverá ser estabelecido em lei própria com o objetivo de erradicar o analfabetismo, universalizar o atendimento escolar, melhorar a qualidade de ensino, voltados para a formação para o trabalho, com a promoção humanística, científica e tecnológica do País, e ainda estabelecer as metas de aplicação dos recursos públicos.

Assim, ao passo que a educação é um direito individual, ele é difuso, já que interessa a toda a sociedade, possivelmente representa o direito social mais importante para a superação das históricas desigualdades sociais que assolam o nosso país.

Cumprido ressaltar que o processo educativo é mais abrangente do que a simples instrução, já que o que se visa é a formação necessário para o desenvolvimento das aptidões do cidadão, para o seu pleno desenvolvimento, como bem explicita a Constituição, assim nas palavras de José Celso de Mello Filho temos que:

o acesso à educação é uma das formas de realização concreta do ideal democrático. A educação, processo contínuo e complexo que é, deve ser vista e analisada como um exercício de liberdade, na medida em que, desenvolvendo e ampliando a capacidade do educando, qualifica-o a compreender e avaliar, criticamente, as experiências ministradas pela realidade social²⁶.

O Direito à educação é um direito fundamental que permite a instrumentalização dos demais direitos, pois se não houver o conhecimento não será possível a busca pela efetividade dos demais direitos fundamentais, já que o desconhecimento acaba gerando uma passividade e uma obediência cega àqueles que detém o conhecimento. Como o desconhecimento impede os questionamentos acaba mantendo os atuais sistemas violadores do desenvolvimento da pessoa humana.

Para Uadi Lammêgo Bulos:

“Pela Carta de 1988, a *educação* qualifica-se como o processo formal, regular ou escolar.

²⁶ MELLO FILHO, José Celso de. *Constituição Federal anotada*. São Paulo: Editora Saraiva, 1986, p. 533.

Essa é a regra. Porém, há momentos em que se abre espaço à educação informal.

Assim, há dois regimes jurídicos da educação na Constituição da República; um *formal*, estatuído no Capítulo III do Título VIII; e o outro *informal*, que fica de forma do regime escolar normatizado no referido capítulo.

Como exemplo do último, temos a educação ambiental (art. 225, VI) a eliminação do analfabetismo e a universalização da escola fundamental (art. 60 do ADCT).

Decerto que o Texto Maior não poderia ficar limitado ao regime jurídico da educação formal, porque a escolarização é um tipo de educação, e não o único.

Mas no art. 205, a palavra *educação* significa *educação escolarizada*, isto é, o processo formal, regular ou escolar de ensino.

Três motivos justificam a opção do constituinte:

Oficializar a escola como a instituição principal do processo ensino/aprendizagem;

Promover o preparo e a capacitação profissionais, insurgindo daí a importância dos serviços prestados pela escola; e

Deixar a educação informal como a última possibilidade de fomento ao desenvolvimento intelectual do homem, pois ela nem sempre alcança os mesmos resultados do ensino regular.”²⁷

Percebe-se a preocupação do Constituinte em criar uma estrutura de ensino visando garantir não apenas o ingresso, mas também a permanência dos educandos em estabelecidos de ensino de qualidade.

Em que pese essa posição do constituinte, e mesmo após a Constituição de 1988, podemos vislumbrar, leis sendo criadas no sentido de estimular a chamada “educação eugênica”. Assim, podemos citar os municípios de Barra do Quaraí e Uruguaiana, ambos do Rio Grande do Sul, que em suas leis orgânicas municipais fizeram constar o estímulo à “educação eugênica”. No caso

²⁷ BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva, 2008, p. 1305.



específico, o procurador-geral de Justiça propõe as ações diretas de inconstitucionalidade. O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, por decisão de seu Órgão Especial, considerou o referido trecho como sendo inconstitucional. Mas não foram apenas esses municípios que trouxeram essa expressão às suas leis orgânicas, diversos outros municípios também fizeram menção expressa à “educação eugênica”.²⁸

1.4.3 Direito à educação: visão do Estatuto da Criança e do Adolescente

O Estatuto da Criança e do Adolescente reserva uma atenção especial ao direito à educação, conforme podemos constatar analisar o artigo 53 ao 58.

O caput do art. 53 nos traz a seguinte redação:

Art. 53. A criança e o adolescente têm direito à educação, visando ao pleno desenvolvimento de sua pessoa, preparo para o exercício da cidadania e qualificação para o trabalho, assegurando-se-lhes:

Analisando o caput do art. 53, Antônio Carlos Gomes da Costa afirma que esse artigo, ao tratar do direito à educação, acaba apresentando uma estrutura hierarquizada em que o primeiro lugar é destinado ao pleno desenvolvimento do educando como pessoa, ao passo que o segundo lugar ficou o preparo para o exercício da cidadania e em terceiro lugar é que aparece a qualificação para o trabalho. E alerta ainda que essa hierarquia não pode ser desconsiderada em nenhum momento ao interpretar esse artigo²⁹.

Como as normas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente, são consideradas cogentes, elas não podem deixar de serem cumpridas, nem pelo próprio Estado, no qual há o respeito do direito à educação, tanto o STF quanto o STJ têm se manifestado acerca dessa obrigação do Estado.

Assim, o Superior Tribunal de Justiça, ao analisar e decidir o REsp 575.280-SP, na relatoria do então ministro Luiz Fux, com

²⁸ Rio Grande do Sul: Tribunal de Justiça. Processos: 70.020.894.978 e Processo 70.020.894.606. Disponível em http://www.conjur.com.br/2007-nov-13/educacao_eugenica_inconstitucional_tj_gaucho - 13/11/2007. [Acesso em 30/09/2013 às 15:32].

²⁹ COSTA, Antônio Carlos Gomes da. Capítulo IV - Do direito à educação, à cultura, ao esporte e ao lazer. In: *Estatuto da criança e do adolescente comentado*. CURY, Munir (Coord.). 12a., São Paulo: Editora Malheiros, 2013.



juízo em 2/09/2004, afirmou que a norma constitucional inserida no art. 54 do ECA é definidora de direitos de tal sorte, que não se trata de norma programática, o que se mostra perfeitamente exigível perante a inércia ou o descumprimento pela Administração.

Nessa mesma linha de pensamento, em decisão mais recente temos o REsp 1189082 / SP, de relatoria do Ministro Benjamin Hermann da Segunda Turma, com publicação no DJe 04/02/2011. Bem como o REsp 1.185.474/SC onde já se decidiu que a reserva do possível não pode ser uma argumentação oposta à efetivação dos direitos fundamentais.

Por sua vez, o Pretório Supremo Tribunal Federal, ao ser demandado sob diversos ângulos do direito à educação, já se manifestou que o atendimento em creche e pré-escola é motivo de proteção do judiciário quando não é observado pela administração pública (AgRe no RE 463.210). E ainda, podemos citar, não é possível a administração pública deixar de prover a educação alegando a deficiência de caixa (ARE 639.337 AgR/SP).

Diante desses julgados, podemos perceber que, com relação ao direito à educação, a administração não pode deixar de concretizá-los, argumentando, sob a teoria da reserva do possível, que não dispõem de condições financeiras para arcar com o custo educação. Isso decorre de que a aplicação das verbas públicas decorre de um processo de escolha³⁰, e essa escolha não é ampla e irrestrita para a administração pública, mas ela fica limitada pelo conjunto normativo, nesse caso a Constituição Federal e o Estatuto da Criança e do Adolescente.

Sendo a educação um direito de todos, sem qualquer distinção, assim, é dever dos pais assegurá-lo, realizando a matrícula de seus filhos na rede de ensino. Por sua vez, trata-se de dever da sociedade que precisa realizar a fiscalização nos casos de evasão escolar ou na hipótese da criança não ser devidamente matriculada na rede de ensino, agindo, assim, por exemplo, por intermédio do Conselho Tutelar³¹.

³⁰ ROSSATO, Luciano Alves, LÉPORE, Paulo Eduardo e CUNHA, Rogério Sanches. *Estatuto da criança e do adolescente*. 3a. edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 254.

³¹ AMIN, Andréa Rodrigues. Dos direitos fundamentais. In: *Curso de direito da criança e do adolescente*. 6a. edição. MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p.97.

Percebe-se que num primeiro momento a preocupação é com a garantia de ingresso, ou seja, que todas as crianças e adolescentes têm o direito de todos. E aqui estamos falando de todos, sejam crianças portadoras de alguma necessidade especial ou não. Mas ter o número de vagas disponíveis para todos, ainda é considerado muito pouco; é preciso, além do ingresso, o acesso e a permanência nas escolas.

Dessa feita, a oferta de vagas é apenas uma das responsabilidades do estado. É preciso garantir o acesso e a permanência dessas crianças em suas escolas, preferencialmente próximo de suas residências.

Com relação ao acesso, a forma encontrada, mediante criação de leis estaduais e municipais específicas, refere-se ao passe estudantil ou à criação de uma linha especial de transporte escolar. Nesse caso, cada prefeitura é livre para criar essa legislação, desde que isso concretize o direito de acesso à escola dessas crianças. Como exemplo, temos o Estado do Rio de Janeiro, por meio da Lei nº 4.510/2005, assegurando o passe livre dos alunos da rede pública, desde que devidamente uniformizados.

Ainda com base no inciso I do art. 53 do Estatuto da Criança e do Adolescente, é necessária a permanência das crianças e dos adolescentes em sala de aula. Assim, faz-se necessário o combate constante à evasão escolar.

O Rio Grande do Sul foi um dos primeiros estados a implementar um programa cujo objetivo é o combate à evasão escolar. Criou a Ficha de Comunicação de Aluno Infrequente (Ficai), onde a escola, após o sétimo dia de ausência consecutiva do aluno, entra em contato com a família para informar da falta. Essa ficha é preenchida em três vias, sendo uma para a direção da escola, a segunda via encaminhada ao Conselho Tutelar, e a terceira destinada ao órgão municipal de educação para fins de controle estatísticos e de controle preventivo da evasão escolar³².

Por sua vez, o art. 12, inciso VIII, da Lei de Diretrizes e Bases³³, torna obrigatório para a escola o encaminhamento ao

³² AMIN, Andréa Rodrigues. Dos direitos fundamentais. In: *Curso de direito da criança e do adolescente*. 6a. edição. MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p.100.

³³ Art. 12. Os estabelecimentos de ensino, respeitadas as normas comuns e as do seu sistema de ensino, terão a incumbência de:
VIII - notificar ao Conselho Tutelar do Município, ao juiz competente da Comarca e ao respectivo representante do Ministério Público a relação dos alunos que apresentem quantidade de faltas acima de cinquenta por cento do percentual permitido em lei.



Conselho Tutelar, ao juiz competente e ao Ministério Público a relação dos alunos que apresentam quantidade de faltas acima de 50% do percentual permitido em lei.

Além disso, é de responsabilidade da escola informar aos pais, sejam eles conviventes ou não, a ausência dos alunos, conforme previsto no art. 12, inciso VII da LDB³⁴.

O artigo 54 do Estatuto da Criança e do Adolescente, em consonância com a Constituição Federal, traz que *é dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente: I - ensino fundamental, obrigatório e gratuito, inclusive para os que não tiveram acesso na idade própria.*

Para Wilson Donizeti Liberati

[...] a obrigatoriedade do ensino fundamental desdobra-se em dois momentos: do Poder Público, que deve oferecer (obrigatoriamente) o serviço essencial e básico da educação; e dos pais, que devem (obrigatoriamente) matricular seus filhos. Temos, portanto, dois atores responsáveis pela garantia do direito à educação, e temos a criança e o adolescente, que são protagonistas de seu direito de acesso, à permanência e ao ensino de qualidade no ensino fundamental.³⁵

Assim, não basta apenas o acesso e o oferecimento do ensino, mas o que se busca já é o ensino de qualidade.

Enquanto a legislação defende essa educação de qualidade, a realidade brasileira ainda deixa muito a desejar.

Dentre os 65 países avaliados pelo PISA³⁶, o Brasil, infelizmente, ocupa o 53º lugar. Assim, mesmo com a matrícula de certa de 98% das crianças entre 6 e 12 anos de idade, cerca de 731 mil crianças estão fora da escola, conforme dados do IBGE.

³⁴ VII - informar pai e mãe, conviventes ou não com seus filhos, e, se for o caso, os responsáveis legais, sobre a frequência e rendimento dos alunos, bem como sobre a execução da proposta pedagógica da escola.

³⁵ LIBERATI, Wilson Donizeti. *Conteúdo material do direito à educação. Direito à educação: uma questão de justiça*. São Paulo: Editora Malheiros, 2004, p. 222.

³⁶ PISA significa Programme for international student assessment, ou seja, programa internacional de avaliação de estudantes. Trata-se de uma iniciativa internacional em que é aplicada a estudantes na faixa de 15 anos de idade, onde, na maioria dos países já ocorreu a conclusão da escolaridade básica obrigatória. In <http://portal.inep.gov.br/pisa-programa-internacional-de-avaliacao-de-alunos>. [Acesso em 18 de outubro de 2013].



E entre as pessoas de 15 a 64 anos, na pesquisa realizada no ano de 2009, pelo IBOPE, cerca de 28% delas são enquadradas como analfabetismo funcional³⁷.

Além disso, cerca de 34% dos estudantes que chegam ao 5º ano de escolarização ainda não conseguem ler e dos 20% dos jovens que concluem o ensino fundamental, moradores das grandes cidades, eles não conseguem dominar o uso da leitura e da escrita³⁸.

Com isso, podemos verificar que o acesso ao ensino aumentou, porém, a qualidade de ensino ainda não atingiu um patamar satisfatório.

2. DIREITOS SOCIAIS, EDUCAÇÃO E CIDADANIA

Num primeiro momento podemos trazer o conceito clássico de cidadão como sendo o indivíduo que está em pleno gozo de seus direitos - civis e políticos - de um determinado Estado.

O conceito de cidadania tem se transformado com o passar dos anos e, assim, a ideia originária de cidadania, de ser cidadão, é bem hoje mais amplo do que antigamente.

Na visão de Maria Cristina dos Santos Cruanhes, podemos trazer à baila um conceito simples de cidadania no qual é atribuído um conjunto de direitos e deveres atribuídos às pessoas que nasceram e vivem num país. Dessa feita, a primeira condição para que isso ocorra é que o cidadão deve ser livre, já que isso é uma condição essencial para o exercício da cidadania³⁹.

Por sua vez, Dalmo Dallari assim se pronuncia

Todos os que se integram no Estado, através da vinculação jurídica permanente, fixada no momento jurídico da unificação e da constituição do Estado, Adquirem a condição de cidadãos, podendo-se, assim, conceituar o povo como o conjunto de cidadãos do Estado. Dessa forma, o indivíduo, que no momento de seu nascimento atende aos requisitos fixados

³⁷ BRUINI, Eliane da Costa. Disponível em <http://www.brasilecola.com/educacao/educacao-no-brasil.htm>. [Acesso em 18 de outubro de 2013].

³⁸ BRUINI, Eliane da Costa. Disponível em <http://www.brasilecola.com/educacao/educacao-no-brasil.htm>. [Acesso em 18 de outubro de 2013].

³⁹ CURANHES, Maria Cristina dos Santos. *Cidadania: Educação e exclusão social*. Porto Alegre: Editora Sergio Antonio Fabris Editor, 2000, p. 75.

pelo Estado para considerar-se integrado nele é, desde logo, cidadão. [...]

A própria condição de cidadão implica direitos e deveres que acompanham o indivíduo sempre. A cidadania ativa pressupõe a condição de cidadão, mas exige, além disso que o indivíduo atenda a outros requisitos exigidos pelo Estado.

Se o cidadão ativo deixar de atender a algum desses requisitos poderá perder ou ter reduzidos os atributos da cidadania ativa, segundo o que o próprio Estado dispuser, sem, no entanto, perder a cidadania.⁴⁰

Marshall apresenta o conceito de cidadania sob três ângulos distintos, denominados de civil, político e social. Os direitos civis se refere aos direitos necessários à liberdade individual e, dentre eles, podemos citar a liberdade de ir e vir, dentre outros. Já o elemento político deve ser considerado o direito de participar no exercício do poder político, seja como eleitor ou como aquele que foi eleito. Já o elemento social se refere a tudo o que vai desde o direito a um mínimo de bem-estar econômico e segurança ao direito de participar, por exemplo, da herança social e levar a via de um ser civilizado, em conformidade com os padrões vigentes à época.⁴¹

E analisando tal conceituação, percebemos que o direito à educação encontra-se inserido no elemento social, ou mais precisamente, conforme nossa Constituição Federal, inserido no rol dos direitos sociais.

Assim, uma das formas de exteriorização da cidadania é por meio da concretização dos direitos sociais, e no caso específico artigo presente, na hipótese de direito à educação.

Mas essa postura não é isolada desse doutrinador, ao contrário, outros doutrinadores ao analisar o conceito de cidadania insere o direito à educação em sua formação.

Assim, podemos citar a posição de João Baptista Herkenhoff⁴² para quem a cidadania compreende quatro dimensões: social, econômica, educacional e existencial.

⁴⁰ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do estado*. São Paulo: Editora Saraiva, 1994, p.85.

⁴¹ *apud* CURANHES, Maria Cristina dos Santos. *Cidadania: Educação e exclusão social*. Porto Alegre: Editora Sergio Antonio Fabris Editor, 2000, p. 77-78.

⁴² HERKENHOFF, João Baptista. *Direito e cidadania*. São Paulo: Editora Uniletras, 2004, p. 21-22.



Quanto à formação da cidadania, podemos afirmar que ela tem origem em diversas instituições sociais, dentre as quais podemos citar as igrejas, os livros, o mundo das artes, os meios de comunicação⁴³.

Como verificamos anteriormente, a educação deve ser ofertada com o objetivo, entre outros, de formar cidadãos. Assim, não se questiona esse objetivo da educação. Todavia, com os dados apresentados, encontramos um grande descompasso entre essa afirmativa e a realidade presente em nosso país.

Quando analisamos detidamente os dados, referente à sistema educacional brasileiro, verificamos que parcela de nossa população inserida na escola, verificamos que nem sempre essas pessoas estão inseridas na série correspondente ao seu ano escolar e mesmo aquelas que estão inseridas neles, não significa afirmar que elas estão realmente aprendendo de forma adequada.

Se por um lado o Brasil é ainda um país com analfabetos, o que falar então daqueles que foram alfabetizados, em tese, porém, que não conseguem ingressar no mercado pela deficiência do ensino, que permite que essa criança avance nos estudos porém, não tendo o discernimento necessário para a compreensão dos atos realizados, e pelos fatos da vida.

O padrão mínimo de qualidade está expresso no texto constitucional quando, em seu art. 206, inciso VII, determina que:

Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: [...]
VII - garantia de padrão de qualidade.

E a Lei de Diretrizes e Bases, nos traz em seu art. 4º que

Art. 4º O dever do Estado com educação escolar pública será efetivado mediante a garantia de:
IX - padrões mínimos de qualidade de ensino, definidos como a variedade e quantidade mínimas, por aluno, de insumos indispensáveis ao desenvolvimento do processo de ensino-aprendizagem.

⁴³ HERKENHOFF, João Baptista. *Direito e cidadania*. São Paulo: Editora Uniletras, 2004, p. 196.



O padrão mínimo compreende dois requisitos, quais sejam, variedade e quantidade mínimas, por aluno de insumos indispensáveis ao desenvolvimento do processo de ensino-aprendizagem.

Apesar de vir assim expresso, é preciso compreender que o padrão mínimo de qualidade do ensino é efetivamente aquele que ensina e qualifica o alunado e o torna efetivamente apto a ser cidadão.

Conforme entendimento do Herkenhoff, uma das dimensões da cidadania é a educação, dessa forma, faz-se necessário que a educação prepare o aluno para uma cidadania ativa, já que a cidadania tradicional, basta que ele complete a idade mínima e se inscreva como eleitor.

Não basta apenas o acesso igualitário, é necessário que o ensino fornecido também seja igualitário, para que as crianças possam competir em situação de igualdade. E não criar discriminações em que aqueles que tiveram uma educação mais elaborada se destaquem e consigam ingressar no mercado de trabalho de forma mais adequada do que aqueles que tiveram acesso a escolas não tão qualificadas.

A consequência dessa desigualdade reflete na forma de ingresso no vestibular ofertado pelas universidades públicas, em que o percentual de ingresso das pessoas de poder aquisitivo mais baixo deixava muito a desejar. Para solucionar esse problema, cria-se o sistema de cotas.

Ocorre porém que o sistema de cotas, baseado nas ações afirmativas, apresenta como característica uma duração limitada. Dessa feita, ao ser instituído deve ser delimitado o seu tempo de duração. Por outro lado, faz-se necessário que, nesse mesmo período, o ensino se adeque a permitir que o ingresso ocorra de forma normal, sem a necessidade de ingresso pelo sistema de cotas. Ofertando assim, o ensino de qualidade desde a base.

Por outra banda, cumpre ressaltar que a forma de ingresso no mercado de trabalho pode ocorrer tanto em ambiente particular quanto em ambiente público.

Se o ensino é voltado também para proporcionar-lhe o ingresso no mercado de trabalho, é necessário que seja ofertado o conhecimento necessário para o ingresso nessa seara. Deixar de fazê-lo é não cumprir o preceituado constitucionalmente, aviltando assim, a Constituição Federal em dois momentos distintos, ou seja, quando não oferta um ensino voltado a lhe permitir ingressar no





mercado de trabalho e ainda ofende a Constituição já que não oferta um ensino de qualidade.

Quem responsabilizar ?

A Lei de Diretrizes e Bases afirma que quando deixa de ofertar o ensino obrigatório por negligência da autoridade competente, esta responde por crime de responsabilidade (art. 4º, §4º da LDB⁴⁴).

Porém, nada fala com relação à oferta de baixa qualidade, ou de qualidade duvidosa que faz com que a criança, quando adulto não consiga competir de forma adequada no mercado de trabalho e como consequência nos deparamos com a exclusão social.

Maria Cristina dos Santos Cruanhes traduz bem a ideia de exclusão:

Os excluídos não são fruto do destino. São o resultado da maneira como é organizada a nossa sociedade. [...]

A sociedade brasileira contemporânea tem como marcas exteriores dessa pobreza: o aviltamento do trabalho, o desemprego, a debilidade da saúde, o desconforto, a moradia precária e insalubre, a alimentação insuficiente, a ignorância, a fadiga, a resignação.

Seguindo esse raciocínio Maria Carmelita Yazbek afirma que

A pobreza é muito mais do que falta de comida e habitação; é carência de direitos, de possibilidades, de esperanças. Nesse sentido, ela é considerada mais vergonhosa do que as outras modalidades⁴⁵.

Assim, a pobreza e a exclusão social precisam ser amplamente combatidas, pois essas acabam por anular a possibilidade do indivíduo a chegar ao conceito de cidadania plena. Conforme Maria Cristina dos Santos Cruanhes, temos que

[...] as mudanças curriculares derivadas das leis educacionais não foram suficientes para

⁴⁴ §4º Comprovada a negligência da autoridade competente para garantir o oferecimento do ensino obrigatório, poderá ela ser imputada por crime de responsabilidade.

⁴⁵ YAZBEK, Maria Carmelita. *Classes subalternas e assistência social*. São Paulo: Editora Cortes, 1996, p. 63.

alocar conhecimento a serviço da cidadania. E, sem conhecimento, jamais chegaremos à cidadania plena.

[...]

Precisamos também estabelecer novos conteúdos curriculares em que sejam atendidos os objetivos básicos da educação: a formação da cidadania, a promoção dos sentimentos de solidariedade e justiça, a superação dos preconceitos, a compreensão dos direitos fundamentais e, principalmente, a efetiva participação política do cidadão.

Só assim teremos cidadãos plenos. Acima de tudo, precisamos exigir da sociedade e do governo o cumprimento da lei, assegurando acesso a todo o brasileiro à educação e a uma educação que forme o cidadão pleno, conhecedor de seus direitos, para poder exigí-los e cumpridor dos seus deveres⁴⁶.

Por outro lado, a administração pública, por meio de seus governadores, prefeitos, etc. devem se adequar à previsão do Estatuto da Criança e do Adolescente que determina a prioridade para criança e adolescente a efetivação dos direitos das crianças e dos adolescentes, dentre eles o direito à educação, em que essa garantia compreende a preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas, e ainda, a destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude, conforme previsto no art. 4º e alíneas do parágrafo único⁴⁷.

⁴⁶ CURANHES, Maria Cristina dos Santos. *Cidadania: Educação e exclusão social*. Porto Alegre: Editora Sergio Antonio Fabris Editor, 2000, p. 106.

⁴⁷ Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:

- a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;
- b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;
- c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;
- d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.



No julgado do Superior Tribunal de Justiça, chama a atenção a parte abaixo transcrita:

DIREITO CONSTITUCIONAL. À CRECHE EXTENSIVO AOS MENORES DE ZERO A SEIS ANOS. NORMA CONSTITUCIONAL REPRODUZIDA NO ART. 54 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. NORMA DEFINIDORA DE DIREITOS NÃO PROGRAMÁTICA. EXIGIBILIDADE EM JUÍZO. INTERESSE TRANSINDIVIDUAL ATINENTE ÀS CRIANÇAS SITUADAS NESTA FAIXA ETÁRIA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CABIMENTO E PROCEDÊNCIA.

[...]

11- O Estado não tem o dever de inserir a criança numa escola particular, porquanto as relações privadas subsumem-se a burocracias sequer previstas na Constituição. O que o Estado soberano promete por si ou por seus delegatários é cumprir o dever de educação mediante o oferecimento de creche para crianças de zero a seis anos. Visando ao cumprimento de seus desígnios, o Estado tem domínio iminente sobre bens, podendo valer-se da propriedade privada, etc. O que não ressoa lícito é repassar o seu encargo para o particular, quer incluindo o menor numa 'fila de espera', quer sugerindo uma medida que tangencia a legalidade, porquanto a inserção numa creche particular somente poderia ser realizada sob o pálio da licitação ou delegação legalizada, acaso a entidade fosse uma longa *manu* do Estado ou anuísse, voluntariamente, fazer-lhe as vezes.

12- Recurso especial provido.
(STJ - 1a. turma - REsp 575.280/SP - Relator Ministro Luiz Fux)

Dessa forma, pela leitura do referido julgado, pode-se verificar a possibilidade do Estado de criar convênios para atender à demanda, nos lugares em que não conseguir atender à necessidade de criação de creches, escolas.



CONCLUSÃO

Percebe-se que a educação como algo a ser valorizado vem sendo construindo aos poucos em nosso universo jurídico, ao passo, que no universo social, ainda há grandes dúvidas de sua importância.

Por outra banda, não se quer apenas o acesso à educação, mas uma educação de qualidade, que permita que cada uma das crianças de hoje possam ingressar no mercado de trabalho de forma digna, que o diploma de conclusão do ensino fundamental, médio, e outros, reflita um conhecimento adequado para competir no mercado de trabalho de forma digna, e ainda, que ele reflita mesmo o conhecimento adquirido em cada um dos seus níveis.

O ensino deve apresentar conteúdo curricular que seja capaz de abarcar as duas diretivas constitucionais, quais sejam: a formação da cidadania e a preparação para o ingresso no mercado de trabalho.

Assim, as propostas curriculares devem respeitar as diferenças e combater os preconceitos, para que a construção da cidadania possa ocorrer e, ainda, permitir que cada uma dessas crianças tenham igualdade de acesso ao mercado de trabalho, por seus próprios méritos, pelo seu próprio desenvolvimento, e assim, com a sua qualificação permitir ingressar em um trabalho que irá lhe proporcionar um desenvolvimento adequado e uma capacitação profissional.

Traçando um comparativo com o Estado fornecendo a saúde para as pessoas, caso um médico ou enfermeiro cometa algum erro e esse paciente venha a óbito, o Estado é responsabilizado, gerando o dever de indenização para o Estado e ação regressiva para os profissionais que levaram o paciente a óbito.

Por outro lado, no caso do Estado fornecendo educação para as pessoas, caso essas crianças não consigam exercer a sua cidadania ativa ou ingressar no mercado de trabalho - gerando assim, os nossos milhares de analfabetos funcionais - não deveria o Estado ser responsabilizado e com isso responsabilizar os profissionais que levaram aquela pessoa à exclusão social, que é também uma espécie de morte?

Como justificar que nossas crianças vêm tirando as piores notas nas avaliações realizadas ? E não estamos falando daquelas que não estão dentro da rede de ensino, ao contrário, esse resultado é exatamente desse universo analisado.





Não adianta novos conteúdos curriculares, se aqueles já existentes não são cumpridos de forma adequada. Por outro lado, não adianta manter os atuais conteúdos se eles não respondem à perspectiva da sociedade e seu ingresso no mercado de trabalho.

Diante desse nosso quadro, é preciso reverter toda essa situação. E se passa por vontade política, passa também por interesse individual, da família e da sociedade. Ninguém quer ser excluído, ou permanecer excluído, ao contrário, quer ser valorizado, mas isso só será possível por meio de uma educação de qualidade.

ANEXOS

Jurisprudência do STJ

DIREITO CONSTITUCIONAL À CRECHE EXTENSIVO AOS MENORES DE ZERO A SEIS ANOS. NORMA CONSTITUCIONAL REPRODUZIDA NO ART. 54 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. NORMA DEFINIDORA DE DIREITOS NÃO PROGRAMÁTICA. EXIGIBILIDADE EM JUÍZO. INTERESSE TRANSINDIVIDUAL ATINENTE ÀS CRIANÇAS SITUADAS NESTA FAIXA ETÁRIA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CABIMENTO E PROCEDÊNCIA.

331

1- O direito constitucional à creche extensivo aos menores de zero a seis anos é consagrado em norma constitucional reproduzida no art. 54 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Violação de Lei Federal.

“É dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente: I - ensino fundamental, obrigatório e gratuito, inclusive para os que a ele não tiveram acesso na idade própria; II - progressiva extensão da obrigatoriedade e gratuidade ao ensino médio; III - atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência preferencialmente na rede regular de ensino; IV - atendimento em creche e pré-escola às crianças de (zero) a 6 (seis) anos de idade.”

2- Releva notar que uma Constituição Federal é fruto da vontade política nacional, erigida mediante consulta das expectativas e das possibilidades do que se vai consagrar, por isso que cogentes e eficazes suas promessas, sob pena de restarem vãs e frias enquanto letras mortas no papel. Ressoa inconcebível que direitos consagrados em normas menores como Circulares, Portarias, Medidas Provisórias, Leis Ordinárias tenham eficácia imediata e os direitos consagrados

constitucionalmente, inspirados nos mais altos valores éticos e morais da nação sejam relegados a segundo plano. Prometendo o Estado o direito à creche, cumpre adimpli-lo, porquanto a vontade política e constitucional, para utilizarmos a expressão de Konrad Hesse, foi no sentido da erradicação da miséria intelectual que assola o país. O direito à creche é consagrado em regra com normatividade mais do que suficiente, porquanto se define pelo dever, indicando o sujeito passivo, *in casu*, o Estado.

3- Consagrado por um lado o dever do Estado, revela-se, pelo outro ângulo, o direito subjetivo da criança. Consectariamente, em função do princípio da inafastabilidade da jurisdição consagrado constitucionalmente, a todo direito corresponde uma ação que o assegura, sendo certo que todas as crianças nas condições estipuladas pela lei encartam-se na esfera desse direito e podem exigí-lo em juízo. A homogeneidade e transindividualidade do direito em foco enseja a propositura da ação civil pública.

4- A determinação judicial desse dever pelo Estado, não encerra suposta ingerência do judiciário na esfera da administração. Deveras, não há discricionariedade do administrador frente aos direitos consagrados, quiçá constitucionalmente. Nesse campo a atividade é vinculada sem admissão de qualquer exegese que vise afastar a garantia pétreia.

5- Um país cujo preâmbulo constitucional promete a disseminação das desigualdades e a proteção à dignidade humana, alçadas ao mesmo patamar da defesa da Federação e da República, não pode relegar o direito à educação das crianças a um plano diverso daquele que o coloca, como uma das mais belas e justas garantias constitucionais.

6- Afastada a tese descabida da discricionariedade, a única dúvida que se poderia suscitar resvalaria na natureza da norma ora sob enfoque, se programática ou definidora de direitos. Muito embora a matéria seja, somente nesse particular, constitucional, porém sem importância revela-se essa categorização, tendo em vista a explicitude do ECA, inequívoca se revela a normatividade suficiente à promessa constitucional, a ensejar a acionabilidade do direito consagrado no preceito educacional.

7- As meras diretrizes traçadas pelas políticas públicas não são ainda direitos senão promessas de lege ferenda, encartando-se na esfera insindicável pelo Poder Judiciário, qual a da oportunidade de sua implementação.



8- Diversa é a hipótese segundo a qual a Constituição Federal consagra um direito e a norma infraconstitucional o explicita, impondo-se ao judiciário torná-lo realidade, ainda que para isso, resulte obrigação de fazer, com repercussão na esfera orçamentária.

9- Ressoa evidente que toda imposição jurisdicional à Fazenda Pública implica em dispêndio e atuar, sem que isso infrinja a harmonia dos poderes, porquanto no regime democrático e no estado de direito o Estado soberano submete-se à própria justiça que instituiu. Afastada, assim, a ingerência entre os poderes, o judiciário, alegado o malferimento da lei, nada mais fez do que cumpri-la ao determinar a realização prática da promessa constitucional.

10- O direito do menor à freqüência em creche, insta o Estado a desincumbir-se do mesmo através da sua rede própria. Deveras, colocar um menor na fila de espera e atender a outros, é o mesmo que tentar legalizar a mais violenta afronta ao princípio da isonomia, pilar não só da sociedade democrática anunciada pela Carta Magna, mercê de ferir de morte a cláusula de defesa da dignidade humana.

11- O Estado não tem o dever de inserir a criança numa escola particular, porquanto as relações privadas subsumem-se a burocracias sequer previstas na Constituição. O que o Estado soberano promete por si ou por seus delegatários é cumprir o dever de educação mediante o oferecimento de creche para crianças de zero a seis anos.

Visando ao cumprimento de seus desígnios, o Estado tem domínio iminente sobre bens, podendo valer-se da propriedade privada, etc. O que não ressoa lícito é repassar o seu encargo para o particular, quer incluindo o menor numa 'fila de espera', quer sugerindo uma medida que tangencia a legalidade, porquanto a inserção numa creche particular somente poderia ser realizada sob o pálio da licitação ou delegação legalizada, acaso a entidade fosse uma longa manu do Estado ou anuísse, voluntariamente, fazer-lhe as vezes.

12- Recurso especial provido.

(REsp 575280/SP, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, Rel. p/ Acórdão Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 02/09/2004, DJ 25/10/2004, p. 228)

Jurisprudência - STF

Primeira Jurisprudência do STF apontada no texto:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ATENDIMENTO EM CRECHE E PRÉ-ESCOLA. I. - Sendo a educação um direito fundamental assegurado em várias normas constitucionais e ordinárias, a sua não-observância pela administração pública enseja sua proteção pelo Poder Judiciário. II. - Agravo não provido.

(STF - Ministro Carlos Velloso. AgRe no RE 463.210 - 2a. Turma - Julgamento 06/12/2005)

Segunda Jurisprudência do STF apontada no texto:

EMENTA: CRIANÇA DE ATÉ CINCO ANOS DE IDADE - ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA - SENTENÇA QUE OBRIGA O MUNICÍPIO DE SÃO PAULO A MATRICULAR CRIANÇAS EM UNIDADES DE ENSINO INFANTIL PRÓXIMAS DE SUA RESIDÊNCIA OU DO ENDEREÇO DE TRABALHO DE SEUS RESPONSÁVEIS LEGAIS, SOB PENA DE MULTA DIÁRIA POR CRIANÇA NÃO ATENDIDA - LEGITIMIDADE JURÍDICA DA UTILIZAÇÃO DAS “ASTREINTES” CONTRA O PODER PÚBLICO - DOCTRINA - JURISPRUDÊNCIA - OBRIGAÇÃO ESTATAL DE RESPEITAR OS DIREITOS DAS CRIANÇAS - EDUCAÇÃO INFANTIL - DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV, NA REDAÇÃO DADA PELA EC Nº 53/2006) - COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO - DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º) - LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM CASO DE OMISSÃO ESTATAL NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PREVISTAS NA CONSTITUIÇÃO - INOCORRÊNCIA DE TRANSGRESSÃO AO POSTULADO DA SEPARAÇÃO DE PODERES - PROTEÇÃO JUDICIAL DE DIREITOS SOCIAIS, ESCASSEZ DE RECURSOS E A QUESTÃO DAS “ESCOLHAS TRÁGICAS” - RESERVA DO POSSÍVEL, MÍNIMO EXISTENCIAL, DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E VEDAÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL - PRETENDIDA EXONERAÇÃO DO ENCARGO CONSTITUCIONAL POR EFEITO DE SUPERVENIÊNCIA DE NOVA REALIDADE FÁTICA - QUESTÃO QUE SEQUER FOI



SUSCITADA NAS RAZÕES DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO -PRINCÍPIO “JURA NOVIT CURIA” - INVOCAÇÃO EM SEDE DE APELO EXTREMO - IMPOSSIBILIDADE - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. POLÍTICAS PÚBLICAS, OMISSÃO ESTATAL INJUSTIFICÁVEL E INTERVENÇÃO CONCRETIZADORA DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE EDUCAÇÃO INFANTIL: POSSIBILIDADE CONSTITUCIONAL.

- A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV). - Essa prerrogativa jurídica, em conseqüência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das “crianças até 5 (cinco) anos de idade” (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal. - A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental. - Os Municípios - que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) - não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social. - Embora inquestionável que resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, ainda que em bases excepcionais, determinar, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas

implementadas, sempre que os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político- -jurídicos que sobre eles incidem em caráter impositivo, vierem a comprometer, com a sua omissão, a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. DESCUMPRIMENTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DEFINIDAS EM SEDE CONSTITUCIONAL: HIPÓTESE LEGITIMADORA DE INTERVENÇÃO JURISDICIONAL. - O Poder Público - quando se abstém de cumprir, total ou parcialmente, o dever de implementar políticas públicas definidas no próprio texto constitucional - transgride, com esse comportamento negativo, a própria integridade da Lei Fundamental, estimulando, no âmbito do Estado, o preocupante fenômeno da erosão da consciência constitucional. Precedentes: ADI 1.484/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.. - A inércia estatal em adimplir as imposições constitucionais traduz inaceitável gesto de desprezo pela autoridade da Constituição e configura, por isso mesmo, comportamento que deve ser evitado. É que nada se revela mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma Constituição, sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente, ou, então, de apenas executá-la com o propósito subalterno de torná-la aplicável somente nos pontos que se mostrarem ajustados à conveniência e aos desígnios dos governantes, em detrimento dos interesses maiores dos cidadãos. - A intervenção do Poder Judiciário, em tema de implementação de políticas governamentais previstas e determinadas no texto constitucional, notadamente na área da educação infantil (RTJ 199/1219-1220), objetiva neutralizar os efeitos lesivos e perversos, que, provocados pela omissão estatal, nada mais traduzem senão inaceitável insulto a direitos básicos que a própria Constituição da República assegura à generalidade das pessoas. Precedentes. A CONTROVÉRSIA PERTINENTE À “RESERVA DO POSSÍVEL” E A INTANGIBILIDADE DO MÍNIMO EXISTENCIAL: A QUESTÃO DAS “ESCOLHAS TRÁGICAS”. - A destinação de recursos públicos, sempre tão dramaticamente escassos, faz instaurar situações de conflito, quer com a execução de políticas públicas definidas no texto constitucional, quer, também, com a própria implementação de direitos sociais assegurados pela Constituição da República, daí resultando contextos de antagonismo que impõem, ao Estado, o encargo de superá-los mediante opções por determinados valores, em detrimento de outros igualmente relevantes, compelindo,



o Poder Público, em face dessa relação dilemática, causada pela insuficiência de disponibilidade financeira e orçamentária, a proceder a verdadeiras “escolhas trágicas”, em decisão governamental cujo parâmetro, fundado na dignidade da pessoa humana, deverá ter em perspectiva a intangibilidade do mínimo existencial, em ordem a conferir real efetividade às normas programáticas positivadas na própria Lei Fundamental. Magistério da doutrina. - A cláusula da reserva do possível - que não pode ser invocada, pelo Poder Público, com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição - encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanção direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana. Doutrina. Precedentes. - A noção de “mínimo existencial”, que resulta, por implicitude, de determinados preceitos constitucionais (CF, art. 1º, III, e art. 3º, III), compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança. Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana, de 1948 (Artigo XXV). **A PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL COMO OBSTÁCULO CONSTITUCIONAL À FRUSTRAÇÃO E AO INADIMPLEMENTO, PELO PODER PÚBLICO, DE DIREITOS PRESTACIONAIS.** - O princípio da proibição do retrocesso impede, em tema de direitos fundamentais de caráter social, que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive. - A cláusula que veda o retrocesso em matéria de direitos a prestações positivas do Estado (como o direito à educação, o direito à saúde ou o direito à segurança pública, v.g.) traduz, no processo de efetivação desses direitos fundamentais individuais ou coletivos, obstáculo a que os níveis de concretização de tais prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser ulteriormente reduzidos ou suprimidos pelo Estado. Doutrina. Em consequência desse princípio, o Estado, após haver reconhecido os direitos



prestacionais, assume o dever não só de torná-los efetivos, mas, também, se obriga, sob pena de transgressão ao texto constitucional, a preservá-los, abstando-se de frustrar - mediante supressão total ou parcial - os direitos sociais já concretizados. LEGITIMIDADE JURÍDICA DA IMPOSIÇÃO, AO PODER PÚBLICO, DAS “ASTREINTES”. - Inexiste obstáculo jurídico-processual à utilização, contra entidades de direito público, da multa cominatória prevista no § 5º do art. 461 do CPC. A “astreinte” - que se reveste de função coercitiva - tem por finalidade específica compelir, legitimamente, o devedor, mesmo que se cuide do Poder Público, a cumprir o preceito, tal como definido no ato sentencial. Doutrina. Jurisprudência.

(STF - ARE 639.337 AgR/SP - 2a. Turma - Ministro Celso de Mello - Julgamento 23/08/2011).

REFERÊNCIAS

AMIN, Andréa Rodrigues. *Dos direitos fundamentais. In: Curso de direito da criança e do adolescente*. 6a. edição. MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

CURANHES, Maria Cristina dos Santos. *Cidadania: Educação e exclusão social*. Porto Alegre: Editora Sergio Antonio Fabris Editor, 2000.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 27a. edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2012.

BRASIL: Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança No. 22.164/SP - relator Ministro Celso de Mello - Pleno, Publicação no Diário da Justiça em 17 nov de 1995.

BRUINI, Eliane da Costa. Disponível em <http://www.brasilecola.com/educacao/educacao-no-brasil.htm>. [Acesso em 18 de outubro de 2013].



BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 2a. edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Editora Saraiva, 1999.

COSTA, Antônio Carlos Gomes da. *Capítulo IV - Do direito à educação, à cultura, ao esporte e ao lazer*. In: Estatuto da criança e do adolescente comentado. CURY, Munir (Coord.). 12a., São Paulo: Editora Malheiros, 2013.

CURANHES, Maria Cristina dos Santos. *Cidadania: Educação e exclusão social*. Porto Alegre: Editora Sergio Antonio Fabris Editor, 2000.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do estado*. São Paulo: Editora Saraiva, 1994.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. São Paulo: Editora Saraiva, 1999.

HERKENHOFF, João Baptista. *Direito e cidadania*. São Paulo: Editora Uniletras, 2004.

LIBERATI, Wilson Donizeti. *Conteúdo material do direito à educação. Direito à educação: uma questão de justiça*. São Paulo: Editora Malheiros, 2004, p. 222.

MACIEL, Maria Eunice S. *A eugenia no Brasil. Anos 90*. Porto Alegre, n° 11, 1999, p. 129. Disponível em <http://www.ufrgs.br/ppghist/anos90/11/11art7.pdf>. Acesso em 29/09/2013 às 13h58.

MELLO FILHO, José Celso de. *Constituição Federal anotada*. São Paulo: Editora Saraiva, 1986.

MORAES, Alexandre. *Direitos Humanos Fundamentais*. 3a. edição. São Paulo: Editora Atlas, 2000.

ROSSATO, Luciano Alves, LÉPORE, Paulo Eduardo e CUNHA, Rogério Sanches. *Estatuto da criança e do adolescente*. 3a. edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.



Renata Malta Vilas-Bôas

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*.
Porto Alegre: Editora Livraria do advogado, 1998.

VAN HOLTHE, Leo. *Direito Constitucional*. 4a. edição.
Bahia: Editora JusPodivm, 2008.

YAZBEK, Maria Carmelita. *Classes subalternas e assistência social*. São Paulo: Editora Cortes, 1996.



POR UMA REAVALIAÇÃO DO PRINCÍPIO DA LAICIDADE NA SOCIEDADE GLOBAL: O CASO DO USO DO VÉU ISLÂMICO NA FRANÇA

Alice Rocha da Silva¹

Tarin Cristino Frota Mont'Alverne²

INTRODUÇÃO

341

A sociedade global é composta por uma diversidade de culturas e ordenamentos com concepções particulares do princípio da laicidade. Isso porque laicidade pode ser vista como a ausência de aspectos religiosos, mas pode ser também entendida como o respeito a várias religiões e crenças, e justamente por isso garantiria a diversidade religiosa.

A evolução das relações internacionais para a formação de uma sociedade global implica uma artificialidade de fronteiras cada vez maior, aumentando a interrelação entre Estados e seus cidadãos.

¹ Professora da Graduação e Pós-graduação em Direito do Centro Universitário de Brasília (UnICEUB) e da Faculdade Processus. Doutora em Direito Internacional Econômico pela Aix-Marseille Université, França, (revalidado pela Universidade Federal do Ceará – UFC). Mestrado em Direito das Relações Internacionais pelo UnICEUB. Graduação em Direito pelo UnICEUB e Graduação em Relações Internacionais e Ciência Política pela Universidade de Brasília-UnB. Editora da Revista de Direito Internacional e da Revista Brasileira de Políticas Públicas do UnICEUB.

² Professora da Graduação e Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará (UFC). Doutorado em Direito Internacional do Meio Ambiente – Université de Paris V e Universidade de São Paulo (2008). Mestrado em Direito Internacional Público – Université de Paris V (2004). Graduação em Direito pela Universidade de Fortaleza (2001). Editora da Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC – Nomos.



Frente a essa nova realidade, cada vez mais se verifica a mistura de várias religiões em Estados que outrora eram marcados por uma só religião como é o caso do cristianismo e os países europeus.

O impacto dessa nova realidade internacional leva teóricos, estudiosos e práticos a repensarem o conceito de “laicidade” que *a priori* designa o princípio da separação do poder político e administrativo do Estado do poder religioso. Atualmente, esse conceito deve ser revisto no sentido de que o Estado deve lidar com diversas religiões e crenças dentro de seu território, garantindo o respeito dessa diversidade religiosa, e ao mesmo tempo, não permitindo que tal diversidade prejudique os direitos individuais dos indivíduos.

Essa nova realidade tem sido refletida na França que teve de lidar com o questionamento a respeito do uso do véu islâmico nas escolas públicas. Interessante considerar que a França foi um dos primeiros Estados a lidar com a questão da laicidade se autointitulando uma “República indivisível, laica, democrática e social” (art. 1º da Constituição da Vª República Francesa), mas seus governantes não contavam com a diversidade religiosa que hoje permeia a sociedade francesa.

“Liberdade, igualdade, fraternidade... laicidade”: em face das discussões complexas acerca da noção de laicidade, em razão do uso do véu islâmico, poderíamos afirmar ser este o novo lema da República francesa.

Importante destacar que, qualquer que seja a época, a laicidade foi definida (ou redefinida) para resolver (ou tentar resolver) uma situação concreta de conflito. Isso, certamente, justifica os intensos debates relativos à laicidade. Como no final do século XIX, quando da adoção da Lei sobre o Ensino Médio em 1882 e da Lei sobre a separação da Igreja e do Estado em 1905, a classe política francesa encontra-se dividida em dois campos, quais sejam: os partidários de uma laicidade “pura e dura” e aqueles que têm dela uma ideia mais flexível, fazendo com que desapareça a clivagem tradicional da direita e da esquerda.

O debate acerca da laicidade, como no final do século XIX, reapareceu por onde nasceu: no âmbito das escolas públicas. No entanto, apesar dos cem anos que os separam, os termos das discussões não são mais os mesmos. O caso do véu islâmico reativou um debate sobre a laicidade, que parecia ser objeto de um consenso quase geral



entre os franceses. Ademais, tal problemática revelou dois novos elementos que contribuem na adaptação da laicidade do início do século a um contexto que mudou bastante: a presença de uma nova religião, o islã, que se tornou a segunda religião da França, fato impensável na época da construção da República; além da verdadeira explosão das liberdades públicas nas ordens jurídicas internacionais e francesa. A consideração desses dois fatores aponta para a grande necessidade de adaptação do princípio da laicidade a este novo contexto. A esse propósito, necessário se faz mencionar os ensinamentos de Geneviève KOUBI, quando afirma que a laicidade não existe mais:

La laïcité a changé de nature ; déchargée de la valeur initiale du combat républicain, elle devient le lieu d'une conciliation entre l'ordre juridique et la liberté d'opinion (de la pensée à l'expression), de plus en plus ouverte sur la prise en compte des phénomènes *collectifs*.
(KOUBI *apud* CALENDRE, 1995, p. 42)

A partir da volta as aulas de 1989, na França, o debate está aberto sobre uma readaptação da laicidade “a la francesa” a este novo desafio, o uso do véu islâmico. Com efeito, diversas interpretações podem ser apresentadas em relação à vontade das jovens mulçumanas de não tirar seu véu no âmbito das escolas. Pode-se adotar uma posição radical oposta ao uso do véu em nome do princípio da laicidade, ou pode-se estimar que o véu e a laicidade não são antinômicos e tentar desenvolver novos conceitos para tal harmonização.

Cumpram ainda mencionar que a midiaticização exacerbada do caso do véu islâmico transformou esse acontecimento em assunto de Estado. Da mesma forma, tal midiaticização também contribuiu para que o debate avance. A Constituição da Va República afirma o caráter “laico” da República. Ora, a laicidade da República Francesa figura entre os princípios constitucionais, mas o alcance e o conteúdo deste princípio continuam incertos. Isso porque a Constituição francesa não apresenta qualquer definição do princípio da laicidade. Na verdade, a laicidade tem vários significados e pode ser interpretada de diversas formas, o que leva, às vezes, a conceitos opostos. A corroborar o exposto acima, insta transcrever o entendimento de C. NICOLET:



La laïcité ne nous a pas été donnée comme une révélation. Elle n'est sortie de la tête d'aucun prophète; elle n'est exprimée dans aucun catéchisme. Aucun texte sacré n'en contient les secrets, elle n'en a pas. Elle se cherche, s'exprime, se discute, s'exerce et, s'il faut, se corrige et se répand. (NICOLET *apud* CALENDRE, 1995, p. 68)

Já M. BARBIER explica as principais razões que dificultam uma definição satisfatória dessa noção: “premièrement car la laïcité n'appartient pas à la catégorie de la substance, mais à celle de la relation; deuxièmement car elle n'établit pas un lien positif mais une séparation; dernièrement car elle n'est pas une notion statique mais dynamique” (BARBIER, 1993, p. 78)

Nesse sentido, propõe-se a análise do princípio da laicidade na perspectiva do estudo de caso do uso do véu na França, verificando-se a abordagem desse princípio no direito internacional e no contexto normativo europeu e francês, para que se possa determinar algumas alternativas e instrumentos para a harmonização deste princípio com a nova realidade pluralista da sociedade internacional.

1. O PRINCÍPIO DE LAICIDADE COMO UM PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA REPÚBLICA FRANCESA

No conjunto normativo francês, importantes leis marcaram a afirmação jurídica do princípio de laicidade, quais sejam: as leis escolares de 28 de março de 1882 sobre o ensino primário obrigatório e as de 30 de outubro de 1886 sobre a organização do ensino primário. No entanto, a lei de 09 de dezembro de 1905, regulamentada pela lei de 02 de janeiro de 1907 sobre o exercício público dos cultos, é considerada a lei que mais influenciou os debates sobre a separação entre a Igreja e o Estado.

Com efeito, a lei de 09 de dezembro de 1905 definiu o regime jurídico das relações entre o Estado e os cultos, mas sem nenhuma referência explícita à laicidade. Esta lei visava à separação da Igreja e do Estado³, declarando que o Estado não reconhece nem subsidia

³ Ao fim de uma luta bem viva contra as congregações docentes e num clima de tensão indo até a ruptura diplomática com a Santa Sé.



os cultos, mas a liberdade de consciência e o livre exercício dos cultos são garantidos.

No entanto, devemos constatar que a consagração constitucional do princípio de laicidade só ocorreu bem mais tarde com o artigo 1º da Constituição de 1946, tornando-se uma realidade constitucional. Portanto, a primeira afirmação formal da laicidade do Estado republicano é recente, sendo repetida na Constituição da V República em 1958.⁴ A laicidade foi, portanto, elevada ao mais alto nível da hierarquia das normas.

É preciso acrescentar que, desde a decisão do Conselho Constitucional de 16 de julho de 1971, o Preâmbulo da Constituição de 1946 é parte integrante do “bloco de constitucionalidade” e os textos aos quais ele se refere: “o povo francês proclama solenemente seu apego aos direitos do homem e aos princípios da soberania nacional, tais como foram definidos pela Declaração de 1789, confirmada e completada pelo preâmbulo da Constituição de 1946”.

Logo, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 e o preâmbulo da Constituição de 1946 fazem parte do direito constitucional positivo, em que a noção de laicidade está igualmente presente. Pelo seu artigo 10, a Declaração dos direitos do homem e do cidadão enuncia que: “Ninguém pode ser molestado por suas opiniões, incluindo opiniões religiosas, desde que sua manifestação não perturbe a ordem pública estabelecida pela lei.” E o Preâmbulo da Constituição de 1946, enuncia a respeito do ensino que a organização do ensino público gratuito e laico em todos os níveis é um dever do Estado. O preâmbulo da Constituição de 1946 se refere aos “Princípios fundamentais reconhecidos pelas leis da República” e que são reconhecidos pelo Conselho Constitucional enquanto princípios tendo um valor constitucional.

Portanto, existe, a partir do Preâmbulo de 1946, um princípio geral de laicidade do serviço público que comporta, para os alunos do ensino público, o direito de expressar e manifestar suas crenças religiosas no interior dos estabelecimentos escolares e proíbe qualquer discriminação fundada sobre as convicções religiosas dos alunos.

A apreensão da laicidade do Estado se concentra também no artigo primeiro da Constituição francesa de 24 de agosto de 1958: “a

⁴ Ao contrário, o Conselho de Estado considerou na sua decisão inesperada de 06 de abril de 2001 que o princípio constitucional de laicidade é anterior às constituições de 1946 e 1958.



França é uma república indivisível, *laica*, democrática e social. Ela garante a *igualdade perante a lei* a todos os cidadãos sem distinção de origem, de raça ou de *religião*. *Ela respeita todas as religiões*”⁵.

No entanto, por trás dessa proclamação solene pelo poder constituinte do que parece ser um direito adquirido e bem conhecido do ordenamento jurídico francês, quantas controversas, quantos debates, quantas crises e rupturas em torno de um conceito, a laicidade, que, segundo a imagem usada pelo Professor J. RIVERO, “cheira a pólvora” (RIVERO, 1949).

2. BREVE COMPARATIVO COM O QUADRO INTERNACIONAL E EUROPEU

O princípio da laicidade está presente de modo implícito ou explícito em vários textos que compõem o ordenamento internacional e europeu, verificando-se uma tendência de utilizarem a noção de liberdade religiosa para resolver questões ligadas à diversidade de religiões. A laicidade na França está baseada em vários textos internacionais adotados por ela, tornando indubitável a evolução deste princípio também no direito interno francês. Além disso, essa evolução é acentuada por uma Europa cada vez mais integradora e uniformizadora.

É importante salientar que o artigo 55 da Constituição de 1958 reconhece, aos tratados e acordos regularmente ratificados ou aprovados, um valor superior àquele da lei interna. Mesmo se, durante muito tempo, as convenções internacionais e europeias foram vítimas da interpretação deste artigo pelo Conselho Constitucional e o Conselho de Estado, o princípio, hoje, é efetivo já que essas convenções têm uma autoridade superior a das leis internas.

A França é um país que pertence à ordem jurídica internacional. Mesmo que, no âmbito dos compromissos internacionais, os Estados sejam soberanos e possam decidir livremente pelo estabelecimento de obrigações, eles sofrem pressões externas. Portanto, eles não podem desconsiderar a evolução geral das outras nações. Essa evolução consiste, justamente, desde o fim da Segunda Guerra Mundial, em um desenvolvimento considerável das liberdades

⁵ Até a lei constitucional nº 95 - 880 de 4 de agosto de 1995, a laicidade constava no artigo 2 da Constituição.



públicas no mundo. A liberdade religiosa faz parte desse processo e a França, portanto, encontra-se numa posição delicada no que diz respeito à laicidade.

A concepção tradicional da laicidade era apreendida como um tipo de afastamento do fenômeno religioso, enquanto que a evolução atual tende cada vez mais a integrar as liberdades de consciência às liberdades garantidas pelo direito público. Para verificar isso, basta notar o número de convenções internacionais ratificadas pela França que ilustram o crescimento do liberalismo religioso no mundo contemporâneo. Portanto, o direito internacional desconhece a noção de laicidade francesa e leva em consideração a liberdade religiosa e suas diferentes manifestações; como mostra a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 10 de dezembro de 1948⁶. Devendo ainda ser ressaltada a Convenção pela luta contra a discriminação na área do ensino adotada, sobre a tutela da UNESCO e os dois Pactos internacionais da ONU, de 19 de dezembro de 1966, sobre os direitos civis e políticos, de um lado; e sobre os direitos econômicos, sociais e culturais, de outro.

Quanto à Convenção europeia dos direitos do homem e das liberdades fundamentais, seu artigo 9º protege a liberdade religiosa⁷. A respeito do fundamento deste artigo, a Corte foi levada a tratar questões que interessam a laicidade. A abordagem da Corte está embasada num reconhecimento das tradições de cada país, sem procurar impor um modelo uniforme de relações entre a Igreja e o Estado. (STASI, 2003, p. 18)

Essas disposições foram quase integralmente retomadas no artigo 18, itens 1 e 3 do Pacto Internacional relativo aos direitos civis e políticos, adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas de 6 de dezembro de 1966, também ratificado pela França em 1980.

⁶ Seu artigo 19 dispõe: “Todo o indivíduo tem direito à liberdade de opinião e de expressão, o que implica o direito de não ser inquietado pelas suas opiniões e o de procurar, receber e difundir, sem consideração de fronteiras, informações e ideias por qualquer meio de expressão”.

⁷ Seu artigo 9 estipula: “1- Qualquer pessoa tem direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião; este direito implica a liberdade de mudar de religião ou de crença, assim como a liberdade de manifestar a sua religião ou a sua crença, individual ou coletivamente, em público ou em privado, por meio do culto, do ensino, de práticas e da celebração de ritos. 2- A liberdade de manifestar a sua religião ou convicções, individual ou coletivamente, não pode ser objeto de outras restrições senão as que, previstas na lei, constituírem disposições necessárias, numa sociedade democrática, a segurança pública, a proteção da ordem, da saúde e moral públicas, ou a proteção dos direitos e liberdades de outrem”.

Além da Convenção europeia, a Convenção relativa aos direitos da criança, adotada pelo Conselho da Europa em 1990, reconhece à criança o direito aos atributos da personalidade e o benefício dos direitos civis entre os quais a liberdade de expressão, a liberdade de pensamento, de consciência, de religião, de associação.

É importante acrescentar que o artigo 10 da Carta dos direitos fundamentais da União Europeia menciona “a liberdade de manifestar individual ou coletivamente sua religião ou sua convicção em público ou em particular, através do culto, do ensino e das práticas do cumprimento dos ritos”. Assim, este artigo proclama o direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião e retoma as disposições do §1º do artigo 9º da Convenção europeia de proteção dos direitos do homem e das liberdades fundamentais. O artigo 21 da carta proíbe qualquer discriminação baseada, notadamente, na religião ou nas convicções e, nos termos de seu artigo 22, a União respeita a diversidade cultural, religiosa ou linguística. Seu artigo 14 afirma o direito dos pais em garantir a educação e o ensino de seus filhos, conforme suas convicções religiosas, filosóficas e pedagógicas. Temos que admitir que esses textos internacionais, que reconhecem uma liberdade religiosa muito geral, contribuam para o favorecimento de uma redefinição da noção tradicional da laicidade.

Se acrescentarmos textos como a declaração de 1789, o Preâmbulo de 1946 e a Constituição de 1958, verifica-se que uma verdadeira política de defesa e até de promoção da liberdade religiosa se estabeleceu na França. Esta nova política, inclusive, é totalmente compatível com a noção de laicidade tal como era compreendida em 1905 na lei de separação da Igreja e do Estado que, logo no seu artigo primeiro afirma que: “a República garante a liberdade de consciência. Ela garante o livre exercício dos cultos com as únicas restrições exigidas no interesse da ordem pública.” É o que J. RIVERO chama “aspecto positivo” da laicidade do Estado (RIVERO, 1949, p. 138). Com efeito, não devemos esquecer que a laicidade não é somente a separação institucional entre o Estado e a Igreja, é também, como acabamos de ver, a consagração de um conjunto de “princípios de liberdades”.

Consequentemente, considerando esses dados, podemos perceber que os textos liberais adotados pelo Estado não se opõem, nos seus princípios, à laicidade. No entanto, se analisarmos globalmente o conteúdo atual da laicidade, podemos perceber que ela é composta,



ao mesmo tempo, por elementos anticlericais e elementos liberais. Porém, os dois aspectos da laicidade são necessários à República: o aspecto anticlerical (que chegou à separação institucional) permite prevenir as tentativas de subversão religiosas de qualquer origem. O aspecto liberal permite consagrar a tradição humanista herdada da Revolução da qual desfruta o direito constitucional francês.

3. O “CASO DO VÉU” E OS PRINCÍPIOS GARANTIDOS PELA CONSTITUIÇÃO FRANCESA

O caso do véu encontra-se no confluente de vários princípios garantidos pela constituição, portanto, o debate sobre a conciliação entre os princípios fundamentais intensificou-se. Assim, vários princípios fundamentais foram conciliados a fim de resolver esse conflito.

Se o caso do véu somente tivesse conflitado com o princípio tradicional da laicidade, teria certamente provocado poucos debates. No entanto, não se trata da contestação de um único princípio republicano, mas sim de vários: o princípio da liberdade de consciência e de opinião (portanto de religião), o princípio da liberdade de expressão que é a sua manifestação e, evidentemente, os princípios de neutralidade e de laicidade dos poderes públicos. (GUILLENCHMIDT, 2003, p. 45)

Nesse sentido, a laicidade não se limita mais à separação da Igreja e do Estado, nem à neutralidade do Estado frente às religiões. Doravante, ela é concebida de uma nova forma e, geralmente, em termos de liberdade, conforme a abordagem adotada pelo Conselho de Estado no seu parecer de 27 de novembro de 1989. Ele mostrou que a noção de laicidade somente pode ser entendida usando outras noções fundamentais pertencentes ao patrimônio jurídico francês.

O “Caso do Véu” representa uma jurisprudência que apela para grandes princípios em conflito. A atitude do Conselho de Estado em relação a esses valores demonstra a manutenção de uma posição antiga: a conciliação. No entanto, é verdade que esta posição de conciliação é mais ou menos difícil de conservar e, no caso, esta abordagem é delicada. Entretanto, a atitude foi mantida buscando-se não questionar a laicidade em si, e sim redefini-la de modo a torná-la mais ampla e flexível. Isso explica os transtornos ocorridos na Educação nacional quanto à viabilidade de sua doutrina laica,





na medida em que ela tinha que conciliar todos esses princípios que, inclusive, são proclamados e garantidos pelos textos mais solenes, tanto no direito interno quanto no direito internacional. (GUILLENCHMIDT, 2003, p. 46)

No caso específico do porte do véu pelas jovens na escola, a conciliação deve ser realizada entre a liberdade religiosa, no sentido de liberdade de opinião, e seu corolário representado pelo direito de manifestar suas opiniões religiosas, de um lado, e o princípio da laicidade, de outro lado, sob as duas formas que ele adota, uma quando aplicado aos agentes do serviço e outro quando for aplicado aos seus usuários.

Nesse sentido, a laicidade francesa deu lugar a um processo legislativo e constitucional marcado por numerosas imprecisões. Essas fortalecidas pela grande força ideológica ligada a este conceito, explicam que, ainda hoje, a análise interpretativa clássica da laicidade seja dividida.

Sendo assim, no “Caso do Véu”, as opiniões antagônicas se legitimam em nome da laicidade, tendo em vista a perda da noção orientadora do que seria exatamente o significado de laicidade. Assim, parece que a exigência de uma redefinição corresponde, de fato, a uma necessidade de justificação. Onde o debate nacional que se programa, então, para dar de novo à laicidade um conteúdo em adequação com as mutações sociais. Evidentemente, a sociedade mudou e o fato religioso também. É também o que observa M. BARBIER no seu “esboço de uma teoria da laicidade”:

Ela (a laicidade) não se limita mais à separação da Igreja e do Estado, nem à neutralidade do Estado junto às religiões. Doravante, ela é concebida de uma forma nova e geralmente em termos de liberdade. A laicidade tradicional aparece como sendo ultrapassada e inadaptada e ela é, às vezes, questionada. (BARBIER, 1993, p. 81)

De fato, há uns vinte anos que assistimos a numerosos debates sobre novas concepções da laicidade, e isso se deve, sem dúvida, ao fato que o contexto foi propício a uma evolução das mentes sobre a questão. Com efeito, desde os famosos debates que agitaram o Parlamento no momento do voto da lei de 1905, a República nunca





conheceu controversas tão violentas, intervenções tão veementes a respeito de um conceito que parecia, até o fim dos anos 1980, ser objeto de um consenso quase geral.

Assim, o caso dos véus islâmicos constitui, indubitavelmente, o símbolo dessa evolução geral que tende à expansão do fenômeno religioso no que ele tem de mais provocador para os valores republicanos.

Através do caso do véu, a pergunta é a seguinte: o equilíbrio entre os princípios constitucionais assim constituídos pode sobreviver a um ataque que conteste os fundamentos da laicidade? A emergência de novas práticas religiosas necessita uma aplicação do princípio de laicidade renovada.

4. A DIFICULDADE DO PLURALISMO RELIGIOSO

Notamos certo “retorno do religioso” nas comunidades minoritárias, na França e em outros lugares. O Estado não pode mais se comportar, perante essas comunidades, como ele pôde se comportar perante a Igreja católica no início do século XX. É importante notar que o debate atual sobre a laicidade não se coloca mais nos mesmos termos que na origem, pois a problemática mudou bastante: a questão não é mais saber qual é o equilíbrio entre o Estado e a Igreja, mas sim qual é a pertinência da manutenção de uma regra comum na presença de fortes comunidades religiosas.

O contexto atual, que é marcado pelo triunfo da globalização econômica, gerou uma aceleração dos fenômenos transnacionais e provocou uma mudança das sociedades, assim como das relações internacionais de forma mais geral. Nós não podemos ocultar que essa transformação aconteceu também em nível cultural, criando, em escala internacional, o terreno propício à diversificação cultural e, evidentemente, religiosa.

Há aproximadamente trinta anos, a França se tornou um país com uma expressiva imigração e sua composição humana se modificou fortemente. A presença, no solo francês, de mais de quatro milhões de estrangeiros, com culturas e religiões diferentes daquelas da maioria dos franceses, criou problemas de vizinhança, de assimilação e, mais ainda, de integração, difíceis de resolver.

A título de exemplo, temos o antisemitismo na França com uma história tão antiga quanto à da Europa inteira. O velho





antisemitismo de origem cristã e de extrema direita não desapareceu e continua tendo sua clientela. Num prazo de dois anos, os atos de racismo quadruplicaram e, entre eles, os de antisemitismo foram multiplicados por seis. A equação, conseqüentemente, é muito mais complexa e deve ser tratada em sintonia com os valores republicanos franceses de democracia, unidade, liberdade, igualdade e laicidade. (LIGUE DES DROITS DE L'HOMME, 2004, p. 15)

À luz desses princípios, é interessante analisar a comunidade muçulmana do ponto de vista de sua importância e de seu caráter político-religioso. Com efeito, o fluxo de imigrantes magrebinos e africanos provocou o fortalecimento da religião muçulmana na França. Isso coloca novos problemas tais como os lugares de culto, as escolas privadas, os espaços públicos entre outros.

A esse respeito, a república laica não pode impor a realidade local exigindo que “renunciem a sua cultura para se submeter à outra cultura”, mas deve enunciar: “sejam bem-vindos num país em que a laicidade se esforça para afastar qualquer ideologia particular, religiosa ou ateu que gostaria de se impor a vocês”. Porém, para melhor facilitar o processo de integração, é preciso apagar a herança histórica marcada pela inscrição do cristianismo na cultura e nos marcos cotidianos? Será que respeitar uma cultura significa respeitar tudo numa cultura?

Essas questões tomam uma dimensão bem particular se considerar o caso do véu islâmico, que suscitou a questão de ostentar um sinal de pertencimento a uma religião por parte de um grupo de alunas. No seio de uma sociedade cuja tradição é majoritariamente cristã, as cruces ou medalhas usadas em volta do pescoço dos alunos aparecem, com efeito, como sinais ao mesmo tempo fortes e discretos, frequentemente não suscetíveis de revelar um pertencimento a uma religião religioso na medida em que nenhuma regra de vestimenta se impõe aos cristãos, como também porque essa prática emana de alunos cuja religião é dominante. Assim, a questão jurídica maior do uso de um sinal religioso por um aluno somente foi colocada quando alunos de uma religião minoritária, no caso alunas muçulmanas, começaram igualmente a usar um sinal de pertencimento religioso. Antes, a ordem pública nunca tinha se sentido ameaçada por tal prática.

Da mesma forma, notar-se-á que a administração escolar nunca tinha tido, até aí, a necessidade de lidar com a questão das





autorizações de ausência solicitadas para ir a eventos religiosos ou para respeitar um dia de repouso semanal, quando a agenda escolar é calcada sobre o calendário cristão. Essa nova questão, despertada pelo caso do véu obriga o Estado a dar um novo sentido à laicidade, que, inicialmente, foi concebida a fim de resolver as dificuldades que tinha vivenciado com o catolicismo, separando a Igreja do Estado, mas que, agora, em razão da diversidade religiosa, deve ter uma conotação mais tolerante e integradora.

5. A NECESSIDADE DE UMA INTERVENÇÃO LEGISLATIVA

Essa situação de instabilidade jurídica, favorável à continuação e à multiplicação dos conflitos de base nos estabelecimentos, é ainda recorrente nos primeiros anos do século XXI. As normas do “bloco de constitucionalidade”, os acordos internacionais, as leis, as circulares ministeriais, assim como as decisões do Conselho de Estado e do Conselho Constitucional se pronunciam direta ou indiretamente, sobre os princípios constitucionais que dizem respeito à laicidade. Podemos acrescentar também, há alguns anos, uma dimensão europeia, expressa pela Corte europeia dos direitos do homem, muito exigente em matéria de respeito das liberdades públicas. Com efeito, esse conjunto jurídico tem consequências sobre o “Caso do véu”.

O problema exposto é que não existia, no direito positivo, nenhuma regra jurídica enquadrando o porte, pelos alunos, de sinais religiosos nas escolas, pois para duas circulares do Ministério da educação, que foram adotadas sobre este assunto, o Conselho de Estado julgou que eram desprovidas de valor normativo. (CE 10 de julho de 1995, Associação « Un Sysiphe », Rec, p. 292)

Diante dessas divergências entre as autoridades públicas, o Estado não pode totalmente ignorar o fato religioso com o qual ele frequentemente é levado a entrar em acordo, em consequência desta renovação do sentimento religioso. Ele é conduzido, portanto, a elaborar respostas novas que marcam as evoluções do princípio de laicidade. Consequentemente, ele deve encontrar uma resposta clara que pode garantir uma solução mais concreta ao problema do uso do véu. É por isso que foi colocada a necessidade de uma intervenção legislativa para clarificar o quadro jurídico ambíguo que não permitia mais enfrentar os conflitos das “normas”.



Em virtude do artigo 34 da Constituição, o legislador é o único competente para determinar o regime das liberdades públicas e para conciliar seu exercício com outros princípios constitucionais. Nesse sentido, de acordo com este artigo da Constituição francesa, cabe à lei fixar as regras que dizem respeito “às garantias fundamentais acordadas aos cidadãos para o exercício das liberdades públicas”. Além da determinação de uma competência para o legislador, essa fórmula é um reconhecimento constitucional das liberdades públicas. Referência amplamente empregada pelo Conselho Constitucional, e para a lei, ela será uma fonte tanto para uma área de grande aplicação quanto para uma exigência estrita: a área das garantias fundamentais é vasta e o legislador tem a obrigação de determinar as regras que garantem a proteção dos direitos fundamentais (decisões do Conselho Constitucional de 13 de dezembro 1985 e de 18 de setembro de 1986). Nesta perspectiva, a intervenção do legislador aparece plenamente justificada para definir um quadro jurídico preciso e podendo ser aplicado em todos os estabelecimentos escolares. Enfim, precisava de uma intervenção do legislador para atender a exigência jurídica de um fundamento legal à restrição de uma liberdade fundamental, tal como resulta da Convenção europeia dos direitos do homem e da salvaguarda das liberdades fundamentais. Nesse sentido declarou o constitucionalista L. FAVOREU declarou em seu artigo publicado no dia 05 de dezembro de 2003 no jornal *Le Monde*:

Somente uma lei pode operar uma conciliação entre dois princípios constitucionais cujas exigências são contraditórias: o princípio de laicidade, de um lado, confirmado no artigo primeiro da Constituição e no Preâmbulo da Constituição de 1946, e a liberdade de religião, por outro lado, consagrada pelos textos constitucionais de 1789, 1946 e 1958. [...] esta lei não existe, pois nem a lei de 1905 sobre a separação das Igrejas e do Estado, nem o código da educação contém disposições relativas ao porte de sinais religiosos ou políticos nos estabelecimentos de educação.

A lei sobre o porte dos sinais religiosos, tão esperada, tão discutida, tão questionada, foi adotada pelo Parlamento no dia 15 de março de 2004. Seus três artigos são acompanhados por uma



exposição das razões que lembra os princípios da laicidade escolar e seus objetivos.

Nesse sentido, a lei proíbe nas escolas públicas “os sinais religiosos ostensíveis, quer dizer, os sinais e trajes cujo porte leva a ser imediatamente reconhecido pelo sua religião”. Os sinais que serão visados são o véu islâmico, qualquer que seja o nome que lhe é dado, a *kippa* ou uma cruz de um tamanho manifestamente excessivo. Ao contrário, sinais discretos (cruzes, estrela de Davi ou mão de Fátima) serão possíveis. Além disso, esta lei, que proíbe o porte de sinais que manifestam ostensivelmente a religião no seio dos estabelecimentos de ensino público, tem uma área de aplicação limitada, pois ela não se aplica às universidades públicas, nem aos estabelecimentos particulares de ensino. No entanto, ela se aplica na Alsácia e na Lorena⁸ apesar do estatuto particular desta religião. A lei não se aplica na Polinésia⁹.

Essa intervenção legislativa sobre o porte dos sinais religiosos foi objeto tanto das fortes divergências entre os representantes políticos quanto da opinião pública, gerando um debate sem precedentes. Novos problemas surgem com a volta às aulas e a aplicação da lei proibindo o porte de sinais religiosos, visto que apesar da aparente simplicidade do dispositivo, parece que a implantação desta lei e seus efeitos ainda são desconhecidos. Assim, esta lei coloca igualmente novas interrogações sobre sua aplicação, e o debate permanece aberto a cada volta às aulas escolares desde 1989, apesar da adoção desta lei. Como podemos aprender a partir da declaração do Primeiro Ministro J.-P. RAFFARIN, no momento de sua intervenção no final da discussão geral na Assembleia Nacional: “Nós não temos nem o sentimento, nem a pretensão de crer que tudo está resolvido com este texto”, ele acrescentou, visando os partidários de um grande texto sobre a laicidade: “O trabalho vai continuar”.

⁸ Na realidade, a lei não questiona as especificidades dos departamentos de *Alsace - Moselle*, já que nenhuma regra de direito local diz respeito ao porte de sinais religiosos na escola. Consequentemente, o artigo L 481-1 do código da educação nacional, segundo o qual: “As disposições particulares regendo o ensino aplicáveis nos departamentos do *Bas-Rhin*, do *Haut-Rhin* e da *Moselle* continuam em vigor”.

⁹ Com efeito, em virtude do estatuto de autonomia desta coletividade, os estabelecimentos escolares dependem da competência das autoridades territoriais.



CONCLUSÃO

Diante da ausência de uma oportuna resposta clara e precisa, governos sucessivos se confrontaram com o “caso do véu islâmico”. É por isso que esse assunto incomoda as mais altas autoridades do Estado, o Conselho de Estado, o Ministro do Interior, o Ministro da Educação, os responsáveis dos cultos entre outros. (DE BEZE, 2003, p. 37)

Essa problemática assume uma importância particular se considerar que esta França do século XXI é um país democrático e o berço dos direitos do homem. Sendo, portanto, perigoso acusá-la de discriminação de uma comunidade minoritária. A democracia implica, por essência, o reconhecimento da diversidade. Em geral, enquanto essa diversidade se inscreve num mesmo quadro, as dificuldades de coabitação são menores e podem ser mais facilmente resolvidas. Os verdadeiros desafios à democracia estão ligados a conflitos de valores, de leis e de nomes, em particular quando algumas expressões culturais ou religiosas se apresentam como a imagem de um passado que se procura combater ou pela recusa a diversidade. Mas verifica-se, hoje, o crescimento de correntes fundamentalistas religiosas de todo o tipo frente às quais os democratas devem reafirmar claramente certo número de princípios.

No entanto, as reações a respeito da intervenção legislativa sobre o porte de sinais religiosos não são, evidentemente, harmônicas, pois o assunto não foi completamente resolvido. A atual importância do debate sobre a laicidade ultrapassa as fronteiras da França. Apesar de uma tendência de reorganização do cenário internacional em blocos regionais, a maioria dos Estados da União Europeia não proíbe que as jovens utilizem o véu nas escolas. Por outro lado, o cenário moderno é caracterizado pela troca intensiva entre os diferentes países, de tal forma que nenhum fenômeno pode ser considerado como sendo um epifenômeno e, portanto, sem nenhuma repercussão.

Além disso, os últimos anos foram marcados pela expansão mundial do Islã e, é claro, do processo de integração que o acompanha. O fanatismo religioso pode fabricar atos inadmissíveis contra o Estado Republicano, como o assassinato e o sequestre de reféns inocentes, como vimos no dia 11 de setembro de 2001, o sequestre dos repórteres franceses por islamitas fanáticos, ou





os assassinatos do embaixador dos Estados-Unidos na Líbia, J. Christopher Stevens, e de três funcionários americanos em nome do Islã. Consequentemente, o Estado Republicano tem o dever de reagir frente a essa intrusão do religioso, justificando-se através de um perigoso silogismo, o integrismo islâmico à comunidade muçulmana, fortalecendo a diabolização do islã.

De modo a enriquecer o debate, pode-se apresentar o exemplo do Brasil que apesar de não encontrar problemas relacionados ao uso do véu nas escolas, deve lidar com a intolerância social principalmente em relação às religiões afro-brasileiras que têm sido as principais vítimas. O Brasil possui um Programa Nacional dos Direitos Humanos, que, em sua proposta 113, enuncia a previsão de “Incentivar o diálogo entre movimentos religiosos sob o prisma da construção de uma sociedade pluralista com base no reconhecimento e no respeito às diferenças de crença e culto.”

Atualmente, no Brasil, a intolerância religiosa não produz guerras, nem matanças, mas isso não quer dizer que atos discriminatórios e preconceituosos não permeiam nossa sociedade. Em relação às escolas, o artigo 33 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, prevista no texto da Constituição de 1988, determina que a educação religiosa nas escolas públicas assegure “o respeito à diversidade cultural religiosa do Brasil, vedadas quaisquer formas de proselitismo”. Ou seja: a liberdade religiosa dos alunos deve ser respeitada, sendo proibido tentar convertê-lo para esta ou aquela religião. Além disso, o Código Penal Brasileiro considera crime (punível com multa e até detenção) zombar publicamente de alguém por motivo de crença religiosa, impedir ou perturbar cerimônia ou culto, e ofender publicamente imagens e outros objetos de culto religioso.

Enfim, o objetivo dos Estados deve ser o de aplicar em suas realidades locais os direitos defendidos pela Organização das Nações Unidas que, preocupada com os constantes conflitos religiosos no mundo, proclamou, em 1981, a Declaração sobre a eliminação de todas as formas de intolerância e discriminação fundadas em religião ou crença. Logo em seu primeiro artigo, a declaração enuncia que: “Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento, de consciência e dereligião. Este direito inclui a liberdade de ter uma religião ou qualquer crença de sua escolha, assim como a liberdade de manifestar sua religião ou crença, individual ou coletivamente, tanto em público quanto em particular”.



Nesse sentido e pela análise apresentada, depreende-se que o caso do porte do véu é um sinal de uma evolução do fenômeno religioso na sociedade e na República francesa, mas também de uma mudança nos relacionamentos no cenário internacional, demonstrando o quanto é árdua a tarefa de integrar pessoas, culturas e religiões em um Estado democrático de direito que está inserido em um mundo cada vez mais globalizado.

REFERÊNCIAS

BARBIER, Maurice. «Esquisse d'une théorie de la laïcité». In: *Le débat*. novembre - décembre 1993.

CALENDRE, Olivier. *République et laïcité*. Mémoire de DEA Droit public fondamental soutenu à la faculté de droit de Grenoble, 1995.

DE BEZE, M.-O. «Pour une loi sur le «voile»». In: *Revue Administrative*. n° 337, 2003.

GUILLENCHMIDT, Michel. «Le port de signe religieux distinctif». In: *Cahiers Sociaux du Bureau de Paris*. spécial juillet - août 2003.

LIGUE DES DROITS DE L'HOMME. *L'état des droits de l'homme en France*. Paris: Editions La Découverte, 2004.

RIVERO, Jean. «La notion juridique de laïcité». In: *Dalloz*. Chronique n°33, 1949.

STASI, Bernard (presidida por). *Laïcité et République* (Rapport de la commission de réflexion sur l'application du principe de laïcité dans la République). Paris: La Documentation française, 2003.



O DIREITO NO III REICH¹

Rodrigo Freitas Palma²

“Jurei nunca ficar em silêncio sempre e onde quer que seres humanos estejam passando por sofrimento e humilhação. Devemos sempre tomar lados. A neutralidade ajuda o opressor, nunca vítima”. (WIESEL, Elie. Personalidades: Elie Wiesel. In: www.chabad.org.br. [Acesso em 03.09.2014].

1. A GÊNESE DE UM DIREITO INÍQUO

359

A aparente percepção de que o Direito encontra-se, de alguma forma, atrelado a tudo aquilo que, sob o prisma axiológico, pode ser entendido como “justo” – tornou-se, pelo menos *a priori*, um referencial cultural dominante na cultura dos povos do Mediterrâneo

¹ O presente artigo é especialmente dedicado ao Eterno, o norte da bússola judaica; à memória das pessoas que perderam suas vidas e tiveram seus sonhos tragicamente destroçados nos campos de concentração e também àqueles que sobreviveram em meio ao pesadelo, tendo que buscar uma força quase sobre-humana e um significado maior para recomeçar em meio ao desalento da própria existência; à *Yad Vashem*, que trabalha incansavelmente para manter viva a memória de homens, mulheres e crianças cujas vidas foram ceifadas por uma sanha arrebatadora e ainda hoje, incompreensível para todos nós; aos diletos amigos Rui Born, Wremyr Scliar, Arnaldo B. S. Neto e Gabriel Schimchak pelo intercâmbio intelectual e, por fim, a ti bela e amada Hadassah, presente a nós enviado no crepúsculo anunciador do início de um Rosh Hashaná.

² Advogado. Especialista em Relações Internacionais. Especialista em Direito Militar. Especialista em Docência no Ensino Superior. Mestre em Ciências da Religião. Em Brasília-DF atua como Prof. de Sociologia Jurídica na Faculdade Processus, onde é Coordenador de Políticas Editoriais. Prof. de História do Direito e de Direito Internacional no Centro Universitário Euro-Americano. É também Prof. de Introdução ao Estudo do Direito na Faculdade Anhanguera. No ICESP-Faculdades Promove é Prof. de História do Direito, Antropologia Jurídica e Direito Internacional. É Coordenador de Pesquisa Científica do CESDIM (Centro de Estudos de Direito Militar). Autor das obras “História do Direito”; “Direito Militar Romano” e “Manual Elementar de Direito Hebraico”.

Central. Ora, é bem verdade que os termos latinos “*directum*” e “*jus*” – ambos herdados da clássica concepção romana – ensejam etimologicamente diferentes significações, apesar de que todos os sentidos a eles atribuídos permanecem invariavelmente vinculados à idealística representação do “comportamento adequado” em sociedade ou, para ser mais literal à intenção do jurisconsulto surgido no Lácio, à conduta esperada de cada cidadão baseado nos limites territoriais do antigo Império.

Destarte, não é preciso ser, propriamente, uma espécie de “operador do direito” orientado unicamente pelas linhas mestras do Positivismo Jurídico para atrelar, culturalmente, a imediata compreensão do fenômeno jurídico a essa noção preliminar subjacente, afinal, não se pode negar o fato de que até mesmo os leigos depositam na lei a firme expectativa de que esta possa vir a se transformar, de fato, numa espécie de instrumento “confiável” e “infalível”, capaz de “solucionar” todas aquelas inúmeras mazelas que atormentam cotidianamente a sociedade.

Ao mesmo tempo, como consequência prática dessa realidade inefável, automaticamente desponta, no imaginário das massas na década de 1940, a firme esperança de que o ordenamento jurídico, para muitos, o produto de uma veneração fatídica, encontra-se verdadeiramente apto a compor os conflitos. Assim, revela-se no inconsciente coletivo de sociedades reputadas como bastante politizadas, a falsa impressão de que a fria letra da lei não era merecedora de qualquer contestação no plano real. De fato, podemos pensar assim se as regras que emanam do Estado traduzem-se nas mais legítimas aspirações de seus nacionais, porquanto, encontram-se situadas na órbita dos Direitos Fundamentais. Entretanto, na verdade, sabe-se que o processo legislativo, não raro, é conduzido segundo os interesses daqueles que governam ou, noutra hipótese, encontra-se maculado pelo desiderato duvidoso dos diversos grupos de pressão que atuam incisivamente no âmbito de qualquer Estado. Cremos que a desconsideração a esta premissa básica conduz a uma visão simplista e distorcida, que hodiernamente, não se pretende mais oferecer aos ingressantes na carreira jurídica.

Em síntese e graças ao retumbante sucesso das teorias de Hans Kelsen na Europa, que *a posteriori* se espraiaram por muitos outros lugares, a idéia do fenômeno jurídico foi reduzida ao universo imperioso da lei – o totem maior de uma conjuntura sistêmica que



privilegia em demasia esta única fonte, como é próprio da estrutura orgânica que perfaz as legislações da “*Família Romano-Germânica*”³. Nesse ínterim, como bem esclareceu David Dyzenhaus⁴, a crença no positivismo jurídico deveria ser encarada, pois, como uma espécie de “Dr. Jekyll” e, ao mesmo tempo, também, como a personificação de um “Dr. Hyde”. As duas facetas dos personagens, na alegoria retomada pela simbologia literária utilizada pelo autor, revelam a dicotomia que perfaz a essência do direito, por ser a representação idealística do “justo”. Por outro lado, ao mostrar seu perfil “iníquo”, o império da lei resume-se à oficialização da “ideologia do autoritarismo”, em que o ordenamento jurídico vigente pode ser facilmente manipulado para se tornar um “instrumento de opressão”. Neste cenário também possível (notadamente de fundo totalitário), os cidadãos deixam simplesmente de questionar a virtude filosófica da lei, em função da ilusão causada pela idéia de que a validade das regras encontra-se isenta de quaisquer questionamentos de natureza axiológica. Nesse sentido, bem observa Ingo Muller⁵, que a imperial Alemanha de Bismarck (cuja filosofia jurídica era dominada por uma “teoria positivista rígida”), caracterizadora do tradicional pensamento legalista germânico (do tipo prussiano). E, logicamente, esta importante observação não pode ser negligenciada, se o escopo nosso é o de comentar a legislação produzida na Era Nazista.

Em função do que foi acima exposto, o objetivo do presente trabalho científico calca-se na iniciativa de discutir e delimitar, por intermédio de brevíssimas ponderações, o momento em que há uma ruptura histórica dos anseios nacionais que depositam, no espectro da lei, o significado maior e tangível do que se compreende por “justiça”. Essa situação alcança materialização, na abordagem que se pretende conferir ao tema proposto, quando este “Estado-força”, para fazer jus à expressão enunciada pelos professores franceses François Châtelet, Olivier Duhamel e Évelyne Pisier-Kouchner⁶, contrariando sua missão perpétua de promover e zelar pelo bem-estar social, torna-se, ele próprio, o perseguidor maior de seus súditos, fazendo de seu “ordenamento jurídico”, o ferramental para a promoção institucionalizada do terror.

³ A expressão em tela é utilizada por René David em seu clássico. Confira, para tanto, DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*, p.16-24.

⁴ Confira a obra de DYZENHAUS, David. *Hard Cases in Wicked Legal Systems*. 2 ed. Oxford: Oxford University Press, 2010.

⁵ MÜLLER, Ingo. *Hitler's Justice: The Courts of the Reich*, p.8.

⁶ CHÂTELET, François; DUHAMEL, Olivier e PISIER-KOUCHNER, Évelyne. *História das Idéias Políticas*, p.236-7



2. A ASCENSÃO DO TOTALITARISMO DO TIPO NACIONAL-SOCIALISTA E A EROSÃO DA ORDEM CONSTITUCIONAL PROCLAMADA PELA REPÚBLICA DE WEIMER

A ascensão dos regimes totalitários na Itália de Benito Mussolini (o *Duce*) e na Alemanha de Adolf Hitler (o *Führer*), só pode ser compreendida dentro de um contexto histórico-social específico, qual seja, aquele oriundo do quadro-geral das consequências e dos desdobramentos políticos resultantes da reconfiguração geopolítica surgida após o término da Primeira Guerra Mundial. Assim, se os italianos procuravam através da lógica fascista restaurar novamente a grandeza perdida de seu antigo e proeminente império, os germanos, por sua vez, imaginavam idealisticamente construir uma espécie de império do futuro – o *Reich Alemão*. Em comum o fato de ambas as nações terem fracassado fragorosamente durante o célebre conflito armado que marcou as décadas inaugurais do século XX.

A Alemanha, mais especificamente, sentia-se profundamente aviltada pelo teor de algumas cláusulas do Tratado de Versalhes (1919), acordo este que a impedia de se militarizar, além do que, proclamava a soberania francesa nos territórios da Alsácia e Lorena. Mais do que isso, reconhecia a independência da Áustria, o que para muitos alemães era algo inaceitável. Some-se à realidade em questão a previsão de pesadas reparações de guerra, que fizeram até mesmo com que o governo da Grã-Bretanha, tradicional aliado da França, viesse a se opor a muitos dos termos relativos ao dito acordo. Como consequência, sabe-se que as negociações diplomáticas levadas a cabo em Paris, no ano de 1919, foram marcadas por profundas divergências e, desde o momento em que o ajuste foi assinado, pairavam dúvidas sobre o seu cumprimento de forma perene, conforme muito bem demonstrou Farnçois-Poncet⁷. Não por acaso, declarava Thorstein Veblen, num ensaio datado de 1915, que a

Alemanha herdou do passado, tanto longínquo como recente, um Estado de ordem dinástica, com esquema institucional e hábitos mentais populares propícios a um controle coercitivo, centralizado e irresponsável e ensejando uma dominação dinástica. Quase inevitavelmente, a Pátria unificada caiu sob a hegemonia do

⁷ FRANÇOIS-PONCET, André. *Tratado de Paz. Ameaça de Guerra*. In: História Viva, n.33, Julho de 2006, p.30-7.



mais agressivo e do mais irresponsável – além de ser o mais arcaico – dos diversos Estados que se confederaram para a sua formação. E, quase naturalmente, o espírito dinástico do Estado Prussiano permeou o restante do povo federado, a tal ponto que o conjunto está agora apreciavelmente mais perto das inclinações espirituais do militante Estado Prussiano de cem anos atrás do que ele jamais esteve desde que começou o movimento da unificação alemã do século XIX⁸.

Por isso, logo sob a liderança de Hitler, na prática, decai para sempre o regime republicano de Weimer. Os estados-membros perdem definitivamente sua autonomia e as decisões passam a ser centralizadas pelo governo (ou mais propriamente pelo Partido Nacional-Socialista), aproximando a Federação Alemã de uma espécie de “Estado-simples ou unitário”. As particularidades regionais são massificadas e cria-se uma legislação alicerçada na ideologia nazista. A esse respeito bem ressaltou Shirer:

As dietas e os governos dos Estados da Alemanha foram, como vimos, abolidos no primeiro ano do regime nazista, quando o país se unificou, e os governadores dos Estados, reduzidos a províncias, passaram a ser nomeados por Hitler. A autonomia local, o único terreno em que os alemães pareciam ter feito verdadeiro progresso em direção à democracia, foi igualmente aniquilada. Uma série de decretos-leis privou as municipalidades de sua autonomia e submeteu-as ao controle direto do Ministro do Interior do Reich, que nomeava seus prefeitos, se tivessem uma população de mais de 100.000 habitantes, e reorganizava-os sob o princípio da liderança. Nas cidades de menos de 100.000 habitantes, os prefeitos eram nomeados pelos governadores provinciais. Para Berlin, Hamburgo e Viena (depois de 1938, ao ser ocupado pela Áustria), Hitler reservou-se o direito de indicar os prefeitos⁹.

⁸ VEBLEN, Thorstein. *A Alemanha Imperial e a Revolução Industrial*. Trad. Bolívar Lamounier. 1 ed. São Paulo: Abril, 1974. (“Coleção Os Pensadores”, n.XL, p.267-275.)

⁹ SHIRER, Willian L. *Ascensão e Queda do IIIº Reich*, vol. I, p.301.

Antes de nos defrontarmos com o caos legislativo que se instaurou na Alemanha sob o domínio nazista, uma decorrência da simplificação da lógica do poder, convém ressaltar que essa nova realidade que teimava se impor somente poderia ser bem sucedida na total desconsideração aos princípios norteadores da Carta Magna de 1919, à época, um modelo jurídico de cidadania para toda a Europa. A Constituição de Weimer, promulgada nesta mesma cidade da Saxônia, que se tornaria célebre graças ao diploma legal em tela, representava, do ponto de vista formal, a consolidação dos mais caros ideais nacionais e, para tanto, buscava favorecer institucionalmente, a plena unidade germânica. Muito de seu conteúdo, considerado bastante avançado e moderno para aquele período, deve-se ao empenho de Hugo Preuss (1860-1925), um dos maiores juristas de seu tempo. Porém, a segurança jurídica pretendida pela Carta de Weimer se desmorona rapidamente com Hitler na dianteira do país. Esvaem-se as importantes conquistas inerentes ao povo alemão, dentre as quais se destacam o direito à autodeterminação (art.2); o reconhecimento da necessidade do respeito às regras de Direito Internacional (art.4); o princípio da isonomia (art.109); a liberdade de locomoção (art.111); a manutenção e proteção à identidade cultural de comunidades de língua estrangeira radicadas em solo germânico (art.113); os direitos individuais (art.114), o princípio do *nullum crimen sine lege* (art.116); o direito à privacidade (art.117); o direito à liberdade de expressão (art.118); o direito ao matrimônio e a proteção à família (art.119); o direito à livre-associação (art.124); o direito de acesso a qualquer cidadão, sem qualquer discriminação, aos cargos públicos (art.128, 129 e 130); o direito à liberdade religiosa e de culto (art.135, 136 e 137), entre outras mais.

Entretanto, é notório que a presente ordem constitucional não combinava com o tumulto que Hitler intentava implantar ao fazer dos comunistas uma espécie de bode-expiatório. Ele sabia que eles sempre representaram uma firme oposição à ideologia nacional-socialista e, portanto, nesse contexto, a democracia representada por Weimer era um obstáculo. E, assim sendo, na primeira oportunidade, era preciso anulá-los definitivamente (apesar de que o *Führer* logrou fazer bem mais do que isso logo que teve sua primeira chance). Por ocasião do incêndio do *Reichstag* (o Parlamento Alemão), em 27 de Fevereiro de 1933, seus oponentes, acusados do mencionado crime, foram duramente perseguidos.



Nesse mesmo sentido, há igualmente que se mencionar o fato de que o autor do Projeto que redundou na promulgação da Constituição de 1919 – Hugo Preuss – era de origem judaica, o que pode ter despertado em Adolf Hitler um sentimento de profundo desprezo pela Lei Maior da República e, conseqüentemente, também pela figura de seu célebre autor.

Ademais, esta nova ordem jurídica proclamada sob os ditames do Partido Nacional-Socialista dos Trabalhadores tenta, desde logo, se revestir de um pretenso ‘ar de legalidade’. É o que ensina Shirer:

O Ato de Autorização também, que o *Reichstag* votara a 24 de março de 1933, e através do qual transmitira suas funções legislativas ao governo nazista, representou o segundo pilar da “constitucionalidade” do poder de Hitler. A cada quatro anos, daí por diante, ele era devidamente prorrogado por mais um período de quatro anos, por um arremedo do *Reichstag*, pois jamais ocorreu ao ditador abolir essa instituição um dia democrática, mas somente fazê-la não democrática¹⁰.

A Alemanha, outrora tão conhecida pela natural vocação de seu povo no que diz respeito à observância às leis vigentes e ao seu cumprimento, paulatinamente vê-se envolta num mar de arbitrariedades jurídicas. Sabe-se que as regras de Weimer, simplesmente, nada mais significavam para o líder nazista à frente de um Estado ditatorial. O direito à livre associação foi um dos primeiros a sofrer um surpreendente revés, afinal, o dia 01 de Maio de 1933 foi muito comemorado sob os auspícios do Partido Nacional-Socialista. Os trabalhadores não podiam imaginar que isso era parte do plano da propaganda de Goebbels¹¹, desejoso por minimizar quaisquer focos de resistência ao regime. Sabe-se, pois, que o Partido Nacional-Socialista, logo ao ascender ao poder, demonstra na prática que o inventivo nome da legenda política constitui mera falácia, ao negar, justamente, os direitos mais básicos aos trabalhadores os quais diz representar. Os sindicatos, por exemplo, em 02 de Maio de 1933 cerraram suas portas e sucumbiram diante da ação intimidatória das

¹⁰ Idem, p.408.

¹¹ Para saber mais sobre o papel de Goebbels no Terceiro Reich consulte WELCH, David. *The Third Reich: Politics and Propaganda*. New York: Routledge, 1993, p.5-6; 22-27.

forças paramilitares, que além de prender muitos de seus presidentes, promovendo ampla violência física contra os tais, cuidou ainda de enviar outros tantos aos campos de concentração¹². Favoreceu-se, assim, sobremaneira, a situação do empresariado local, uma vez que no caminho que seria pavimentado para a guerra iminente, a manutenção de uma indústria forte se fazia crucial, não se admitindo quaisquer percalços aos verdadeiros intentos do *Führer*, o qual se mostrava contrário, logicamente, aos direitos e às garantias sociais previstas na festejada Constituição de Weimar¹³. É o que salienta Shirer ao comentar o assunto:

Dentro de três semanas, a falsidade de outra promessa nacional veio à tona quando Hitler decretou uma lei pondo fim aos contratos coletivos e estipulando que daí em diante “as curadorias trabalhistas”, indicadas por ele, “regulariam os contratos de trabalho” e manteriam a “paz trabalhista”¹⁴. Aqui revela-se mais uma vez a utilização de um direito tirânico cujos interesses remontam ao apoio financeiro recebido pelo Partido Nacional-Socialista de certos setores da sociedade: “Pelo menos até então, a alta direção das empresas estava satisfeita. As contribuições generosas que muitos empregadores tinham feito ao Partido Nazista foram compensadas. No entanto, para os negócios prosperarem, uma certa estabilidade da sociedade é necessária, e por toda a primavera e o princípio do

¹² SHIRER, Willian L. *Op.cit.*, p.301.

¹³ Sem embargo, logicamente, à abalizada crítica de alguns publicistas como Comparato: “A vigência efetiva dos textos constitucionais depende, muito mais do que as leis ordinárias, de sua aceitação pela coletividade. Ao sair de uma guerra perdida, que lhe custou, ao cabo de quatro anos de combate, cerca de dois milhões de mortos e desaparecidos (quase 10% da população masculina), sem contar a multidão dos definitivamente mutilados, o povo alemão passou a descreer de todos os valores tradicionais e inclinou-se para soluções extremas. Sem dúvida, o texto constitucional é equilibrado e prudentemente inovador. Mas não houve tempo suficiente para que as novas idéias amadurecessem nos espíritos e as instituições democráticas comesçassem a funcionar a contento. A Constituição de Weimar foi votada ainda no rescaldo da derrota, apenas sete meses após o armistício, e sem que divisassem com clareza os novos valores sociais. Ela não podia deixar, assim, de apresentar ambigüidades e imprecisões, a começar pela própria designação do novo Estado, que se quis reconstruir sobre as ruínas do antigo. A Carta política abre-se com a surpreendente declaração de que “o império alemão (das *Deutsche Reich*) é uma República”¹⁷”. COMPARATO, Fábio Konder. *A Constituição Alemã de 1919*. www.dhnet.com.br [Acesso em 11/03/2010].

¹⁴ SHIRER, Willian L. *Op.cit.*, p.304.



verão a lei e a ordem foram se esborando na Alemanha, na medida que os frenéticos bandos de camisas pardas percorriam as ruas, prendendo, espancando e algumas vezes até matando quem quer que lhes aprouvesse, enquanto a política olhava sem levantar um dedo. O terror nas ruas não era consequência do esfacelamento da autoridade do Estado, como acontecera na Revolução Francesa, mas ao contrário, era executado com o estímulo e frequentemente sob as ordens do Estado, cuja autoridade nunca tinha sido maior ou mais concentrada na Alemanha. Os juízes, intimidados, temiam por suas vidas se declarassem culpado ou condenassem um elemento das tropas de assalto por assassinato a sangue frio. Hitler agora era a lei...¹⁵.

As afrontas e violações aos preceitos constitucionais mais elementares logo se fizeram notar em larga escala, com uma celeridade espantosa, sendo os judeus as maiores vítimas, apesar de ser conhecido o fato destes não terem sido as únicas.

Assim, inicialmente, quebrou-se o princípio da isonomia prevista pela Carta de Weimer (art.109), tendo-se tornado os membros da comunidade israelita cidadãos de segunda classe. O resultado dessas políticas de Estado arbitrárias é que os judeus, em razão de suas origens étnicas, sua religião e singular cultura, começam, em 1933, a ser hostilizados abertamente pelas praças e ruas das principais cidades alemãs, principalmente pela perigosa SA (*Sturmabteilung*)¹⁶, não obstante a proteção às comunidades ensejada pelo sistema constitucional alemão (art.113). Contra estes e sem embargo ao que a Lei Maior preconizava (art.116), julgou-se pelas autoridades do Reich totalmente desnecessária a instauração de qualquer inquérito, apesar de que, noutras hipóteses, a justiça era “torcida”, sempre em qualquer processo em que uma das partes tivesse ascendência judaica.

¹⁵ *Idem*, p.304-5.

¹⁶ Trata-se de uma força paramilitar de Hitler, responsáveis por espancamentos, prisões arbitrárias e assassinatos a mando do Partido Nazista. A palavra ‘*Sturmabteilung*’ significa “tempestade” em idioma alemão. Esta famosa tropa de assalto era comandada por Ernst Röhm. Com o declínio político de seu líder, a SA perdeu importância em função da SS.

Nesse sentido, como dissemos, incontáveis membros da comunidade israelita passaram a ser atacados nas ruas, sendo que nenhuma medida jurídica fosse tomada contra seus ofensores. Se o legislador de Weimer primava, sobretudo pela proteção e pelo amparo à família (art.119), Hitler, por sua vez, em desrespeito à Constituição, proibiu o casamento e os relacionamentos conjugais entre pessoas de origem judaica e aqueles alemães considerados pelo Partido, como “verdadeiramente arianos”. Vale ainda acentuar que o legislador de Weimer era, a sua época, o mais ousado da Europa conforme oportuna lição de Comparato:

No campo da vida familiar, a Constituição alemã de 1919 contém mais duas inovações de importância. Ela estabeleceu, pela primeira vez na história do direito ocidental, a regra da igualdade jurídica entre marido e mulher (art. 119), e equiparou os filhos ilegítimos aos legitimamente havidos durante o matrimônio, no que diz respeito à política social do Estado (art. 121). Ademais, a família e a juventude são postas, precipuamente, sob a proteção estatal (arts. 119 e 122)¹⁷.

Igualmente, judeus, tanto na condição de alunos, como também na de professores, sem demora foram expulsos das universidades alemãs e destituídos de suas funções nos cargos públicos, em contraste ao disposto em lei (art.128, 129 e 130).

Aos jornalistas, advogados, juizes e promotores de origem judaica não mais foi permitido o exercício da profissão na mais acintosa orquestração contra a liberdade de expressão (art.118).

A liberdade de locomoção (art.111) é, igualmente, duramente afetada quando os judeus, após terem sido confinados à exclusão social dos guetos cercados, agora são enviados em grandes contingentes aos campos de concentração. Como sabemos, este é o epílogo, a derradeira fase que antecede o programa nazista para a implantação da chamada “solução final”. A subjugação do gênero humano, assim, alcança seu mais alto grau de violação aos direitos fundamentais quando então se insurge contra o bem mais caro, ou seja, a vida daquelas pessoas.

¹⁷ COMPARATO, Fábio Konder. *A Constituição Alemã de 1919*. www.dhnet.com.br [Acesso em 11/03/2010].



3 O PERFIL ELEMENTAR POLÍTICO-IDEOLÓGICO DO NAZISMO

Parece ser recorrente na lógica da retórica populista do tipo totalitário, buscar-se ancorar em teorias conspiratórias, nas quais os opositoristas são tratados como “inimigos do Estado”, o que, neste caso em especial, pavimenta o caminho para atos de xenofobia e racismo. Ora, a veemência furiosa do discurso apelativo visa confundir os destinatários da mensagem – a grande massa fustigada por decepções mil – imaginando, assim, conquistar o apoio incondicional de fiéis seguidores que sejam incapazes de questionar a validade da argumentação. Nesse exercício de argumentação rasteiro, há sempre a figura de um “bode-expiatório”, o responsável-mor por todas as mazelas que acometem a população. Por isso mesmo, muito bem observou Götz que, apesar do programa nazista estar nitidamente baseado na “desigualdade entre as raças”, prometia-se, sem embargo, a construção de uma espécie de Estado ideal pautado na realização dos sonhos pertencentes a duas gerações de alemães, ou seja, a “unidade nacional” e a “unidade entre as classes sociais”¹⁸.

Nessas condições, a força da juventude e a ingenuidade peculiar à infância tornam-se largamente exploradas como massa de manobra e os valores sociais são radicalmente deturpados. Aos dissidentes comina-se a pecha de “traidores da pátria” e a eles é legado a perseguição. Aos colaboradores, no entanto, são oferecidas as credenciais cívicas do heroísmo romantizado e ornado pela força emanada dos símbolos da pátria idolatrada. A lealdade à comunidade e à família é rapidamente substituída pela fidelidade partidária, que agora se confunde irrestritamente com a lealdade devida à nação. Sobre o assunto em tela tem-se a acurada análise de Jacques Nére, ao inferir que

Hitler dispõe de um poder ilimitado, que repousa sobre o postulado da adesão popular. Esta é obtida pela propaganda, que cria o mito do *Führer* e celebra-lhe culto; pela arregimentação das diversas categorias da população em numerosas associações dirigidas pelo partido nazista, que cobre o país de uma

¹⁸ GÖTZ, Aly. *Hitler's beneficiaries: plunder, racial war, and Nazi welfare state*, p.13.



rede de grupos hierarquizados; pelo controle da imprensa, do ensino, da nota intelectual e artística¹⁹.

Nos regimes totalitários, na dianteira de um partido que logo se torna único²⁰, e cujas diretrizes tornam-se incontestáveis, há sempre um homem politicamente forte e destrutivo por excelência, que no imaginário popular se reveste de um potencial messiânico para conduzir os destinos da nação²¹. O legado de Hitler, porém, foi um país em ruínas, uma terra feita em escombros e uma nação inteira dividida pela conveniência estratégica das hegemonias que agora pisarão triunfalmente em seu solo.

A exaltação à figura do *Führer*, do tipo idolátrica provocou a mais completa desconsideração ao *princípio da impessoalidade na administração pública*. A oratória do “líder” ou “guia” tornou-se igualmente frenética e inspiradora à violência que se pretende imprimir contra um determinado grupo, antecipadamente considerado culpado por todas as desgraças que acometem a sociedade. A perseguição imposta aos súditos do Estado visava à consecução dos ideais ditos ‘patrióticos’ e o atendimento dos anseios de um nacionalismo irracional, virulento, ufanista, quase instintivo e tornado perigosamente exacerbado. Ora, é justamente nesta conjuntura específica que irrompe uma espécie de “direito iníquo”, assunto do qual nos deteremos mais demoradamente nos próximos tópicos.

4. O DIREITO INÍQUO: TERMINOLOGIA E CONCEITO

A expressão que aparece em tela – “*Direito Iníquo*” – sugere a existência de um conjunto de leis de nítido teor “tirânico”, “injusto” ou, para ser mais fiel à retórica bíblica, em que a segunda palavra da conjugação é recorrente, “diabólico”.

¹⁹ NÉRE, Jacques. *História Contemporânea*, p.404.

²⁰ Isto aconteceu aos 14 de Julho de 1933. Veja-se, a seguir, o teor da lei: “O Partido Nacional-Socialista Alemão dos Trabalhadores constitui o único partido político da Alemanha. Aquele que tentar manter ou formar um novo partido político será punido com trabalhos forçados por três anos ou com prisão de seis meses a três anos, se a ação não estiver sujeita a penalidade maior de conformidade com outros regulamentos”. SHIRER, Willian L. *Op.cit.*, p.302.

²¹ Entretanto, como se sabe, a tirania de Hitler foi responsável pela destruição de seu próprio país, feito em ruínas em função do avanço aliado.

Em língua inglesa, a terminologia “*wicked law*” é utilizada com maior frequência, tendo aparecido, só para citar alguns exemplos, nas obras de Brian Horrigan²², Charles Beecher²³, William E. Nelson²⁴ e John R. Mc Kivigan²⁵, quase sempre se referindo àquelas leis proclamatórias de regimes escravagistas, apesar de que o termo assumiu novas acepções entre os juristas com o passar do tempo.

No trabalho em questão, serviremo-nos da aludida conjugação – “direito iníquo” – para nos reportarmos exclusivamente às legislações produzidas nos Estados totalitários, concedendo ênfase especial à legislação da Alemanha por ocasião da ascensão do Partido Nacional-Socialista dos Trabalhadores (Nazi), sem nos olvidarmos, obviamente, às inúmeras possibilidades que a nomenclatura poderá, naturalmente, comportar. Assim, o chamado “*direito iníquo*”, como já dissemos, pode ser conceituado de um modo bem mais abrangente, ou seja, como aquele conjunto de regras produzidas no âmbito de um Estado, dos quais os exemplos totalitários ou ditatoriais se fazem notadamente mais manifestos. Tais ordenamentos jurídicos atentam profundamente contra a dignidade e a liberdade de seus nacionais e, igualmente, da população que circunstancialmente se refugia nos limites das fronteiras onde ocorrem os mencionados abusos. Portanto, o surgimento de leis iníquas não constitui um fenômeno isolado ou recente, próprio da caricatura totalitária clássica, ainda que esta seja a tipificação por excelência. Nesse sentido, uma infinidade de casos poderia ser relatada, apesar de que este não é o objetivo que orienta, por hora, nossa pesquisa. Não por acaso, Alain Supiot, em seu clássico “*Homo Juridius*”, assim declara:

Se a negação da lei garante da identidade e dos direitos das pessoas é, assim, a marca distintiva do totalitarismo, é porque este se quer o instrumento de uma lei mais alta, de uma lei

científica e sobre-humana, que desqualifica o Estado e a lei positiva. O comunismo bem

²² HERRIGAN, Brian. *Adventures in law and justice: exploring big legal questions in everyday life*, p.88.

²³ BEECHER, Charles. *The Duty of Disobedience to Wicked Laws: a sermon on the fugitive slave law*. Newark, NJ: John A. Gray, 1851.

²⁴ NELSON, William E. *The Common Law of Colonial America: Volume I – The Chesapeake and New England (1607-1660)*, p.54.

²⁵ Mc KIVIGAN, John R. *Abolitionism and American Politics and Government*. S/I: John Mc Kivigan, 1999, Vol.3.

como o nazismo conceberam o Estado como uma mera marionete a serviço do Partido, um governo aparente que servia para ocultar os lugares reais de exercício do poder²⁶.

É fato, sobretudo, que o “Direito do Terceiro Reich” foi elaborado de forma arbitrária, que começa a tomar corpo numa acintosa negativa aos pressupostos básicos que nortearam a Constituição de Weimar (1919)²⁷. Se a vigência deste famoso diploma legal marcou a história do constitucionalismo, ao mesmo tempo, não foi capaz de impedir o governo nazista de colocar abaixo todas as conquistas nacionais no plano jurídico através da enorme pressão exercida por Hitler junto ao Marechal Hindenburg (1847-1934)²⁸. Fato é que logo em seguida, no dia 28 de Fevereiro de 1933, o celebrado Presidente da República, em razão da insistência nazista, assinaria o chamado “*Decreto pela Proteção do Povo e do Estado*”. Os comunistas, na ocasião, foram os grandes bodes expiatórios, uma vez que na pregação do Partido Nacional-Socialista, tentavam estes subverter a uma “ordem” que deveria ser prontamente restabelecida após o obscuro e criminoso incêndio ocorrido no *Reichstag*. Eis um dos principais trechos do aludido documento:

Restrições à liberdade pessoal, ao direito de livre manifestação de opinião, inclusive à liberdade de imprensa; aos direitos de reunião e associação; as violações das comunicações privadas telefônicas, telegráficas e postais; e autorizações para buscas domiciliares, ordens para confiscos, bem como restrições à propriedade, são também permissíveis

além dos limites legais prescritos em outras

²⁶ SUPLOT, Alain. *Homo Juridicus: Ensaio sobre a Função Antropológica do Direito*, p.70. (Justiça e Direito).

²⁷ Para saber mais indico comentário de MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais: Teoria Geral – Comentários aos arts.1 a 5 da Constituição da República Federativa do Brasil – Doutrina e Jurisprudência*, p.12-13. Informações sobre o moderno Direito Constitucional Alemão podem ser encontradas na obra de HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

²⁸ Paul von Hindenburg foi uma importante figura na Alemanha, tendo sido herói durante a Primeira Guerra Mundial e, posteriormente, Presidente da Alemanha entre os anos de 1925 e 1934. O célebre marechal foi o último grande vulto político antes da ascensão do Nazismo, tendo assentido com a concessão de poder a Adolf Hitler.



circunstâncias²⁹.

Não se pode olvidar que qualquer regime de governo, independentemente de suas matrizes ideológicas, fatalmente assentará suas diretrizes no conveniente universo propugnado pela legalidade. Portanto, para que pessoas sejam enviadas maltrapilhas, famintas e oprimidas a campos de concentração, onde serão *a posteriori* exterminadas, havia a necessidade de uma autorização formal que justificasse tamanha barbárie. Pois bem: este precedente era garantido aos membros da SS, entre outros partícipes da barbárie (tão somente a título ilustrativo), pelo ordenamento jurídico vigente. As medidas administrativas assumidas nos limites do Reich, que desde a ascensão do Partido Nacional-Socialista começaram a ser preparadas, não excluíram jamais de seu pernicioso itinerário formalista, o elemento jurídico.

Sob o prisma histórico, foram basicamente seis anos de produção normativa (1933-1939), quando então, iniciou-se a implantação gradual da fatídica “solução final”, o mais sombrio e pernicioso projeto do governo nazista. Essa legislação era não mais do que representativa da vontade última e incontestável do *Führer* e de seus asseclas, bem como, dos interesses partidários. Ela faz parte do roteiro de destruição por Hannah Arendt chamado de “a banalidade do mal”³⁰.

Todavia, segundo o viés do Nacional Socialismo, qual era a razão primordial que reclamava a necessidade de se manter um aparato legal coeso em pleno funcionamento? Certamente, para subjugar os opositores do regime mais eficazmente e sabe-se que esta alternativa não foi descartada por Hitler. É o que confirma a lição do historiador Paul Johnson:

O dualismo de Hitler se manifestava através de duas formas de violência a serem utilizadas contra judeus: a espontânea, altamente

emocional e descontrolada do *program*, e

²⁹ Ver a tradução do texto em SHIRER, Willian L. *Op.Cit.*, p.291-2.

³⁰ A expressão em questão aparece na obra de Hannah Arendt a mais famosa filósofa de origem judia do século XX. Cf. a esse respeito ARENDT, Hannah. *Eichmann em Jerusalém: Um Relato sobre a Banalidade do Mal*. 6 ed. Trad. José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 2006. Esta obra traz uma perspectiva crítica dos bastidores do julgamento de um célebre criminoso nazista chamado Adolf Eichmann, que foi capturado na Argentina pelo Serviço Secreto de Israel, o Mossad.



aquela fria, sistemática, de caráter legal e regulada, vinda do estado, e expressa através da lei e do poder policial. Como precisasse garantir o uso da violência, ele colocou o elemento emocional como pano de fundo e deu ênfase no processo legal³¹.

5. O DIREITO DO TERCEIRO REICH

O estudo do Direito nos Estados totalitários, entre outras razões, justifica-se pela carência de trabalhos científicos no Brasil voltados exclusivamente para a presente temática. O assunto em questão, por si só, não é novo, tendo a ele oportunamente se referido Michael Stolleis, notório Professor de Direito Público em Frankfurt. Isso porque a História do Direito, que despontou como disciplina autônoma no século XIX—conforme bem destacou o renomado mestre alemão, possui uma metodologia que lhe é muito peculiar. Ocorre, todavia, que muitos acadêmicos, sem a devida formação jurídica ou preparo para tanto, ousaram se aventurar pelas trilhas do universo da legalidade, critica Stolleis. No processo em questão, pondera o autor, alguns tantos, que não podem ser considerados estritamente “historiadores do Direito”, buscaram reconstruir o Estado Nacional Socialista pela ótica jurídica. Se por um lado, pondera Stolleis, pode-se ganhar com uma contribuição intelectual de teor mais pluralista, por outro, corre-se o sério risco de perder-se em meio a trabalhos marcados pelo “amadorismo”, pela “subjetividade” e até mesmo, pela ausência de uma “interpretação crítica” das fontes consultadas no decorrer da pesquisa³².

Mas a justificabilidade para um estudo desta natureza deve situar-se inicialmente muito além do mero interesse acadêmico, especialmente, no exato momento em que buscamos efetivar no âmbito dos Estados, os diversos compromissos no terreno dos Direitos Fundamentais assumidos em conferências internacionais organizadas no seio das Nações Unidas. Por isso, valem aqui as palavras de um notório professor de Direito suíço:

Auschwitz é o mais terrível monumento da

³¹ JOHNSON, Paul. *História dos Judeus*, p.506.

³² STOLLEIS, Michael. *The Law under Swastica: studies on legal history in Nazi Germany*, p.27.





humanidade. Até a decisão sobre a “solução final”, tomada pela Alemanha nacional-socialista de Hitler, nenhum Estado havia ditado leis destinadas a destruir totalmente um povo indefeso. Existiram povos que foram escravizados e subjugados, e outros que foram e continuam sendo expulsos de seus territórios. Porém, nenhum Estado, em nossa história, havia tido a desumanidade e a arrogância de negar todo o valor a um povo, que nenhum perigo representava para esse Estado, e decretar sua total destruição. As conseqüências dessas leis foram as piores violações dos direitos humanos que se tenham conhecimento até agora na história da humanidade³³.

Ainda que o escopo primeiro deste não seja o de adentrar especificamente no imenso mar das discussões filosófico-jurídicas sobre a validade ou não da legislação produzida na Alemanha entre os anos de 1933 e 1939 – “um dos Estados mais fundamentalmente terroristas que o mundo ocidental já conheceu”, como bem acentua Caleb Carr³⁴, faz-se mister apresentar uma breve referência à temática em questão, uma vez que ela permeou definitivamente os debates que se instauraram nas faculdades de Direito da Europa e dos Estados Unidos logo no período do pós-guerra.

Assim, poderia a legislação oficial (ou estatal), simetricamente programada para estar em imediata consonância com os ditames de um partido, que se tornou único, e cujo fim maior é o de preparar o terreno para a subjugação completa de parte de seus nacionais, para, enfim, permitir sua total aniquilação e extermínio ser considerado um conjunto de regras revestido de validade plena, absoluta e incontestável? É diante desse paradoxo que nos insere Juan Antonio García-Amado, ilustre catedrático da Universidade de León:

Além desses problemas jurídicos mais práticos, o nazismo supôs também um verdadeiro terremoto em nossa cultura jurídica ocidental e moderna e se converteu, como não podia ser menos, no *experimentum crucis* ou na pedra de toque da contemporânea Teoria do Direito.

³³ FLEINER, Thomas. *O que são Direitos Humanos?*, p.141.

³⁴ CARR, Caleb. *A Assustadora História do Terrorismo: Uma História da Guerra Contra Cívica*, p.193.

A mais tradicional das questões da Filosofia do Direito, a de, se podia ser autêntico Direito um Direito gravemente injusto perdeu seu halo de abstração e se converteu em uma pergunta muito mais direta e categórica: se era realmente Direito o “Direito” nazista, cujas normas emanadas daquele regime, permitiam que se privasse gratuitamente de sua cidadania e propriedades os judeus; que se explorasse o trabalho escravo de opositores, ciganos, estrangeiros; que se condenasse à morte quem criticasse Hitler; que se esterilizassem alcoólatras, inválidos; que se encerrassem, nos campos de concentração, por tempo indefinido, os delinquentes que já haviam purgado seus delitos no cárcere; que se repetissem os julgamentos cujo veredicto desagradava a Gestapo; que se sentenciasse à morte o judeu que mantinha algum tipo de relação emotiva, nem sequer sexual, com alemã ariana, além de outros atos³⁵.

No caso da Alemanha de Adolf Hitler, várias foram as hipóteses que concorreram para as calamidades que se instauraram no país. A decadência econômica do pós-guerra; uma estarrecedora inflação; o orgulho ferido pela derrota infringida, principalmente, pela França; a imposição das limitações contratuais a uma tradicional potência hegemônica européia³⁶ e, o mais importante de tudo, a crescente intolerância à uma cultura, a qual, em caso, manifestava-se através de um adormecido, porém, latente e inquestionável anti-semitismo histórico. Num segundo momento, como parte dessa nefasta estratégia, havia a necessidade de se construir uma ideologia eficaz para seduzir as massas em meio às ruínas e aos dissabores nacionais. Mas foi justamente a ascensão de Hitler ao poder em Janeiro de 1933, quando este tinha apenas 43 anos de idade, e o declínio das velhas oligarquias alemãs, o evento-chave que providenciou uma

realidade tão esperada pelos adeptos do Partido Nacional-Socialista.

³⁵ GARCÍA-AMADO, Juan Antonio. *A Lista de Schindler: Sobre abismos que o Direito dificilmente alcança*. Trad. Ricardo Menna Barreto e Germano Schwartz. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p.48-49. (Coleção Direito & Arte, n.4)

³⁶ Refiro-me ao Tratado de Versalhes de 1919 assinado com a França. As cláusulas principais do dito acordo impediam, entre outras coisas, a Alemanha de vir a se militarizar, bem como, obrigava o país a ceder parte de seu território.



Entrementes, buscou-se, ainda, respaldar a ideologia de caráter racista que se pretendia impor às massas de um petulante e descabido “ar de cientificidade”, o que de fato se revelaria muito útil à causa nazista. Para tanto, preliminarmente, coube aos nazistas, de forma ardente, reivindicar uma suposta “superioridade ariana”, o que se fez com a baliza dos trabalhos de Gobineau (1816-1882) e Chamberlain (1855-1927)³⁷, dentre tantos outros que poderiam ser aqui listados. Não por acaso muito bem ressaltou Supiot que “a eliminação, em nome da Ciência, do sujeito de direito é o ponto delirante no qual se ancora o pensamento totalitário”³⁸.

O direito oficial, pois, considerado nesta mesma conjuntura, não passava de um arremedo de interesses malévolos adequados à forma jurídica oficial, ou seja, uma redundância da fala discriminatória presente na oratória que tipificava os barulhentos comícios partidários, o que apenas se traduzia, em essência, nos intentos proclamados pela plataforma nacional-socialista³⁹. Os dispositivos legais dos decretos de Hitler e de seus comparsas eram, por este mesmo motivo, bastante breves, talvez, para evitar quaisquer formas de interpretação que não fossem aquelas pretendidas pelo partido ou pelo dizer do *Führer*. As regras na ótica do Terceiro Reich não são sujeitas a eventuais deliberações populares, salvo as já planejadas pelos militantes do Partido Nazista. Elas são simplesmente impostas ao cotidiano das pessoas, afetando a tudo e a todos. A oposição ao regime e, portanto, ao direito vigente, deveria, segundo as determinações partidárias,

³⁷ Joseph Arthur de Gobineau e Houston Stewart Chamberlain são dois famosos teóricos do racismo cujos trabalhos foram especialmente apreciados por Adolf Hitler. Ambas as posições ideológicas expressas nas publicações destes escritores encontravam-se revestidas de pretensa cientificidade, sendo convergentes no sentido de ressaltar uma descabida “superioridade ariana”. Como bem ensina Friedlander logo na abertura de sua obra, é fato, pois, que o Nazismo buscou se amparar em doutrinas pretensamente “científicas”, como forma de legalizar uma política de exclusão social e, conseqüentemente, de extermínio. FRIEDLANDER, Henry. *The Origins of Nazi Genocide: From Euthanasia to the Final Solution*, p.1-3.

³⁸ SUPIOT, Alain. *Op. Cit.*, p.70-1.

³⁹ Sobre esse mesmo assunto, assim se posicionou Supiot: “A política de extermínio conduzida pelos nazistas não só consistiu em suprimir milhões de mulheres, de homens e de crianças em nome da luta das raças. Ela também consistiu em despojá-los dos diferentes invólucros jurídicos que faziam deles sujeitos de direito: ao lhes suprimir a plena capacidade civil, ao lhes arrancar o estado profissional (e não somente a profissão), depois o patrimônio (e não somente os bens), depois a nacionalidade (tornando-os apátridas), depois o nome (tornando-os números), ou seja, ao negar-lhes a qualidade de ser humano antes de lhes tirar a vida. E os próprios carrascos não agiam em nome de uma lei da Raça, encarnavam essa lei, sendo igualmente negada qualquer distância entre ela e eles; eram convidados a considerar a si mesmos como engrenagens postas em movimento por forças superiores e a desfazer-se de qualquer sentimento de responsabilidade ou de culpa”. *Idem*, p.71.



não ser apenas combatida no plano ideológico, mas massacrada ou reduzida ao desprezo no âmbito social. Sobre ao assunto, muito bem anotou Nuno Rogeiro, que Hitler mantinha para com o “legalismo tradicional” (“*die ganze Paragraphenreiterei*”) - uma “atitude de desprezo”⁴⁰. Em muitos casos, o *Führer* era a encarnação da própria lei: “Desde as primeiras semanas de 1933, quando começaram as prisões arbitrárias e em massa, espancamentos e assassinatos pelos que estavam no poder na Alemanha, sob a dominação do Nacional-Socialismo deixou de ser uma sociedade regida pela lei. “Hitler é a lei!”, proclamavam orgulhosamente os luminosos juristas da Alemanha Nazista e Goering sublinhava a frase ao dizer aos promotores prussianos a 12 de julho de 1934, que “a lei e a vontade do *Führer* são o mesmo”. E nos momentos de crise, como sucedeu no Expurgo Sangrento, a lei era ele mesmo. Como vimos em seu discurso no Reichstag, imediatamente após o banho de sangue, proclamou que era o “juiz supremo” do povo alemão, com poder de morte sobre quem quer que lhe aprouvesse”⁴¹.

Destarte, essas mesmas ‘vontades’, ainda que oficializadas pela letra da lei, não podem ser consideradas as únicas formas de expressão jurídica, pois não são homogêneas, contudo, coexistentes de modo desarmônico e, não raro, conflitante. Assim o direito estatal não é exatamente coincidente às regras de conduta estipuladas por minorias⁴² que vivem no âmbito desse próprio Estado e que fazem valer nas suas relações diárias, uma tradição jurídica peculiar à consciência cultural do grupo.

Por conta disso, não deveríamos nos surpreender com o fato de que as regras oficiais, mesmo no âmbito dos Estados democráticos, igualmente, não necessariamente atestam os interesses populares. A pretensa Legislação Nacional-Socialista, pois, desconsiderou e negou solenemente os direitos da comunidade judaica radicada em seu território há séculos, autorizando sua virtual subjugação. Mais do que isso, as excludentes leis nazistas fundadas na ideologia do ‘*Pan-germanismo*’ (*Alldeutsche Bewegung*)⁴³ permitiram a vil

⁴⁰ ROGEIRO, Nuno. “*O Sistema Constitucional da Alemanha*”, p.45. In: ALEMANHA. *A Lei Fundamental da República Federal: Com ensaios e anotações de Nuno Rogeiro*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

⁴¹ SHIRER, Willian L. *Op.Cit.*, p.398.

⁴² Para se ter uma noção mais clara sobre o termo “minorias” e todas as controvérsias e implicações jurídicas incidentes sobre o tema indico a obra de WUCHER, Gabi. *Minorias: Proteção Internacional em Prol da Democracia*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

⁴³ Expressão utilizada por alguns teóricos do Estado. Veja a esse respeito MACHADO PAU-



perseguição de seus próprios súditos.

Hans Franck, um dos mais importantes juristas do *Reich*, que ainda havia sido no passado advogado de Hitler, na tentativa de reduzir a teoremas jurídicos todo o ideário do programa do Partido Nacional-Socialista e do próprio papel do *Führer* perante povo alemão, em 1935 assim destacou perante a comunidade acadêmica da Universidade de Munique: “Saber se o *Führer* governa ou não de acordo com uma constituição formal escrita não é um problema fundamental de direito. Só a questão de saber se o *Führer*, através da sua atividade, salvaguarda a vida da Nação, é o problema jurídico fundamental do nosso tempo”⁴⁴.

As discussões filosóficas acerca dos ‘fundamentos’ norteadores do Direito do III Reich não encontraram em Hans Franck seu único expoente. Os alemães tentaram durante toda a duração do regime sustentá-lo teoricamente⁴⁵.

Entrementes, a finalidade maior dessas políticas governamentais arbitrárias, que não raro assumem a pretensa forma jurídica, normalmente resume-se na orquestração da subjugação de grupos vulneráveis⁴⁶ ou de minorias étnicas específicas, submetendo-os a situações infames, vexatórias, de restrições aos direitos humanos fundamentais, podendo estas vis iniciativas, ainda, evoluir para ações mais incisivas e cruéis, quando se cuida de atentar contra o mais caro bem inerente a condição humana – a própria vida. É justamente o que vemos nos tópicos seguintes.

6. O PROJETO DE CÓDIGO PENAL DO III REICH

É notório que o Partido Nacional-Socialista, nas convenções anuais que tiveram lugar na década de 1920, já manifestava claro rechaço à presença da comunidade judaica nas terras germânicas⁴⁷.

PÉRIO, A. *Teoria Geral do Estado (Direito Político)*, p.122.

⁴⁴ O advogado do *Führer* recebeu o título honorífico de “*Reichsrechtsführer*”. Para saber mais cf. Hans Franck *apud* ALEMANHA. *A Lei Fundamental da República Federal: Com ensaios e anotações de Nuno Rogeiro*, p.42.

⁴⁵ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado de Derecho Penal, Tomo I. Concepto de Derecho Penal y de la Criminología, Historia y Legislación Comparada*, p.368.

⁴⁶ Não se deve confundir o termo “grupos vulneráveis” (idosos, mulheres, crianças e homossexuais) com “minorias”.

⁴⁷ A maior parte da comunidade judaica radicada em terras alemãs vivia em grandes centros urbanos. De acordo com Kaplan, em 1933, 525 mil pessoas se declararam “judeus”, o que equivalia a menos de 1% da população do país, sendo que 70% viviam nas maiores cidades e 4% do total da nação residia em Berlin. Para saber mais, veja KAPLAN, Marion. *Between Dignity and Despair: Jewish Life in Nazi German*, p.11.



Para tais deliberações, conferia-se ampla publicidade, como se pode perceber através da leitura dos “*Vinte e Cinco Pontos*” – um amontoado de reivindicações nacionalistas cínicas e perigosamente sombrias. O radicalismo e a má-intenção que caracterizava o discurso fanático dos militantes naquela época não permitia que estes considerassem os judeus, de fato e de direito, como cidadãos alemães. Em 24 de Fevereiro de 1920, Hitler conferiu a publicidade a uma ideologia e partidária e totalitária de caráter racista. Eles serviram de base teórica para a construção da idéia de unidade política entre as gentes de língua alemã na Europa Central⁴⁸. Não por acaso Hitler proclamaria a ‘necessidade’ e, com o início da Segunda Grande Guerra, a ‘viabilidade’ do chamado “espaço vital” (*Lebensraum*).

No contexto em questão, uma das primeiras preocupações de Hitler foi a de dispor o III Reich de uma nova legislação de caráter criminal, algo que esteve desde o início nos planos do *Führer*⁴⁹. O primeiro “esqueleto” do Código Penal, chamado de “Memória” (*Denkschrift*) é resultado dos debates travados no âmbito de numa comissão presidida, à época, por Hans Kerrl (1887-1941) – Ministro da Justiça da Prússia. O documento em questão não pode ser rigorosamente intitulado como um “projeto de Código Penal”, consoante bem observou Jiménez Asúa⁵⁰, mas uma espécie de embrião do “direito penal alemão nacional-socialista”. As novidades eram muitas para a tradição jurídica criminal germânica. Propunha-se que a analogia, e não mais a lei, tornava-se de fato a fonte preponderante do novo Direito Alemão e não mais se fazia distinção entre ‘autoria e co-participação’, bem como, entre ‘tentativa e consumação’, além do que, extinguiu-se a validade do princípio *nullum crimen nulla poena sine lege*. Mas este foi apenas um primeiro ensaio que prepararia o terreno, aos 3 de Novembro de 1933, para a instauração da ‘Comissão Oficial de Direito Penal’, agora encabeçada pelo Ministro da Justiça do Reich, Franz Gürtner (1881-1941).

Ao contrário do que se estabeleceu na “Memória”, cuidaram os dois volumes produzidos na ocasião (*Das kommende deutsche Strafrecht*) de reconhecer o *nullum crimen nulla poena sine lege*,

⁴⁸ O “Pan-germanismo”.

⁴⁹ Para se melhor conhecer a evolução histórica do Direito Penal Alemão até o ano de 1870 indico o clássico de Von Litz. O autor em questão apresenta um esboço geral das diversas codificações dos antigos Estados germânicos, concedendo ênfase especial ao Código Penal Prussiano de 1851. LIZT, Franz Von. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo I, p.433-441.

⁵⁰ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado de Derecho Penal*, tomo I, p.368.

porém, de acordo com a oportuna lição de Jiménez Asúa⁵¹, com um “valor mais instrumental que político”. Nesses novos moldes, traduz-se o Direito Penal pretendido pelo Reich, “voluntarista”, “subjetivo” e, de forma grotesca, apto a punir mais “a vontade do agente”, sempre em detrimento do “ato” em si⁵². Contudo, a maior inovação, na opinião do jurista argentino, consistia na substituição da “garantia dos interesses particulares”, próprio da “concepção individualista e democrática-liberal” pela “defesa dos interesses sociais”⁵³. A pena de morte foi logo eleita pela Comissão; a maneira de executá-la seria por “decapitação”, ainda que se acolhesse no projetado ordenamento (que não chegou a vigorar), também, a permissão para o “suicídio”. Admitiram-se, pela conveniência política, para alguns réus, a “auto-execução” por meio do “envenenamento” e “disparo”⁵⁴.

Outra novidade consistia na inclusão de uma pena que significava, grosso modo, a “morte civil” do cidadão (*Ehrentod*), que então seria “excluído da comunidade por toda a vida”⁵⁵. Essas ideias radicais do Nacional-Socialismo não redundaram na publicação do que se esperava ser o “Código Penal Nacional-Socialista Alemão”. O jurista portenho entende que o fim desses labores e elucubrações jurídicas se deve, historicamente, em função da resistência de criminalistas alemães, sendo que a maioria deles se dedicava ao magistério e à magistratura. Assim, as tais atividades visando compor a codificação criminal do III Reich se estenderam até o ano de 1939 por meio da publicização de quatro “Projetos” (1935, 1936, 1938 e 1939), quando então cessaram definitivamente.

Isso não impediria o governo nazista, todavia, de vir a publicar leis especiais tratando de matéria criminal e de executar reformas em todo o ordenamento jurídico⁵⁶. A reforma que seria executada por Hitler na legislação era ampla e envolvia a “Ordenança de Execução Penal” (1940); inovações no Código Militar em função dos tempos de guerra; leis relativas ao sistema penitenciário; existindo, todavia, cinco grandes decretos como observa Jiménez Asúa⁵⁷ que versavam sobre: 1) Deslealdade ao regime (1933); 2) Delinquentes habituais e perigosos (1933); 3) Repressão à alta traição (1934); 4) Introdução

⁵¹ *Idem*, p.368.

⁵² *Ibidem*, p.370.

⁵³ *Idem*, p.369.

⁵⁴ *Ibidem*, p.370.

⁵⁵ *Idem*, p.370.

⁵⁶ *Ibidem*, p.370-1.

⁵⁷ *Idem*, p.372-3.

da analogia como fonte maior do direito; e 5) Delitos contra a vida revisitados (1941)⁵⁸.

Do mesmo modo, buscando sintetizar a experiência criminal no Terceiro Reich, Welzel, assim, delimita os três pontos principais da evolução da legislação:

a) A maior parte das penas de privação de liberdade e de morte, impostas pelo Estado e cuja aplicação até então era possível exclusivamente no âmbito dos limites do Direito Penal, foi levada a cabo sem garantias jurídicas pela polícia política e por outros organismos políticos⁵⁹.

b) O Direito Penal mesmo, apesar da manutenção de grande parte de seu conteúdo, sofreu uma considerável alteração em sua estrutura fundamental. Em primeiro lugar, ao se relaxar de forma sempre crescente a sujeição do juiz à lei – através da modificação do § 2 -, posteriormente mediante leis e ordenamentos redigidos em forma indeterminada. (veja sobre os parasitas do povo, entre outros), finalmente (desde 1942) por uma sistemática “direção da administração da justiça” por parte do Ministério da Justiça. Em segundo lugar, ao agravar-se em numerosos tipos as cominações punitivas mediante a aplicação exclusiva da idéia intimidatória com um acréscimo insuspeitado da pena de morte. Se introduziram, ademais, leis meramente políticas, como as leis de proteção da regra e contra a infidelidade⁶⁰.

c) Junto a esta politização da administração da justiça penal se manteve uma linha de desenvolvimento jurídico apolítico, em sua maior parte sobre a base de antigos projetos de reforma: introdução das medidas de segurança §§ 42 e seguintes; a acessoriedade limitada §§ 153 e ss; 211, 212, 253, 267 etc.⁶¹.

⁵⁸ Sobre a revogação da legislação do Reich na Alemanha ocupada pelos aliados confira JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Op.Cit.*, p.374-5.

⁵⁹ WELZEL, Hans. *Derecho Penal Alemán. Parte General*, p.14. [Nossa tradução].

⁶⁰ *Idem*, p.14. [Nossa tradução]. Os artigos se referem ao Código Penal Imperial de 1871, que recebeu influência direta do Código Penal Prussiano (1851) e pelo Código Penal Napoleônico (1810).

⁶¹ *Ibidem*, p.14. [Nossa tradução].



Assim, concluída esta primeira etapa que inclui uma abordagem preliminar do Direito produzido no III Reich, vejamos no tópico seguinte as diversas outras regras de caráter discriminatório que estiveram em vigor na Alemanha durante a década de 1930 e meados dos anos 1940, dentre as quais, as chamadas “Leis de Nuremberg” se traduzem no exemplo mais emblemático.

7. AS LEIS DE NUREMBERG E DIVERSAS OUTRAS REGRAS DE NATUREZA DISCRIMINATÓRIA

Não obstante à matéria criminal exposta em alhures, é bem verdade que as conhecidas ‘*Leis de Nuremberg*’ (1935), como veremos mais adiante, constituem a coluna vertebral do Direito Nacional-Socialista. Todavia, como se sabe, a edição de leis discriminatórias começa ainda no ano de 1933 (apesar de que o anti-semitismo na Alemanha tomava contornos perigosos pelo menos, desde a primeira década do século XX). Pouco a pouco, os judeus têm os seus direitos civis mais básicos tolhidos, sendo que muitas destas restrições, ao menos inicialmente, diziam respeito ao exercício das atividades profissionais. Sob a perspectiva exclusivamente legal, o ponto de partida para todo este estado de coisas talvez tenha sido a “*Lei para o Alívio da Aflição da Nação e do Estado*” de 23 de Março de 1933, que permite a Hitler enfeixar em suas mãos todo o poder com que ansiava tanto. Oito dias depois viria o *Decreto da Cidade de Berlin*, que impedia os médicos da comunidade israelita de virem a prestar aos seus próprios concidadãos, quaisquer serviços de natureza assistencialista.

Igualmente, não constitui novidade o fato de que os ciganos representam outro grupo vitimado pelos desvarios do Reich. Essa comunidade era, obviamente, bem mais exígua em solo alemão quando comparada à judaica. O cálculo de Lewy⁶² é de que estes chegaram a somar aproximadamente o contingente de 26 mil indivíduos. Ao contrário do que aconteceria com os judeus, a perseguição não foi automática por ocasião da ascensão de Hitler ao poder. Somente após três anos de governo, com o advento de duas leis, a de ‘*Esterilização*’ (14 de Julho de 1933) e aquela ‘*Contra Criminosos Profissionais Perigosos*’ (24 de Novembro de 1933) é

⁶² LEWY, Guenter. *The Nazi Persecution of the Gypsies*, p.15.

que os ciganos se tornaram objeto das investidas nazistas, ainda que, como bem ressalta Lewy⁶³, estas leis não foram particularmente direcionadas a este grupo, como já ocorria com os judeus há certo tempo. Entretanto, não restam dúvidas de que o estilo de vida nômade dos ‘romani’⁶⁴ trazia desconforto ao modelo tradicional de organização social imaginado na Alemanha da década de 1930 como o “ideal”. Em razão disso, surgem em determinadas localidades, leis específicas para tratar da ‘questão cigana’. É justamente o caso de Bremen, que adotou a “*Lei para a Proteção da População Contra Molestações Praticadas por Ciganos e, Viajantes*” (10 de Agosto de 1933), tendo o Direito da Bavária, conforme anotou Lewy, seguido posteriormente nesta mesma tendência⁶⁵.

Todavia, ainda em 1933, seria editada no dia 7 de Março a mais célebre destas regras – a *Lei de Restauração do Serviço Civil Profissional ou a Lei de Revigoração do Funcionalismo Público*. Esta ordenança não tornava mais acessível às pessoas “não arianas” a investidura em cargos públicos. Sabe-se que o campo de abrangência desta lei racista era enorme, atingindo a vida profissional de incontáveis cidadãos alemães. Os judeus, naturalmente inclinados à intelectualidade e ao estudo, foram duramente atingidos por este golpe, que através da segregação visava, igualmente, sufocar a comunidade israelita como um todo. Não foram poupados nem mesmo os militares “não-arianos”, que desde logo deveriam ser dispensados de suas funções, perdendo, concomitantemente, suas patentes. A exata importância da referida regra pode ser dimensionada no exato momento em que todas as demais leis posteriores tratando da matéria em questão passaram a referenciar esta primeira.

Exatamente um mês depois, os bacharéis de Direito de origem judaica não foram mais aceitos na entidade de classe alemã representativa dos advogados. O mesmo desfecho estava previsto para juízes⁶⁶, promotores de justiça e demais carreiras jurídicas. Os

⁶³ *Idem*, p.16.

⁶⁴ “Romani” é um termo utilizado para se referir aos ciganos.

⁶⁵ LEWY, Guenter. *Op.Cit.*, p.16.

⁶⁶ “Nos tempos da República, a maioria dos juízes, como a maioria do clero protestante e dos professores universitários, sentia cordial aversão pelo regime de Weimer, e em suas decisões, como muitos entenderam, havia escrito a página mais negra da vida republicana da Alemanha, contribuindo dessa forma para a sua queda. Mas, pelo menos sob a Constituição de Weimer os juízes eram independentes, apenas sujeitos à lei, protegidos contra remoções arbitrárias e obrigados, ao menos em teoria, pelo artigo 109, a salvaguardar a igualdade perante a lei. A maioria deles simpatizara com o Nacional-Socialismo, mas estava mal preparada para o tratamento que logo recebeu sob seu governo. A Lei do Serviço Civil, de 7 de abril de 1933, tinha de ser



magistrados (não judeus), a fim de demonstrar toda a sua fidelidade ao *Reich* se viam forçados a se vincular à chamada “*Liga Nacional-Socialista dos Juristas Alemães*”. O mentor da famigerada e pretensa entidade era não mais que Hans Franck, o ex-advogado de Hitler que havia galgado uma alta posição no regime de governo Nacional-Socialista⁶⁷.

Desse modo, sabe-se não ter sido nada circunstancial o fato de a lei, que vedou aos ‘não-arianos’ e aos ‘envolvidos em atividades comunistas’ o ingresso na Ordem Alemã ser uma das primeiras regras excludentes nazistas, pois os partidários de Adolf Hitler consideravam e temiam a importância histórica e forte presença de advogados judeus no cenário político da Alemanha. Não havia, pois, interesse por parte da cúpula do III Reich, em permitir a existência de ‘*experts*’ judeus em questões legais. Isso comprova que o projeto totalitário de dominação imaginado por Hitler não excluía a subjugação também se servindo do universo jurídico. Portanto, o exercício da advocacia era apenas a proibição inicial que se pretendia impor ao processo de reformulação da administração da justiça no país. Em síntese, a Lei de 07 de Abril de 1933 somente admitia a permanência daqueles advogados de origem judaica inscritos até 1º de Agosto de 1914, ou que tivessem comprovadamente lutado na Primeira Guerra Mundial em nome da Alemanha e de qualquer um de seus aliados, ou, ainda, cujos pais ou filhos tivessem perecido no dito conflito mundial (§ 1, segunda parte). Sobre o assunto em tela, importantes dados foram coletados por Wistrich:

Em menos de uma semana, a nova Lei de Revigoramento do Funcionalismo Público pôs em disponibilidade funcionários de origem não-ariana”. Em deferência à sensibilidade do presidente Hindenburg como marechal-de-campo e herói de guerra, judeus ex-combatentes (cujo número relativamente elevado parece ter surpreendido os nazistas) ficaram temporariamente excluídos dessa legislação. Leis especiais cancelaram as

aplicada a todos os magistrados. Afastou rapidamente do judiciário não somente os judeus, mas os que o Nazismo considerava suspeitos ou, como formulava a lei, “que demonstrassem não mais estarem aptos a intervir todas as vezes em favor do Estado Nacional-Socialista”. É certo, não foram muitos juizes eliminados por essa lei, mas ficaram cientes de qual era o seu dever”. SHIRER, Willian L. *Op.Cit.*, p.399.

⁶⁷ Informação constante na obra de SHIRER, Willian L. *Op.Cit.*, p.400.



licenças de 1.400 advogados e 381 juízes e procuradores do Ministério Público de origem judaica. Em fins de 1934, 70% dos advogados judeus e 60% dos tabeliães haviam sido demitidos. Em meados de 1933, mais da metade dos médicos judeus da Alemanha havia sido impedida de praticar medicina. Em menos de cinco anos, o impedimento chegou a 100%⁶⁸.

Uma outra lei de 14 de Julho de 1933 revogou a cidadania outrora concedida aos judeus naturalizados. A novidade aqui é que o texto legal também inseria nesse mesmo contexto os ciganos. Interessante notar é que esta legislação já anunciava a tônica norteadora do escopo das *‘Leis de Nuremberg sobre Cidadania e Raça’*, que seriam produzidas pouco mais de dois anos depois.

Na esteira das arbitrariedades, surge a *Lei de Imprensa Nacional* de Setembro de 1933 que, a seu turno, põe fim à participação de jornalistas judeus nos meios de comunicação. Este decreto representou um dos mais duros golpes à liberdade de expressão já orquestrados pelo governo do III Reich.

Em 21 de Janeiro de 1935, foi sancionada pelos poderes do Reich uma lei que colocava os professores de ensino superior de origem judaica (que já fossem idosos) em disponibilidade. Os restantes foram simplesmente impedidos de lecionar nas universidades alemãs. A “justificativa” oficial para tanto se encontrava prevista no título da própria lei: a necessidade de se prover o “*Sistema de Educação Superior Alemão*” de um suposto “reordenamento”. O escopo principal consistia em inundar as mentes dos estudantes com a insistente pregação nacional-socialista⁶⁹.

Posteriormente, a Lei do Funcionalismo Civil de 1937 regulamentou outros aspectos relativos às atividades da docência. A partir de então, comenta Shirer, todos os professores, desde o ensino primário até o superior, obrigavam-se a vincular-se à chamada “Liga

⁶⁸ WISTRICH, Robert S. *Hitler e o Holocausto*, p.80.

⁶⁹ A esse respeito destacou Shirer: “O resultado de semelhante nazificação foi catastrófico para a educação e o ensino alemães. A história foi tão falsificada nos manuais e pelos professores, em suas aulas, que chegou a ficar ridícula. O ensino das “ciências raciais”, exaltando os alemães como raça dominadora e apresentando os judeus como causadores de quase todos os males existentes no mundo, era mais ridículo ainda. Só na Universidade de Berlim, onde tão grandes sábios haviam ensinado no passado, o novo reitor, elemento das tropas de assalto e veterinário de profissão, instituiu vinte e cinco novos cursos de *Rassekunde* – ciência da raça – e na época em que tomou realmente a direção da universidade, criou oitenta e seis cursos relacionados com a própria profissão”. SHIRER, Willian L. *Op.Cit.*, p.372.



dos Professores Nacional-Socialistas”⁷⁰. Não seria preciso dizer que os judeus, considerada essa nova realidade jurídica, encontravam-se completamente impedidos de exercer sua profissão. A “obediência” e “lealdade” à figura de Adolf Hitler eram condições indispensáveis às pessoas classificadas como “arianas” virem a ministrar aulas⁷¹. A dita ordenança ainda determinava um pré-requisito fundamental ao magistério, o qual Shirer cuida de elencar. Além da já mencionada fidelidade aos preceitos do III Reich, requeria-se também do candidato a militância junto a “SS”, à “Cooperação do Trabalho” ou à “Juventude Hitlerista”⁷². Ademais, conforme alude o renomado autor, os “candidatos a professores nas universidades tinham de aguardar durante seis semanas num campo de observação, onde suas opiniões, e seu caráter eram estudados por técnicos nazistas e depois apresentados ao Ministério da Educação, que emitia as licenças para ensinar baseado na “confiança” política dos candidatos”⁷³.

Observa Richard L. Miller⁷⁴ que o processo de identificação das vítimas torna-se crucial nesta segunda etapa, especialmente quando o propósito maior é o de exterminar determinado grupo. Ora, as “*Leis de Nuremberg sobre Cidadania e Raça*” promulgadas em 15 de Setembro de 1935, após a realização da Convenção Anual do Partido Nacional-Socialista, talvez, sejam alguns dos mais característicos exemplos nesse sentido. As ditas regras do novo e controvertido estatuto eram extremamente breves, tendo sido dispostas em apenas três artigos, mas seu conteúdo é bem contundente: a implementação gradual de uma política de Estado pautada na exclusão, separação e discriminação entre as pessoas. Elas estabelecem, desde logo, os critérios legais a serem adotados para a concessão de cidadania no *Reichstag*. O primeiro deles é o da “pureza racial”. Não obstante, como é próprio à ideologia totalitária, era levado em consideração também o “*comportamento*” do indivíduo, que deveria estar fundado na “*lealdade*” aos ideais proclamados pelo “*Reich*” e pelo “*Povo Alemão*” (art.2º§1).

À época em questão, certificados específicos passaram a ser confeccionados como documentos “garantidores” de uma suposta “pureza racial ariana” e a eles todos deveriam recorrer em

⁷⁰ *Idem*, p.371.

⁷¹ *Ibidem*, p.371.

⁷² *Idem*, p.371.

⁷³ *Ibidem*, p.371.

⁷⁴ MILLER, Richard Lawrence. *Nazi Justiz: law of the Holocaust*, p.9.

caso de dúvida sobre as origens étnicas ou escolhas religiosas de determinado indivíduo. Tratava-se do chamado “*certificado ariano*” – o *Ahnen Tafel* – que se logo vulgarizaria como o – *Ahnenpass*⁷⁵. A “ancestralidade ariana”, pois, carecia, agora, de comprovação probatória⁷⁶. Desse modo, tão somente aqueles que cumprissem com as formalidades legais estipuladas pelo Reich teriam seus “*direitos políticos*” plenamente assegurados (art.1º §2 e 3).

As entidades sociais israelitas, ao contrário do que muitos acreditam, não deixaram de se mobilizar e de resistir, dentro dos limites da legalidade, a esse lamentável estado de coisas. Kaplan, a esse respeito, levanta três razões condicionadoras da manifestação judaica logo naqueles primeiros anos, ou seja, por ocasião da ascensão do Nazismo, quais sejam elas, o surgimento de leis anti-semitas; a promoção da propaganda nazista e as ações turbulentas ocorridas na primavera de 1933. Em vista disso, foi criada a chamada “*Organização Central de Judeus Alemães*” (*Reichvertretung der deutschen Juden*), uma espécie de federação judaica a congregar outras formas de associação existentes à época, que tinha por escopo maior o de servir de interlocutora das vozes judaicas perante o Estado e o próprio Partido Nacional-Socialista⁷⁷. Como sabemos, o diálogo se viu frustrado em razão da mais completa aversão de Hitler àquela comunidade e a qualquer entidade hebraica instituída no solo da Alemanha.

Todavia, as absurdas construções jurídicas do Terceiro Reich, como se sabe, não se encerraram no ano de 1933. O Decreto Suplementar de 30 de Novembro de 1935, que seria editado logo a seguir, tinha por objetivo regulamentar certos aspectos da “*Lei de Cidadania do Reich*”, da qual nos ocupamos acima. A cidadania alemã, pela letra da norma, é negada aos judeus e aos seus descendentes (art.2). O “Direito Nazista” considerava “judeu” a todo aquele que possuísse, pelo menos, “dois dos seus avós judeus”. As regras de Nuremberg estabeleciam como “avós judeus”, os que fossem efetivamente membros da comunidade judaica (art.2).

Há que se mencionar também “*A Lei de Proteção do Sangue*

⁷⁵ No que diz respeito à documentação da época do III Reich veja COWDERY, Ray e COWDERY, Josephine. *Papers Please! Identity Documents, Permits and Authorizations of Third Reich*. 1 ed. Hong Kong: Northstar Books Division, 1996.

⁷⁶ Veja a esse respeito MILLER, Richard Lawrence. *Nazi Justiz: law of the Holocaust*. Praeger Publishers, 1995, p.9. Cf. também “*First Regulation for Administration of the Law for the Restoration of the Professional Civil Service*” (1933).

⁷⁷ KAPLAN, Marion. *Between Dignity and Despair: Jewish Life in Nazi German*, p.16.



Alemão” (1935)⁷⁸ que proibiu o casamento entre judeus e “*cidadãos de sangue alemão ou assimilado*” (Seção n.1). A pena em caso de descumprimento desta regra consistia na submissão do indivíduo a trabalhos forçados. Igualmente, coíbiam-se relações sexuais havidas fora do casamento entre judeus e pessoas de origem ariana (Seção 2). Em caso de infração, prevê-se a prisão ou os trabalhos forçados. Vale notar que no ano de 1927, de acordo com pesquisas da época, aproximadamente 25% dos homens e 16% das mulheres de origem judaica casavam-se com pessoas de fora da comunidade⁷⁹.

Um curioso dispositivo legal da *Lei de Proteção do Sangue Alemão* impedia os judeus de contratarem governantas ou secretárias do lar que tivessem idade inferior a 45 anos (Seção n.3), sendo que a não observância dessa imposição legal podia redundar na prisão pelo período de um ano ou multa, cujo valor seria definido pelos tribunais. Vale notar que não se sabe ao certo as vis intenções do legislador no que se refere ao dispositivo legal em questão, entretanto, Wistrich arrisca-se a dizer que “pelo que se supõe, com receio de que seduzissem jovens alemãs”⁸⁰.

A intensidade com a qual Hitler perseguia os judeus através da orquestração de um ordenamento jurídico iníquo assumia proporções cada vez maiores, mesmo após as emblemáticas ‘*Leis de Nuremberg*’ terem sido editadas. Um interessante memorando colhido por Dawidowicz nos dá conta dessa realidade. O documento foi escrito no mês de Agosto de 1936. Ei-lo a seguir segundo a pena do próprio *Führer*:

Eu considero necessário que o Parlamento aprove as duas leis seguintes:

- 1) Uma lei determinando a pena de morte em função de sabotagem econômica, e;
- 2) Uma lei fazendo da comunidade judaica completamente responsável por toda a destruição causada pelos indivíduos desta

⁷⁸ Stoltzfus observa que esta lei, pretensiosamente, pretendia estender sua validade territorial para além dos limites da própria Alemanha. STOLTZFUS, Nathan e FRIEDLANDER, Henry. *Nazi crimes and Law*, p.19.

⁷⁹ Cf. estes dados na obra de KAPLAN, Marion. *Between Dignity and Despair: Jewish Life in Nazi German*, p.11.

⁸⁰ WISTRICH, Robert S. *Hitler e o Holocausto*, p.88.

comunidade de criminosos à economia germânica, e, por conseguinte, ao povo alemão⁸¹.

As intenções de Hitler em utilizar-se de mecanismos jurídicos para oprimir parcela considerável dos súditos da Alemanha tornam-se cristalinas com os dizeres acima. Na verdade, se o ordenamento jurídico não foi imprescindível no processo de extermínio de minorias e grupos vulneráveis [pois a figura do *Führer* se confundia com a própria lei], pelo menos é forçoso admitir que seu efeito psicológico sobre as mentes e os corações das massas desejosos por vingança é devastador, pois estes se mostram mais facilmente influenciáveis pelo crescimento avassalador de um partido tirânico, que desde logo se transforma na única via política oficial. Por essas razões, não se pode imaginar que no III Reich estava caracterizado por uma espécie de “ausência de lei”, como propõe Gerry Simpson⁸², mas antes por um direito iníquo, construído sordidamente para sedimentar o mal que se pretendia disseminar.

8. A SOLUÇÃO FINAL E UM EXTRATO DO REGULAMENTO DO CAMPO DE CONCENTRAÇÃO DE DACHAU

Sabe-se que as leis totalitárias nazistas tão somente serviram para regulamentar os muitos intentos partidários nefastos que orientaram os desígnios sombrios uma época. Em determinados períodos ou fases na trajetória de uma nação, como aconteceu de modo bem evidente na Alemanha de Hitler, elas chegaram até mesmo a suprimir temporariamente os direitos e as garantias individuais inerentes à condição do cidadão, sem embargo a impossibilidade de vir a anulá-los por completo, uma vez reconhecida a existência de uma ordem jurídica superior e atemporal a pairar sobre todos nós. Essa ordem elementar imprescritível e pré-existente está hodiernamente fundada não mais na pretensão teórica advogada pelos defensores da Escola Jusnaturalista, mas na baliza orientadora que em essência caracteriza os chamados ‘Direitos Humanos Fundamentais’.

Fato é que a infausta “solução final” - o plano mais vil para

⁸¹ DAWIDOWICZ, Lucy S. *A Holocaust Reader*, p.32.

⁸² SIMPSON, Gerry. *Law, War and Crime: War Crimes Trials and the Reinvention of International Law*, p.13.



exterminar os judeus da Europa - e que acabaria por conduzir milhares de pessoas à *Shoah* (Holocausto), absurdamente trilhou seu caminho por um nefasto espectro de legalidade, que começou a ser pavimentado ainda em 1933. Ou seja: Para que incontáveis seres humanos fossem lançados maltrapilhos e humilhados em vagões de trens sujos e, logo depois, às malfadadas câmaras de gás, havia uma ordem jurídica anterior autorizando este ato, apesar de esse assunto ainda não ser necessariamente tão recorrente (como deveria) no ambiente das academias de Direito brasileiras.

Na verdade, sabe-se que apesar de Hitler fazer pouco caso da lei, não julgou oportuno, como já dissemos anteriormente, desconsiderar por completo sua ‘utilidade’, tendo feito uso de sua simbologia formalista para tocar o imaginário de uma sociedade subjugada aos seus intentos traiçoeiros. Assim, cuidou o *Führer* de assegurar que a perseguição a ser imposta a uma parcela considerável de cidadãos alemães agora encontrava respaldo na própria letra da lei, não havendo motivos para que a deflagração de hostilidades do tipo anti-semita em diversos níveis e setores da politizada e culta sociedade germânica fosse temida por seus agentes, dado à simples impossibilidade legal de se puni-los por toda a sorte de atrocidades que com êxito macabro começaria a ser cometida.

É de pleno conhecimento que os chamados ‘campos de concentração’ não foram um fenômeno isolado na história germânica, um acaso próprio de uma iniciativa particular adotada na Era Hitlerista. Todavia, desde o início de 1933, foi este o lugar de destino reservado a todas aquelas pessoas consideradas “subversores da ordem”, “inimigos” e “traidores do Reich”, sendo os comunistas alemães as vítimas primeiras⁸³. Entretanto, esses mesmos campos alemães, criados pela tirania nazista em 1933, servirão, evidentemente, de eixo-motriz no âmbito da narrativa que se segue, uma vez que o cerne, o foco de nosso estudo permanece invariavelmente conectado aos indizíveis crimes que lá foram cometidos. Para lá foram enviados os desafetos de Adolf Hitler e do Partido Nacional-Socialista dos Trabalhadores, a maioria, acusados de subversão e inclinação ideológica ao comunismo. Outros tantos, porém, sofreram as agruras inerentes aos trabalhos forçados, maus-

⁸³ Kaplan calcula que quase 10 mil pessoas partidárias da ideologia comunista foram encarceradas em campos de concentração construídos às pressas no III Reich. KAPLAN, Marion. *Between Dignity and Despair: Jewish Life in Nazi German*. Oxford: Oxford University Press, 1998, p.18.



tratos e à aniquilação completa que desde muito cedo foi planejada. Entre estes estavam os “ciganos”, as “testemunhas de Jeová”, os “homossexuais”, além, é claro, dos próprios judeus, que sem dúvida formavam o contingente numérico mais expressivo. Esta era a lógica do terror, embora esta não possuísse quaisquer limites. Também estes lugares serviram de palco para as horrendas experiências laboratoriais com seres humanos, dentre as quais, aquelas realizadas por Iosef Mengele⁸⁴ (1911-1979) em Auschwitz e Birkenau, tornaram-se mundialmente conhecidas.

Nesse sentido, talvez aquilo que de mais curioso que, do ponto de vista legal, salta aos olhos, reside no fato de que, até mesmo os campos de concentração orientavam seu dia-a-dia por diversas normas de conduta. É o que pode se deduzir no extrato abaixo, que traz dois dispositivos legais do regulamento de Dachau, os quais foram elaborados por Theodor Eicke em 1.º de Novembro de 1933⁸⁵:

Artigo 11 – Os infratores seguintes – considerados como agitadores, serão enforcados (...) Todo aquele que (...) discutir política, fizer discursos de incitação e *meetings*, formar panelinhas e demorar-se em volta de outros; que com o objetivo de suprir propaganda de oposição, contar histórias de atrocidade, coletar verdadeiras ou falsas informações a respeito dos campos de concentração; receber tal informação, escondela, conversar a propósito com os demais, fazelas sair clandestinamente do campo para as mãos de visitantes estrangeiros etc.⁸⁶.

Artigo 12 – Os infratores seguintes, considerados sediciosos, serão fuzilados no local ou depois enforcados; quem quer que ataque fisicamente um guarda ou homem das S.S. recusando-se a obedecer ou a trabalhar por ocasião do serviço (...) ou berrando, gritando, incitando ou fazendo discursos por ocasião da

⁸⁴ Não por acaso, o “médico” alemão Iosef Mengele, em razão de seus odiosos experimentos com seres humanos, ficou conhecido (até mesmo entre seus pares) como “o Anjo da Morte”. Posteriormente, se descobriu que este, que foi, certamente, um dos mais procurados criminosos nazistas de todos os tempos, acabou tendo um fim trágico, vindo a morrer afogado numa praia de Bertioiga, interior do Estado de São Paulo.

⁸⁵ SHIRER, Willian L. *Op. Cit.*, p.404.

⁸⁶ *Idem*, p.404.



marcha ou trabalho⁸⁷.

García Amado, professor castelhano, confirma esta realidade patente nos campos de extermínio nazistas, ressaltando a disparidade existente entre tantas regras de conduta, as quais estavam previstas não somente apenas para reger o cotidiano dos internos, mas também para direcionar o comportamento dos próprios oficiais e demais membros da SS:

A camaradagem significa uma total submissão ao grupo, ante o qual cada SS tinha permanentemente que demonstrar sua plena disposição à obediência e à crueldade. Na verdade, o comportamento dos SS que vigiavam os campos estava regrado por numerosas normas jurídicas. Por exemplo, tinham proibido aceitar presentes, dormir, tomar álcool ou fumar durante o serviço, assim como soltar a arma ou falar com os prisioneiro. Inclusive regiam a proibição expressa de maus-tratos e abusos⁸⁸.

E alhures complementa: “Era tal o acúmulo de regras a que os presos deviam atender, e tão impreciso seu enunciado, que o cumprimento simultâneo de todas era impossível. Se fizesse o que se fizesse sempre se estava na possibilidade de se violar alguma norma, o que facultava ao vigilante para reprimir o seu anseio⁸⁹.”

Desse modo, a vida, o bem mais precioso e caro a ser tutelado pelo Direito, começa progressivamente a se esvaír com incrível facilidade em meio a um cenário fantasmagórico e apocalíptico, marcado pelo horror das intenções encobertas pela dissimulação nazista. É fato, igualmente, que esta melancólica realidade se esforçava por calcar-se num conjunto de sádicas ironias, como aquela logo percebida através de uma mensagem no portão de entrada de Auschwitz – “Trabalho traz liberdade” (*Arbeit Macht Frei*).

Por fim, não se pode esquecer, como este estudo pretendeu demonstrar, que todas aquelas iniciativas que concorreram para os pérfidos acontecimentos a marcar uma época funesta, mesmo em

⁸⁷ *Ibidem*, p.404.

⁸⁸ GARCÍA-AMADO, Juan Antonio. *A Lista de Schindler: Sobre abismos que o Direito dificilmente alcança*, p.34-35.

⁸⁹ *Idem*, p.35.



se tratando de uma ditadura típica como a nazista, se ancoraram no estigma do “direito”, um “direito” iníquo, diga-se de passagem, mas formalmente efetivo e reconhecido por massas fanáticas a acompanhar a trajetória da monstruosidade.

Destarte, o Holocausto representa, com tragicidade peculiar, o último e triste capítulo de uma história que não poderá ser esquecida pelas gerações vindouras. Nesse sentido bem destacou Elie Wiesel, por ocasião de seu discurso ao receber o Prêmio Nobel da Paz: “Sabemos que cada momento é um momento de graça, cada hora uma oferenda: não partilhá-la seria o mesmo que traí-las. Nossas vidas não pertencem mais a nós somente, pertencem a todos aqueles que precisam desesperadamente de nós”⁹⁰.

Se porventura conseguimos com esta simplória abordagem incentivar a discussão sobre os “direitos iníquos” nas faculdades de Direito brasileiras, então terei cumprido meus propósitos iniciais ao redigir o presente texto.

BIBLIOGRAFIA

1. ALEMANHA. *A Lei Fundamental da República Federal: Com ensaios e anotações de Nuno Rogeiro*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

2. ARENDT, Hannah. *Eichmann em Jerusalém: Um Relato sobre a Banalidade do Mal*. 6 ed. Trad. José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

3. BEECHER, Charles. *The Duty of Disobedience to Wicked Laws: a sermon on the fugitive slave law*. Newark, NJ: John A. Gray, 1851.

4. CARR, Caleb. *A Assustadora História do Terrorismo: Uma História da Guerra Contra Civis*. Trad. Mauro Silva. São Paulo: Ediouro, 2002.

5. CHÂTELET, François; DUHAMEL, Olivier e PISIER-KOUCHNER, Évelyne. *História das Idéias Políticas*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Zahar Editor, 1997.

⁹⁰ WIESEL, Elie. (Personalidades: (Elie Wiesel): Discurso de Aceitação do Prêmio Nobel da Paz por Elie Wiesel. In: www.ehabad.org.br. [Acesso em 11/05/2010].

6. COMPARATO, Fábio Konder. *A Constituição Alemã de 1919*. www.dhnet.com.br [Acesso em 11/03/2010].

7. COWDERY, Ray e COWDERY, Josephine. *Papers Please! Identity Documents, Permits and Authorizations of Third Reich*. 1 ed. Hong Kong: Northstar Books Division, 1996.

8. DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. Trad. Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

9. DAWIDOWICZ, Lucy S. A. *Holocaust Reader*. New Jersey: Behrman House, 1976 (Library of Jewish Studies).

10. DYZENHAUS, David. *Hard Cases in Wicked Legal Systems*. 2 ed. Oxford: Oxford University Press, 2010.

11. FLEINER, Thomas. *O que são Direitos Humanos?* Trad. Andressa Cunha Curry. São Paulo: Max Limonad, 2003.

12. FRANÇOIS-PONCET, André. *Tratado de Paz. Ameaça de Guerra*. In: *História Viva*, n.33, Julho de 2006.

13. FRIEDLANDER, Henry. *The Origins of Nazi Genocide: From Euthanasia to the Final Solution*. North Carolina: The University of North Carolina Press, 1997.

14. GARCIA AMADO, Juan Antonio. *A Lista de Schindler: Sobre os Abismos que o Direito Dificilmente Alcança*. Trad. Ricardo Menna Barreto e Germano Schwartz. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. (Coleção Direito & Arte, n.4).

15. GÖTZ, Aly. *Hitler's beneficiaries: plunder, racial war, and Nazi welfare state*. Trad. Jefferson Chase. New York: Holt Paperbacks, 2006.

16. HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

17. HERRIGAN, Brian. *Adventures in law and justice: exploring big legal questions in everyday life*. New South Wales: University of New South Wales Press, 2003.

18. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado de Derecho Penal*, tomo I. 3 ed. Buenos Aires: Editorial Losada, 1964.

19. JOHNSON, Paul. *História dos Judeus*. 2 ed. Trad. Henrique Mesquita e Jacon Volfzon Filho. São Paulo: Imago, 1995.

20. KAPLAN, Marion. *Between Dignity and Despair: Jewish Life in Nazi German*. Oxford: Oxford University Press, 1998.

21. LEWY, Guenter. *The Nazi Persecution of the Gypsies*. New York: Oxford, 2000.

22. LIZT, Franz Von. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo I. 4 ed. Trad. Luis Jimenez de Asúa. Madrid: Editorial Réus, 1999.

23. MACHADO PAUPÉRIO, *A Teoria Geral do Estado* (Direito Político). 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

24. Mc KIVIGAN, John R. *Abolitionism and American Politics and Government*. S/l: John Mc Kivigan, 1999, Vol.3.

25. MILLER, Richard Lawrence. *Nazi Justiz: law of the Holocaust*. Praeger Publishers, 1995.

26. MÜLLER, Ingo. *Hitler's Justice: The Courts of the Reich*. Trad. Deborah Lucas Schneider. Massachussets: Harvard Universty Press, 1992.

27. MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais: Teoria Geral – Comentários aos arts.1 a 5 da Constituição da República Federativa do Brasil – Doutrina e Jurisprudência*. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2006.

28. NELSON, William E. *The Common Law of Colonial America: Volume I – The Chesapeake and New England (1607-*

1660). New York: Oxford University Press, 2008.

29. NÈRE, Jacques. *História Contemporânea*. 4 ed. Trad. Octavio Mendes Cajado. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1991.

30. SIMPSON, Gerry. *Law, War and Crime: War Crimes Trials and the Reinvention of International Law*. Cambridge: Polity Press, 1988.

31. SHIRER, Willian L. *Ascensão e Queda do IIIº Reich*, vol. I. Trad. Pedro Pomar. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1962.

32. STOLTZFUS, Nathan e FRIEDLANDER, Henry. *Nazi crimes and Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008. (The German Historical Isntitute).

33. STOLLEIS, Michael. *The Law under Swastica: studies on legal history in Nazi Germany*. Trad. Thomas Dunlap and Moshe Zimmermann. Chicago: University of Chicago, 1998, p.27.

34. SUPIOT, Alain. *Homo Juridicus: Ensaio sobre a Função Antropológica do Direito*. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007, p.70. (Justiça e Direito).

35. WELCH, David. *The Third Reich: Politics and Propaganda*. New York: Routledge, 1993.

36. WELZEL, Hnas. *Derecho Penal Alemán. Parte General*. 4 ed. Trad. Juan Bustus Ramirez e Sérgio Yáñez Pérez. Chile: Editorial Juridica de Chile, 1997.

37. WIESEL, Elie. *Personalidades: (Elie Wiesel): Discurso de Aceitação do Prêmio Nobel da Paz por Elie Wiesel*. In: www.ehabad.org.br. [Acesso em 11/05/2010].

38. WISTRICH, Robert S. *Hitler e o Holocausto*. Trad. José Roberto O'Shea. Rio de Janeiro: Objetiva, 2002.



39. WUCHER, Gabi. *Minorias: Proteção Internacional em Prol da Democracia*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

40. USGPO. *Nazy Conspiracy And Agression*. Vol.III. Washington: USGPO, 1946. (Translation of the Document 1406-PS).

41. WEBLEN, Thorstein. *A Alemanha Imperial e a Revolução Industrial*. Trad. Bolívar Lamounier. 1 ed. São Paulo: Abril, 1974. (“Coleção Os Pensadores”, n.XL, p.267-275.)