

Marco Antônio César Villatore
Marília Soares de Mattos
Miriam Olivia Knopik Ferraz
(Orgs.)

Ensaio sobre Violação de Direitos Humanos

Análise Jurídica da proteção
no Ordenamento Brasileiro



No mundo moderno, as violações de direitos humanos são ainda problemáticas mundiais, já que proteger o direito humano significa proteger a vida em todas as suas dimensões - cultural, social, política, biológica, trabalhista entre outras. Prezando sempre pelo esclarecimento que a proteção deve atingir a finalidade de uma qualidade de vida digna e com grandes possibilidades de crescimento e aprimoramento. Durante a preparação desta obra, a Declaração Universal dos Direitos Humanos completou 70 anos e juntamente com os Estados comprometidos a dignidade humana foi elevada, de modo que há incansável busca por diminuição de sofrimento e desigualdade. No entanto, apesar do empoderamento social que esta declaração traz, a sociedade ainda é - acertadamente - temerosa e inegavelmente violada em diversos aspectos fundamentais. É neste sentido que as obras aqui produzidas buscam solucionar esta violência gratuita, desproporcional e injusta, seja por meio de apontamentos e enfrentamento de violações específicas, seja por meio de ideias de implementação de políticas públicas ou somente abrindo os olhos do mundo da pesquisa para violações que não são costumeiramente mencionadas.



PUCPR
GRUPO MARISTA

NEATES

Núcleo de Estudos Avançados de
Direito do Trabalho e Socioeconômico



editora  .org



**Ensaio sobre violação
de Direitos Humanos**

Ensaio sobre violação de Direitos Humanos

Análise Jurídica da proteção no Ordenamento Brasileiro

Organizadores:

Marco Antônio César Villatore

Marília Soares de Mattos

Miriam Olivia Knopik Ferraz



Diagramação: Marcelo A. S. Alves

Capa: Carole Kümmecke - <https://www.behance.net/CaroleKummecke>

O padrão ortográfico e o sistema de citações e referências bibliográficas são prerrogativas de cada autor. Da mesma forma, o conteúdo de cada capítulo é de inteira e exclusiva responsabilidade de seu respectivo autor.



Todos os livros publicados pela Editora Fi estão sob os direitos da [Creative Commons 4.0](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR)
https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR



Associação Brasileira de Editores Científicos

<http://www.abecbrasil.org.br>

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

VILLATORE, Marco Antônio César; MATTOS, Marília Soares de; FERRAZ, Miriam Olivia Knopik (Orgs.)

Ensaio sobre violação de Direitos Humanos: análise jurídica da proteção no Ordenamento Brasileiro [recurso eletrônico] / Marco Antônio César Villatore; Marília Soares de Mattos; Miriam Olivia Knopik Ferraz (Orgs.) -- Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2019.

530 p.

ISBN - 978-85-5696-547-9

Disponível em: <http://www.editorafi.org>

1. Direitos Humanos; 2. Violação; 3. Ensaio; 4. Interpretação; 5. Análise Jurídica; I. Título.

CDD: 340

Índices para catálogo sistemático:

1. Direito 340

Sumário

Prefácio.....	11
---------------	----

Direitos Humanos e direitos fundamentais

1.....	15
--------	----

A criação do Estado Federado e a proteção aos direitos fundamentais

Dylliardi Alessi

Arlei Costa Junior

2.....	29
--------	----

Saneamento básico como materializador da garantia do mínimo existencial social à luz dos direitos fundamentais

Solange Cordeiro Faria

Miriam Olivia Knopik Ferraz

3.....	51
--------	----

A dualidade dos tratados de trocas de informações tributárias: promotor ou violador de direitos fundamentais?

Thaís Magrini Schiavon

4.....	65
--------	----

Noções de liberdade, poder e justiça para liberais e libertários

Amanda Gonçalves Benvenuti Pozzobon

Thayse Cristine Pozzobon

5.....	85
--------	----

Família: um olhar a partir do direito eudemonista

Elisa Moreira Mokdse

Diretos humanos na seara trabalhista

6.....	107
--------	-----

O direito humano ao trabalho decente e sua violação por empresas transnacionais – o caso Zara

Amanda Carolina Buttendorff Rodrigues Beckers

7.....	121
--------	-----

OIT - Normas de direitos humanos como mecanismo de soluções de controvérsias no mundo globalizado do trabalho

Jailson de Souza Araujo

Ronald Silka de Almeida

8.....	137
O assédio sexual e a discriminação da mulher nas relações de trabalho	
Lincoln Zub Dutra	
9.....	163
A igualdade de gênero como um direito humano fundamental nas relações sociais de trabalho	
Naomi Sugita Reis	
10	181
A utilização de um estado cooperativo como proteção ao dumping social entre os Estados	
Beatriz Cobbo de Lara	
Thierry Gihachi Izuta	

Direitos Humanos e sustentabilidade

11.....	203
Desafios à sustentabilidade e à segurança alimentar na produção e consumo de organismos geneticamente modificados	
Amanda Marcondes Caldas	
12.....	221
A Sustentabilidade Multidimensional como fator de proteção aos Direitos Humanos e Fundamentais	
Dylliardi Alessi	
Arlei Costa Junior	

Direitos Humanos e sistema penal

13.....	239
A violação de direitos humanos e garantias fundamentais pelo fenômeno da deslegalização do direito penal	
Bruno Ávila Fontoura Kronka	
Patrícia Cardoso De Marco Almeida	
14	255
A economia solidária como método para a problemática da ressocialização do egresso brasileiro	
Marília Soares de Mattos	
Thayse Cristine Pozzobon	

15.....	271
A imprescritibilidade dos crimes previstos no tratado de Roma	
Parcelli Dionizio Moreira	
Diego Agapito dos Santos	
16.....	293
Mulheres, gestantes e mães no cárcere: a violação de seus direitos e a proteção da família monoparental feminina	
Ariê Scherreier Fernalda	
Maria Caroline Amaral	
17.....	309
“Ruim para eles, pior para elas”: a violação aos direitos das mulheres encarceradas e a dupla penalização	
Nathália Soares de Mattos	
Marília Soares de Mattos	
Bruno Ávilla Fontoura Kronka	
18	329
A dignidade humana da mulher gestante e da parturiente no sistema penitenciário	
Natalia Cristina de Andrade Guolo Carta Winter	
Vitor Rodriguez Fidalgo	
Direitos Humanos e políticas públicas	
19.....	349
Política de cotas em concursos públicos para pessoas com deficiência sob a ótica da isonomia	
Fernanda Huss Erzinger	
20	369
Democracia procedimental deliberativa como meio para implementação de políticas públicas mais igualitárias	
Fernando De Oliveira Torres	
21.....	393
A inclusão dos Direitos Humanos no currículo escolar como Direito Fundamental e compromisso internacional do Estado brasileiro	
Bianca M. Schneider van der Broocke	
Steeve Beloni Corrêa Dielle Dias	

Direitos Humanos nas Cortes

22 415

Diálogos judiciais sobre direitos humanos no *Ius Constitutionale Commune Latino-Americano*

Ana Carolina Lopes Olsen

Katya Kozicki

23 435

Reflexões sobre os paradoxos dos direitos humanos e a participação plural na sua construção: o sistema de peticionamento e a participação da vítima nos julgamentos da Corte Interamericana de Direitos Humanos

Camila Salgueiro da Purificação Marques

Julia Lins das Chagas Lima

24 449

O direito à liberdade de expressão e a aplicação das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos no Brasil

Patricia Almeida de Moraes

Vinicius Pedroso de Moraes

Direitos Humanos, Estado, empresas e sociedade

25 471

Os Estados, as empresas e os direitos humanos: os desafios da agenda global das nações unidas, 70 anos após a declaração universal dos direitos humanos

Nathália Soares de Mattos

26 493

A importância do financiamento da iniciação científica pelo CNPQ para o desenvolvimento científico nacional

Nicolas Addor

Arlinda Cantero Dorsa

27 513

Violações dos direitos humanos dos povos indígenas: uma análise a partir dos casos Kaiowá e Guarani

Rosely A. Stefanos Pacheco

Prefácio

Marco Antônio César Villatore

Marília Soares de Mattos

Miriam Olivia Knopik Ferraz

No mundo moderno, as violações de direitos humanos são ainda problemáticas mundiais, já que proteger o direito humano significa proteger a vida em todas as suas dimensões - cultural, social, política, biológica, trabalhista entre outras. Prezando sempre pelo esclarecimento que a proteção deve atingir a finalidade de uma qualidade de vida digna e com grandes possibilidades de crescimento e aprimoramento.

Durante a preparação desta obra, a Declaração Universal dos Direitos Humanos completou 70 anos e juntamente com os Estados comprometidos a dignidade humana foi elevada, de modo que há incansável busca por diminuição de sofrimento e desigualdade.

No entanto, apesar do empoderamento social que esta declaração traz, a sociedade ainda é - acertadamente - temerosa e inegavelmente violada em diversos aspectos fundamentais.

É neste sentido que as obras aqui produzidas buscam solucionar esta violência gratuita, desproporcional e injusta, seja por meio de apontamentos e enfrentamento de violações específicas, seja por meio de ideias de implementação de políticas públicas ou somente abrindo os olhos do mundo da pesquisa para violações que não são costumeiramente mencionadas.

A comemoração de 70 anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos é uma oportunidade - que corrobora positivamente com esta obra - de reafirmar e exigir que todos os indivíduos sejam respeitados e protegidos dentro de sua própria dignidade.

Convidamos a todos que a partir da leitura desta obra, reflitam sobre a necessidade de que todos - sem distinção - sejam respeitados, honrados e possuam acesso a qualidade de vida digna. Esperamos que, por meio destas reflexões, o leitor seja inspirado a unir-se aos demais pesquisadores e operadores do direito na incessante busca da proteção aos direitos humanos.

Direitos Humanos e direitos fundamentais

A criação do Estado Federado e a proteção aos direitos fundamentais

Dylliardi Alessi¹
Arlei Costa Junior²

1. Introdução

Os direitos fundamentais exercem função medular no sistema jurídico de Estados Democráticos de Direito. Isso porque são uma “consequência da centralidade do homem e da sua dignidade” (BARCELLOS, 2010, p. 104), que foram conquistados ao longo do tempo (PAGLIARINI, 2012, p. 208).

A história da criação do Estado Federado norte-americano pela Constituição de 1787 está intimamente ligada à Declaração da Independência dos Estados Unidos de 4 de julho de 1776, e, portanto, tem relação direta com a luta da população que vivia nas colônias para garantia de direitos humanos.

¹ Mestrando em Direito Econômico e Desenvolvimento pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Pós-graduado em Direito Eleitoral pelo Centro Universitário Curitiba (2013). Graduado em Direito pelo Centro Universitário Curitiba - Unicuritiba (2009) e em Administração de Empresas pela Universidade Federal do Paraná - UFPR (2011), com ênfase em Administração Internacional de Negócios. Pesquisador do Grupo de Estudos em Análise Econômica do Direito - GRAED. Diretor Legislativo e da Escola do Legislativo da Assembleia Legislativa do Estado do Paraná

² Mestrando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Doutorado em Ciências Jurídicas pela Universidad del Museo Social Argentino. Especialista em Direito Notarial e Registral pela Faculdade de Ciências Sociais de Florianópolis e em Direito Registral Imobiliário pela UNIASSELVI. Bacharel em Direito pela Universidade Paranaense. Especialista em Gestão da Qualidade pela Universidade Estadual de Maringá. Bacharel em Engenharia Eletrônica pelo Instituto Mauá de Tecnologia. Pesquisador do Núcleo de Pesquisas em Políticas Públicas e Desenvolvimento Humano (NUPED) da PUC-PR. Tabela de Notas de Paranaguá-PR.

A revolta contra a metrópole inglesa se deu a partir da violação de direitos fundamentais dos cidadãos, como vida, segurança, propriedade e liberdade.

A liberdade, aliás, é objetivo crucial do modelo federalista. Isso porque foi criado para garantir a união de forças, mas sem deixar de proteger as vontades parciais. A ideia é concentrar a soberania em um Poder Central, mas com a adoção de medidas para reduzir o impacto da extensão territorial como fator de afastamento dos indivíduos daqueles que exercem o poder político.

Em busca de um modelo com um governo central forte, mas que ao mesmo tempo assegurasse a autonomia dos Estados, projetou-se uma nova forma de organização do Estado, a Federação. Esse novo modelo foi idealizado especialmente na obra “O Federalista”, uma série de oitenta e cinco artigos de autoria de John Jay, Alexander Hamilton e James Madison.

O estudo do federalismo estadunidense é relevante, pois o Brasil, inspirado nesse modelo, adota sistema similar de organização político-administrativa do Estado.

Já no primeiro artigo da Constituição de 1988 está estabelecido que a República Federativa do Brasil é formada pela união indissolúvel dos entes federados. No art. 18, por sua vez, há a previsão de que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios são caracterizados pela autonomia.

2. As Novas Concepções da Constituição de 1787

A palavra federalismo deriva do latim *foedus*, que significa pacto, associação, interação, aliança. Embora existam pactos entre estados anteriores ao criado pela Constituição estadunidense, neste capítulo se observará que são associações muito mais frágeis, e, que portanto, o modelo norte-americano é inovador.

É fato que muito antes de começarem as discussões acerca de confederação e do moderno modelo federalista, já existiam associações de Estados em torno de objetivos comuns. Como

exemplos desse tipo de aliança, tem-se na Grécia Antiga, o conselho anfictiônico e as ligas de Delos, de Corinto e do Peloponeso, em que diferentes cidades-estado se uniam com finalidades militares; a Confederação Suíça, e a União de Utrecht entre as províncias do norte dos Países Baixos (LOWENSTEIN, 1979, p. 354).

Deve-se ressaltar que todos os exemplos supramencionados, apesar de serem uniões de Estados para a consecução de objetivos comuns, são usados nos artigos federalistas como um caminho a não seguir. Os federalistas norte-americanos queriam uma união mais forte, em que se garantisse a união de forças das colônias para manutenção de um exército estruturado contra possíveis ameaças externas, mas ao mesmo tempo evitasse conflitos internos. Ademais, diferentemente do que acontecia nos exemplos anteriores, como o Conselho dos Anfictiões, o objetivo é que as leis nacionais tivessem força para exercer autoridade sobre os cidadãos, e não somente sobre os entes federados descentralizados. (CAVALCANTI, 1983, p. 28).

O tema é tratado especificamente no artigo nº 18 – “As Confederações Gregas” – de *O Federalista*. No texto são apresentados dados históricos que demonstram a fraqueza do conselho anfictiônico. “Mesmo em meio às perigosas guerras defensivas contra a Pérsia e a Macedônia, os membros jamais agiram em uníssono e foram, em maior ou menor quantidade, eternamente os instrumentos ou os mercenários do inimigo comum”. (HAMILTON; MADISON; JAY, 1984, p. 200). Após o término da guerra contra a Pérsia, os gregos não se aperceberam da necessidade de uma união mais forte, e em decorrência disso, Atenas e Esparta logo se tornaram inimigas, causando uma a outra danos muito maiores do que os sofridos no conflito contra Xerxes.

Em análise comparativa entre a federação criada em 1789 pelos norte-americanos com as uniões de estados que ocorreram na Grécia Antiga, na Confederação Suíça e na União de Utrecht dos Países Baixos, Karl Lowenstein (1979, p. 355) pontua que:

“(…) ninguna de estas formaciones constituyeron um auténtico Estado federal, en parte por la ausencia de órganos comunes con jurisdicción directa sobre los ciudadanos de los Estados asociados y en parte por la preponderancia de uno de los miembros. Otras asociaciones (...). Tras el período transitorio de los Artículos de Confederation, los trece Estados americanos formaron con la Constitución federal de 1787 y, por primera vez en la historia, un Estado federal completamente estructurado.”

Portanto, o federalismo como o conhecemos nos dias atuais foi concebido nos Estados Unidos da América no final do século XVIII, pois as experiências anteriores não passaram de alianças temporárias instáveis com objetivos pontuais (LIMA, 2011, p. 127).

3. A criação do Estado Federado e a Proteção aos Direitos Humanos

O modelo federativo tem profundas ligações com a luta pela independência travada entre as treze colônias americanas contra a Coroa Britânica. A centralização do poder em um território tão longínquo trazia inúmeros prejuízos para os colonos.

O momento conflituoso com a Coroa Britânica demonstrava importantes e variados interesses em comum para todos os colonos. Somado a isso, as maneiras e costumes similares dos habitantes foi fundamental para o início do debate de uma aliança mais eficiente. “Este país e este povo parecem ter sido feitos um para o outro e que foi desígnios da Providência que uma herança tão peculiar e adequada a um grupo de concidadãos, unidos pelos mais sólidos laços, jamais será repartido entre numerosas soberanias insociais, invejosas e hostis.” (HAMILTON; MADISON; JAY, 1984, p. 104).

Alguns autores como Karl Lowenstein defendem que existem certas pré-condições sociais necessárias para que a federação funcione com sucesso. Citam principalmente as de raça, idioma, religião e, acima de tudo, instituições políticas, que juntas eram

mais propícias a um sentimento de identidade de interesse político. Nas palavras de Lowenstein (1979, p. 355):

“(...) Junto a la vecindad geográfica o mejor geopolítica, los siguientes requisitos tienen una importancia decisiva: la comunidad de intereses políticos, económicos o estratégico-militares, tradición común y aspiraciones comunes para el futuro, la mayor parte de las veces una relación de consanguinidad o común ascendencia y, aunque no es necesario, también comunidad lingüística.”

Outros autores, por outro lado, entendem que o reconhecimento mútuo entre os cidadãos não é inerente ao federalismo, mas sim um técnica utilizada para alcançar objetivos como expansão territorial, benefícios econômicos e segurança. Nessa linha de raciocínio, destaca-se Burgess (2006, p. 1), que assim leciona:

“The moral basis to federalism derives from certain inherent virtues, such as respect, tolerance, dignity and mutual recognition, which lead to a particular form of human association, namely, the federal state or federation. The amoral foundation suggests that no such qualities inhere in federalism at all and that it is nothing more than a particular constitutional and/or political technique for achieving certain overarching goals such as territorial expansion or economic benefits and security”.

O contexto da relação entre a metrópole inglesa e as treze colônias é diferenciado, pois elas desfrutavam de ampla liberdade quando comparadas à relações similares no restante do mundo, o que era chamado de negligência salutar. Alexis de Tocqueville (2005, p. 44) assevera que “as colônias inglesas, e foi essa uma das causas principais de sua prosperidade, sempre gozaram de mais liberdade interior e de mais independência política do que as colônias dos outros povos.”

Contudo, o envolvimento da Coroa Inglesa na Guerra dos Sete Anos foi responsável por altos custos. Por esse motivo, a

metrópole criou tributos sobre alguns itens produzidos nas colônias, além de impor restrições às atividades econômicas e ao comércio colonial.

Dentre esses tributos, destacam-se a criação de impostos adicionais sobre o açúcar (Sugar Act, aprovado pelo Parlamento inglês em 1764) e sobre todo material impresso, como jornais, livros e documentos (Stamp Act, aprovado em 1765). Além disso, a Lei do Chá (Tea Act) determinava que as colônias só poderiam adquirir o chá advindo de embarcações britânicas. Essas intervenções econômicas geraram grande revolta.

Após ameaças de rompimento de relações, o parlamento revogou a incidência dos tributos acima relacionados. Entretanto, a Coroa ainda necessitando de recursos públicos decide criar taxas sobre a importação de mercadorias, os denominados *Townshend Acts*, que incidiam sobre chumbo, tinta, papel e chá. Novamente os colonos ficaram indignados com as leis britânicas, que geravam grande intervenção econômica, sem que os colonos pudessem participar das discussões. (BRINKLEY, 1993, p. 100-101).

A relação conturbada só piorava e eventos violentos passaram a acontecer. Em um deles, o Massacre de Boston (1770), soldados britânicos entraram em choque com uma multidão, deixando civis feridos e mortos (SEGUNDO, 2007, p. 2007-2008).

Já a *Bonston Tea Party* foi uma represália contra a Lei do Chá. Colonos atacaram navios comerciais ingleses e jogaram cargas do produto no oceano.

A Grã-Bretanha reagiu com medidas graves. Destaca-se entre elas o fechamento do porto de Boston (ROTHBARD, 2011, p. 1036).

Apesar das divergências entre os motivos que levaram à união dos residentes nas colônias, é fato que o sentimento foi forte o suficiente para que ocorressem fatos históricos, que mudaram a vida dos norte-americanos e culminaram com a formação de um Estado federado completamente inovador.

Dentre esses fatos históricos, destacam-se o Primeiro e o Segundo Congressos Continentais. Em 5 de setembro de 1774, reuniram-se os delegados das colônias norte-americanas no Primeiro Congresso Continental, os quais redigiram uma declaração de direitos e exigiram a reformulação do Pacto Colonial (PEREIRA, 2016, p. 2228). Uma das principais medidas foi a celebração de um acordo entre as colônias para boicotar as relações comerciais com a Grã-Bretanha, em especial, pela redução da importação dos produtos ingleses.

No ano seguinte, reuniu-se o Segundo Congresso Continental, que realizou sessões entre 1775 e 1788. Em uma dessas reuniões, em 4 de julho de 1776, foi declarada a independência das colônias, ainda como Estados distintos. Do seu texto (ESTADOS UNIDOS), resta clara a intenção de resguardo da liberdade dos cidadãos, em que os delegados das treze colônias assim estabeleceram:

“(...) We, therefore, the representatives of the United States of America, in General Congress assembled, appealing to the Supreme Judge of the world for the rectitude of our intentions, do, in the name, and by authority of the good people of these colonies, solemnly publish and declare, that these United Colonies are, and of right ought to be free and independent states; that they are absolved from all allegiance to the British Crown, and that all political connection between them and the state of Great Britain is and ought to be totally dissolved; and that, as free and independent states, they have full power to levy war, conclude peace, contract alliances, establish commerce, and to do all other acts and things which independent states may of right do. And for the support of this declaration, with a firm reliance on the protection of Divine Providence, we mutually pledge to each other our lives, our fortunes, and our sacred honor.”

A independência não trouxe tranquilidade às colônias, que sentiam-se desprotegidas e recebiam novas investidas da metrópole contra seu território. Para tanto, foi criado, inicialmente, o modelo confederativo, em que os Estados mantinham-se

absolutamente soberanos, mas existiam ações e estruturas conjuntas, ainda em uma aliança frágil.

Tal fragilidade não era capaz de evitar a competição predatória entre as colônias. A união era frágil, pois não havia um poder executivo e tampouco um poder judiciário no âmbito do governo central. Além disso, segundo Rodrigo de Araújo Lima (2011, p. 128) o congresso continental, que figurava como um legislativo unicameral, possuía um poder ínfimo.

A fragilidade fazia lembrar as alianças entre Estados dos exemplos da Grécia Antiga, pois não havia coercibilidade das leis nacionais sob a vigência da confederação.

A maioria dos entes confederados imprimia seu próprio dinheiro e eram comuns normas tarifárias predatórias contra os interesses dos vizinhos. Ademais, nove estados tinham sua própria marinha e havia contínua disputa por territórios. Mais uma vez é possível fazer uma analogia com a já mencionada união entre Atenas e Esparta, que se juntaram para a guerra contra Xerxes, mas após a vitória, afundaram-se em um conflito interno.

Em razão dessa fragilidade, foi convocada uma convenção, que se reuniu na Filadélfia a partir de 14 de maio de 1787. A partir dos textos de “O Federalista” buscou-se um modelo inovador, com uma união mais forte entre os Estados e com leis nacionais que exerciam poder sobre os indivíduos.

Há, portanto, intensa relação entre os direitos humanos e a criação do Estado Federado.

4. Federalismo Brasileiro, Direitos Fundamentais e a Constituição de 1988

A partir de um critério histórico, a doutrina aponta para dois tipos de federalismo, quais sejam, por agregação e por desagregação ou segregação. São exemplos de obras que adotam esta classificação: Curso de Direito Constitucional, de Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2012, p. 82); Teoria Geral do

Federalismo Democrático, de Augusto Zimmermann (2005, p 54-56); e Curso de Direito Constitucional, de autoria de André Ramos Tavares (2012, p. 1099).

No primeiro tipo estão as federações formadas a partir da união de Estados independentes que decidem se unir em torno de objetivos comuns, abdicando da sua soberania. Já o federalismo por desagregação ocorre quando um antigo Estado Unitário decide se descentralizar, optando por ceder autonomia político-administrativa para regiões que estão inseridas em seu território.

Pode-se citar como exemplo de federalismo por agregação os Estados Unidos, a Alemanha e a Suíça. Já o Brasil e a maioria dos demais Estados federados se encaixam no conceito de federalismo por segregação. Em nosso país, a segregação restou prevista no art. 1º da Constituição de 1891, que determinou a união perpétua e indissolúvel das antigas províncias, que passaram ao status de Estados-membros pertencentes à República Federativa.

Este processo histórico é frequentemente citado como causa da maior centralização no sistema federal brasileiro. Para alguns autores, como Valério de Oliveira Mazzuoli (2010, p. 425) e José Afonso da Silva (2005, p. 102), o fato de a federação brasileira ter se originado de dentro para fora, em movimento oposto ao norte-americano, explica a alta concentração de poderes no âmbito da União.

Assim, o movimento federalista brasileiro não tem tanta ligação com a proteção dos direitos fundamentais quanto nos Estados Unidos. Entretanto, não se pode dizer que não existe conexão.

Isso porque a tutela desses direitos é tão forte no texto constitucional, que todos os dispositivos devem ser interpretados, de maneira a preservá-los. Já no seu preâmbulo está previsto que o Estado deve “assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos (...)”.

Logo depois, no seu art. 1º estão elencados como fundamentos da República, entre outros, a cidadania, a dignidade

da pessoa humana e o pluralismo. Prosseguindo, no art. 3º, enumera como objetivos fundamentais: (a) construir uma sociedade livre, justa e solidária; (b) garantir o desenvolvimento nacional; (c) erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; e (d) promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Assim como os demais direitos previstos constitucionalmente, os direitos fundamentais se caracterizam pela suprallegalidade, pois estão situados no ápice do ordenamento jurídico, não sendo suscetíveis a mudanças pelo legislador ordinário. De acordo com Clève e Lorenzetto (2015, p. 185) “(...) as normas precisam guardar compatibilidade com os preceitos insculpidos na Carta Magna”.

Não obstante, os direitos fundamentais, inclusive os sociais³, possuem uma tutela constitucional diferenciada. A proteção ampliada está fixada no § 1º do art. 5º (aplicabilidade imediata) e no art. 60, § 4º, IV (proteção contra emendas constitucionais abolitivas), ambos da Constituição Federal.

A primeira – aplicabilidade imediata – significa dizer que as disposições de direitos fundamentais geram efeitos jurídicos, independentemente de regulação infraconstitucional. A segunda, por sua vez, refere-se à impossibilidade da propositura de emendas constitucionais abolitivas, ou seja, os direitos fundamentais são

³ Neste ponto, faz-se imperioso destacar que ainda existe muita divergência na doutrina quanto à fundamentalidade dos direitos sociais. São várias as formas de interpretação. Hachem (2014, p. 133) buscou organizá-las, partindo da mais restritiva à mais ampliada, da seguinte maneira: (a) inaplicabilidade do regime jurídico dos direitos fundamentais aos direitos sociais; (b) restrição da incidência do regime jurídico dos direitos fundamentais ao conteúdo dos direitos sociais coincidente com o mínimo existencial; (c) aplicação do regime jurídico dos direitos fundamentais limitada à parcela dos direitos sociais necessária a garantir as condições procedimentais da democracia; e (d) submissão integral dos direitos sociais ao regime jurídico dos direitos fundamentais. HACHEM, Daniel Wunder. **Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais**: por uma implementação espontânea, integral e igualitária. Curitiba, 2014. 614 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná. p. 133.

cláusulas pétreas protegidas contra maiorias parlamentares que intencionem a sua restrição.

Esta blindagem especial é chamada por Hachem (2014, p. 67) de *jusfundamentalidade*, uma qualidade única dos direitos fundamentais.

4. Conclusão

A análise dos acontecimentos históricos que ocorreram pouco antes da implantação do federalismo nos Estados Unidos demonstram que esse movimento político está visceralmente associado à luta dos colonos por direitos fundamentais, em especial, igualdade e liberdade.

No Brasil, a ligação histórica entre a divisão territorial de poderes e a luta pelo direitos humanos não é tão forte, mas não há que se falar em desconexão. A defesa dos direitos fundamentais é tão vigorosa no texto constitucional, que a interpretação de todos os demais enunciados normativos devem levar tal proteção em consideração.

5. Referências

BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). **Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 2017.

BRINKLEY, Alan. **The Unfinished Nation**, New York: McGraw-Hill, 1993.

BURGESS, Michael. **Comparative Federalism: theory and practice**. London: New York. Routledge, 2006.

CAVALCANTI, Amaro. **Regime Federativo e a República Brasileira**. Vol. 48. Brasília: Universidade de Brasília, 1983.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Diálogos institucionais: estrutura e legitimidade. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 2, n. 3, p. 183-206, set./dez. 2015.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Declaration of Independence**. Disponível em: <<https://www.loc.gov/rr/program/bib/ourdocs/declarind.html#American>>. Acesso em: 30 ago. 2018.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 38ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2012.

HACHEM, Daniel Wunder. **Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais**: por uma implementação espontânea, integral e igualitária. Curitiba, 2014. 614 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná.

LIMA, Rodrigo de Araújo. Os artigos federalistas: a contribuição de James Madison, Alexander Hamilton e John Jay para o surgimento do Federalismo no Brasil. **Revista de informação legislativa**, v. 48, n. 192, p. 125-136, out./dez. 2011.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoria de la Constitución**. Tradução de Alfredo Gallego Anabinate. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1979.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 4ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. Uma teoria geral – e lógica – para o Direito Constitucional Internacional. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, v. 3, n. 1, p. 203-225, jan./jun. 2012.

PEREIRA, Antônio Celso Alves. Fundamentos Histórico-Constitucionais do Sistema Eleitoral dos Estados Unidos Da América. *Revista Quaestio Iuris*, vol. 09, nº. 04, Rio de Janeiro, 2016. pp. 2227 -2247.

ROTHBARD, Murray Newton. **Conceived in Liberty**. Auburn, Alabama: Ludwig von Mises Institute, 2011.

SEGUNDO, Alyrio Batista de Souza. A Formação do Estado de Direito. **R. Jurídica do Ministério Público**, João Pessoa, ano 1, n.2, jul./dez. 2007.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 10^a edição. São Paulo: Saraiva, 2012.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **A Democracia na América** – Leis e costumes – De certas leis e certos costumes políticos que foram naturalmente sugeridos aos americanos por seu estado social democrático. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ZIMMERMANN, Augusto. **Teoria Geral do Federalismo Democrático**. 2^a Edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

Saneamento básico como materializador da garantia do mínimo existencial social à luz dos direitos fundamentais¹

Solange Cordeiro Faria²
Miriam Olivia Knopik Ferraz³

1. Introdução

Os diversos problemas que a sociedade vem enfrentando ao longo dos anos no que concerne às garantias dos direitos fundamentais sociais, demonstram-se fundados principalmente na desigualdade social encontrada já de início quando se percebe a

¹ O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES) - Código de Financiamento 001.

² Mestranda em Direito Econômico e Desenvolvimento pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Especialista em Direito Constitucional pela Academia Brasileira de Direito Constitucional. Advogada. Graduada em Direito pelo Centro Universitário Curitiba. Membro da Comissão de Estudos Constitucionais da Ordem dos Advogados do Brasil - Seção Paraná. Tem experiência na área de Ciência Política, com ênfase em Comportamento Legislativo. Integrante do Grupo de Pesquisa em Desenvolvimento por intermédio das concessões e Parcerias Público-Privadas pela Academia Brasileira de Direito Constitucional e Pontifícia Universidade Católica do Estado do Paraná. Integrante do Núcleo de Pesquisas em Políticas Públicas e Desenvolvimento Humano, vinculado ao Programa de Mestrado e Doutorado em Direito da PUC/PR. Membro do Grupo de Trabalho de suporte aos Municípios na estruturação de PPP's, junto à Associação Brasileira de Instituições Financeiras de Desenvolvimento - ABDE e Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social - BNDES.

³ Doutoranda em Direito pela PUC/PR, Mestranda e Graduada em Direito pela PUC/PR. Pós-graduanda em Direito Constitucional pela Academia Brasileira de Direito Constitucional. Editora Assistente da Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Membro do Núcleo de Pesquisas em Políticas Públicas e Desenvolvimento Humano, Núcleo de Estudos de Pesquisas em Tributação, Complexidade e Desenvolvimento, do Núcleo de Estudos Avançados em Direito do Trabalho e Socioeconômico Membro da Comissão de Igualdade Racial e da Comissão de Advogados Inicantes da OAB/PR. Advogada. m.okf@hotmail.com.

falta – ou dificuldade – de acesso aos direitos sociais básicos, tidos como parâmetros para a realização do mínimo existencial social (saúde, higiene e condições adequadas de moradia).

Este problema se agrava quando passa a ser visto pela ótica da questão ambiental, pois transfere, à população mais vulnerável, o ônus pelos problemas ambientais decorrentes do processo de desenvolvimento, a qual, diante da desigualdade e do crescimento desenfreado dos grandes centros urbanos, acaba por viver à margem da sociedade, em locais de difícil acesso e sem qualquer infraestrutura ou saneamento, ocasionando-lhes gravíssimos problemas.

Nesta linha, pretendem-se demonstrar, que a falta de saneamento básico acaba sendo um impeditivo da efetivação das garantias dos direitos fundamentais e que, ao não ser observado o conceito de dignidade da pessoa humana, são geradas consequências negativas inclusive à saúde das pessoas que, muitas vezes, são obrigadas a morar em localidades marcadas pela precariedade das moradias e das condições de higiene.

O saneamento básico tem como norte principal efetivar melhorias na situação social da população, visando sempre o aumento das condições de saúde e da qualidade de vida, desta forma, embora não integre o rol de direitos sociais previstos na Constituição Federal de 1988, mostra-se indispensável à efetivação desses direitos.

Desta forma, objetiva-se, com o presente trabalho, demonstrar que o saneamento básico, em sendo efetivador de direitos sociais constitucionais, também deve ser reconhecido como uma maneira de serem atendidos os direitos fundamentais, e como instrumento capaz de fazer cumprir a meta de se alcançar plenamente o respeito à dignidade da pessoa humana, ao passo que estará garantindo à população o atendimento da garantia do mínimo existencial social.

2. Os direitos fundamentais sociais

Sendo definidos pela doutrina jusnaturalista como aqueles direitos que nascem da própria condição humana e são prerrogativas de qualquer pessoa, os direitos fundamentais foram conquistados pela sociedade ao longo de muitos anos, e de forma gradativa, tendo sido objeto de constantes lutas para sua efetivação (BOBBIO, 1992, p. 5). Como um direito antecedente às leis criadas pelo homem (BASTOS, 1999, p. 38) essa teorização foi essencial para o reconhecimento de direitos diretamente atrelados ao princípio da dignidade da pessoa humana. No mesmo sentido, a doutrina cristã teve papel estrutural para a centralização do ser humano como um “novo patamar de dignidade”. (ARAÚJO, 2005, p. 110)

Apesar dessa trajetória, a implementação dos direitos fundamentais começou a ser de fato objeto de discussão apenas a partir da Idade Moderna. (FACHIN, 2008, p. 30). Exemplo disso é que dentre as manifestações pioneiras relativas ao princípio da igualdade, nasceu com o movimento constitucionalista do século XVIII e com o movimento revolucionário do século XIX. Na realidade brasileira, a positivação desses direitos junto à Ordem Constitucional consolidou avanços essenciais à proteção dos direitos e garantias fundamentais.

Ressalta-se que há ainda diversas controvérsias sobre a aplicabilidade do regime jurídico dos direitos fundamentais aos direitos sociais. Nesse sentido, a aceitação dos direitos sociais como fundamentais não é um ponto unânime na doutrina, (HACHEM, 2014, p. 70) e de forma sintetizada⁴ a recusa da aplicação do regime jurídico dos direitos fundamentais aos direitos sociais está pautada em diversos argumentos que buscam o seu afastamento. (SARLET, 2008, s/p).

⁴ Com o objetivo de apresentar as críticas de forma sintética devido a limitação material deste estudo, recomenda-se a leitura integral do desenvolvimento do autor a esse respeito em: HACHEM, 2014, p. 80 e ss.

Destarte, os Direitos sociais estão previstos no art. 6º da Constituição Federal de 1988, e estruturam-se na garantia à educação, à saúde, à alimentação, ao trabalho, à moradia, ao transporte, ao lazer, à segurança, à previdência social, à proteção à maternidade e à infância e à assistência aos desamparados. Importante destacar que os direitos sociais começaram, a partir dos movimentos sociais do século XX, a ser vistos como direitos fundamentais, por serem conceituados como direitos de segunda dimensão⁵, por conta da ideia de igualdade (BONAVIDES, 2006, p. 564), pregada durante a Revolução Francesa.

⁵ O jurista Karel Vasak utilizou, pela primeira vez, a expressão "gerações de direitos do homem", proferindo na aula inaugural no Curso do Instituto Internacional dos Direitos do Homem, em Estrasburgo, em 1979, buscando, metaforicamente, demonstrar a evolução dos direitos humanos com base no lema da revolução francesa - liberdade, igualdade e fraternidade -. Antônio Augusto Cançado Trindade, durante uma palestra que proferiu em Brasília, em 25 de maio de 2000, comentou que perguntou pessoalmente para Karel Vasak por que ele teria desenvolvido aquela teoria, tendo respondido: "Ah, eu não tinha tempo de preparar uma exposição, então me ocorreu de fazer alguma reflexão, e eu me lembrei da bandeira francesa", como tudo que é palavra "chavão", pegou. Cançado Trindade discorda da tese das "gerações de direitos", e afirmou que nem o próprio Vasak levou muito a sério a sua tese. O discurso de Vasak logo ganhou fama e outros juristas passaram a repeti-lo e até desenvolvê-lo, como, por exemplo, Noberto Bobbio, que foi um dos principais responsáveis pela sua divulgação. Cançado Trindade cita como exemplo: "o caso dos meninos de rua, é um rechaço à tese de gerações de direitos, porque creio que o próprio direito fundamental à vida é de primeira, segunda, terceira e de todas as gerações. É civil, político, econômico-social e cultural. Em primeiro lugar, essa tese não corresponde à verdade histórica. É certo que houve as declarações dos séculos XVII e XVIII e a Revolução Francesa, e parece-me que a doutrina brasileira parou por aí. Houve a revolução americana e depois a Declaração Universal. É uma construção perigosa, porque faz analogia com o conceito de gerações. O referido conceito se refere praticamente a gerações de seres humanos que se sucedem no tempo. Desaparece uma geração, vem outra geração e assim sucessivamente. Na minha concepção, quando surge um novo direito, os direitos anteriores não desaparecem. Há um processo de cumulação e de expansão do corpus juris dos direitos humanos. Os direitos se ampliam, e os novos direitos enriquecem os direitos anteriores". Afirma ainda, Cançado Trindade "creio que o futuro, na proteção internacional dos direitos humanos passa pela indivisibilidade e pela inter-relação de todos os direitos". (TRINDADE, s/d)

Para Ingo Sarlet, na mesma linha de raciocínio, "geração" de direitos leva à uma impressão distorcida de que haverá a substituição gradativa de uma geração por outra. O que não é certo, pois o que ocorre é uma acumulação e não de direitos e não uma sucessão de um pelo outro. Assim, o autor utiliza o termo "dimensões" dos direitos fundamentais, no mesmo mão da doutrina mais moderna. (SARLET, 1998. p. 39) No mesmo entendimento "(...) compartilha-se do entendimento de que uma geração de direitos não substitui a outra, mas com ela interage. Isto é, afasta-se a equivocada ideia de sucessão 'geracional' de direitos, na medida em que se escolhe a ideia de expansão, cumulação e fortalecimento dos direitos humanos, todos essencialmente complementarem em constante dinâmica de interação". (PIOVESAN, 2002, p. 149-150)

Complementando a ideia geracional, Andreas Krell (2002, p. 19-20) fala sobre o assunto com o posicionamento de diferenciação dos direitos fundamentais sociais, elencando que estes estariam pautados pela função prestacional do Estado, e assim, fortificariam a ideia de um Estado-Social atuante. (KRELL, 2002, p. 19-20)

Portanto, a doutrina tradicional associa o objetivo dos direitos sociais com o da obtenção de prestações positivas do Estado a fim de propiciar melhores condições de vida à população, com pretensão de diminuir a desigualdade, como é o exemplo do Brasil, principalmente quando se fala em globalização, situação que gera mais exclusão social, aliada ao enfraquecimento do Estado e à diminuição das possibilidades de efetivação, pelo Poder Público, dos mecanismos necessários à observância e disponibilização dos direitos dos cidadãos.

Aponta-se também a doutrina que defende que os direitos sociais não requerem somente prestações positivas. Isso fica claro quando se fala em liberdades sociais, ou seja, prestações de cunho negativo, ou de defesa. Como bem observa Ingo Wolfgang Sarlet, “há que atentar para o fato de que os direitos a prestações não se restringem aos direitos a prestações materiais (direitos sociais prestacionais), englobando também a categoria dos direitos de proteção” (SARLET, 2001, p. 191).

Ambos os entendimentos não compreendem a complexidade dos direitos fundamentais como um todo, e essa dualidade enfraquece a aplicação do regime jurídico dos direitos fundamentais aos direitos sociais. Assim, destacam-se alguns obstáculos a serem superados.

Primeiramente, a própria indeterminação das normas constitucionais quanto ao conteúdo dos direitos sociais, e assim, vinculação à regulamentação do legislador ordinário. Nesse sentido, “não se saberia exatamente o que esses direitos compõem”.

Efetivamente, todos os direitos fundamentais possuem como característica comum a “vagueza” (BITTENCOURT NETO, 2010, p. 151), particularidade que não está presente somente nos direitos

sociais. Tal fato é necessário para evitar que tais direitos fossem engessados por extensivas e taxativas determinações. (PISARELLO, 2007, p. 67).

Quando se adentra à concretização dos direitos fundamentais, denota-se que todos precisam de alguma regulamentação legislativa (SILVA, 2000, p. 230), como por exemplo o direito ao voto, que é considerado um direito de liberdade, mas necessita de uma legislação eleitoral completa para que possa ser funcionalizado.

A real diferença entre os direitos de liberdade e os direitos sociais, é que os primeiros possuem uma tradição de regulamentação, ou seja, a ação do legislador ordinário já está internalizada (NOVAIS, 2010, p. 233 e 234), como por exemplo o direito de propriedade. Efetivamente, denota-se que os feixes de posições jusfundamentais dos direitos de liberdade são predominantemente de abstenção, se comparado aos direitos sociais que exigem, em sua grande maioria, deveres de atuação, e assim dependem de uma legislação mais complexa para sua regulamentação. (HACHEM, 2014, p. 141). Apesar disso, a maior parte dos direitos fundamentais sociais já se encontra regulamentada no Brasil (HACHEM, 2014, p. 141), inclusive o direito ao saneamento básico previsto na Lei nº 11.445/2007, considerado o marco regulatório da questão.

Ainda com relação às críticas, afirma-se que a dimensão prestacional dos direitos sociais implicariam em altos custos e conseqüentemente a aplicação da “reserva do possível”. (HACHEM, 2014, p. 131)

Os direitos fundamentais são compostos por feixes de posições jusfundamentais e cada um determina uma ação diferenciada que pode ser de forma positiva (no sentido de realização) e de forma negativa (no sentido de abstenção). Assim, sendo um direito de liberdade ou social, todos poderão ser concretizados das duas formas.

Nesse sentido, não é possível afirmar que somente os direitos sociais possuem custos, a exemplo do direito ao voto, que possui custos vinculados à própria realização de eleições. (HACHEM, 2014, p. 134)

A aplicação deste entendimento ao direito ao saneamento básico facilita a compreensão da matéria: este direito pode estar vinculado tanto à moradia como à saúde, e estes comportam feixes de posições jusfundamentais negativas e positivas. Pode ser realizado de forma predominantemente positiva, uma vez que necessita de um sistema integrado, e pode ser realizado de forma negativa, quando a pessoa já possuir o sistema e não puder realizar o pagamento, evitando-se assim o corte do fornecimento/ manutenção.

O argumento da “reserva do possível” em que o Estado só teria a obrigação de cumprir as disposições constitucionais sobre direitos fundamentais se houvesse possibilidade orçamentária, seria aplicável a ambos os direitos (de liberdade e direitos sociais), no que tange às suas prestações positivas. Exatamente por isso, este argumento não sustentaria a exclusão dos direitos sociais do regime jurídico dos direitos fundamentais. (HACHEM, 2014, p. 562)

A dignidade humana, corolário da realização dos direitos sociais e fundamentais, está intimamente ligada tanto a algumas prestações materiais básicas, quanto às abstenções que o Poder Público deverá realizar.

A concretização e a incorporação do regime jurídico dos direitos fundamentais ao saneamento básico, dependerá do entendimento de seu pertencimento a algum direito fundamental explicitamente proposto no art. 6º da CF/88, uma vez que o saneamento básico comporia um dos feixes de posição jusfundamental. A dúvida restaria na sua aplicabilidade ou ao direito à moradia ou ao direito à saúde.

Segundo a Agenda Habitat II, a definição de moradia digna deixa claro que moradia adequada é algo muito mais amplo do que “teto sobre a cabeça”, e inclui, dentre diversos aspectos a “infraestrutura básica adequada, como fornecimento de água,

saneamento básico e de gestão de resíduos”, ou seja, o saneamento básico. (ONU-HABITAT, 2012), No mesmo sentido o Comentário Geral nº 4 do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU, entende como parte da composição do direito à moradia a disponibilidade de infraestrutura básica para a garantia de saúde, segurança, conforto e nutrição dos titulares do direito (acesso a água potável, energia para o preparo da alimentação, iluminação, saneamento básico e etc.); (BRASIL, 2013, p. 34).

Por outro lado, o saneamento básico pode ser compreendido como decorrência do Direito à Saúde. Nesse sentido, a Organização Mundial da Saúde, entende que este deve ter sua proteção e promoção voltada como “imagem-horizonte” e assim, o Estado deverá buscar todos os meios para a cura de doenças e o alcance da qualidade de vida, (SCLAR, 1998. p. 32-33), o que incluiria efetivamente o saneamento básico como fator de prevenção de doenças, como um dever de proteção e promoção da saúde. (SARLET; FIGUEIREDO, 2008, p. 133; HACHEM, 2014, p. 188).

Dessa forma, os direitos sociais se interligam com o objetivo de promover a dignidade humana, e em uma ou outra posição, ensejariam a proteção completa e o regime jurídico dos direitos fundamentais.⁶

3. Garantia ao mínimo existencial

A ideia de mínimo existencial, segundo Ingo Wolfgang Sarlet, foi sustentada pela primeira vez pelo jurista Otto Bachof desde o início da década de 1950, quando alegava que o princípio da dignidade humana ultrapassava a ideia exclusiva de liberdade e dizia respeito também à segurança social. (SARLET, 2013, p. 20)

Em 1954, o Tribunal Federal Administrativo Alemão (*Bundesverwaltungsgericht*) reconheceu (ALEMANHA, 1954) a um

⁶ Apesar disso, há o projeto de Emenda Constitucional 2/2016 que prevê a inclusão do saneamento básico no rol de direitos fundamentais.

cidadão carente o direito subjetivo a recursos materiais propiciados pelo Estado, fundamentado no princípio da dignidade humana, no direito à vida e à liberdade (HONÓRIO, 2009, p. 45-46). Somente em 1975 que o mesmo tribunal reconheceu a existência do direito ao mínimo para uma existência digna como direito fundamental do cidadão. (SARLET; FIGUEIREDO, 2010).

Ressalta-se uma característica diferenciadora da realidade alemã: a Constituição, intitulada Lei Fundamental de Bonn de 1949, não possuía um rol expresso de direitos sociais, com exceção da proteção da maternidade e dos filhos, e a obrigação estatal de compensar as desigualdades relativas a mulheres e portadores de deficiência. (SARLET; FIGUEIREDO, 2010, p. 20). Essa ausência contribuiu para o fortalecimento do ideal de que o Estado deveria garantir um “mínimo social”, este deveria ser extraído direto da constituição e não dependeria de previsão legislativa. Seria a garantia de um mínimo necessário à proteção da dignidade humana, em observância às bases do Estado social e do direito à vida. (NOVAIS, 2010, p. 80-81)

Com relação ao conteúdo do mínimo existencial, tem-se admitido a existência de um “*underechoal* mínimo existencial” (SCHIER; SCHIER, 2016, p. 215) e este estaria relacionado à garantia de prestações básicas diretamente vinculadas à vida digna (SARLET; FIGUEIREDO, 2010, p. 24). Nesse sentido o mínimo existencial integraria o conceito de direitos fundamentais (TORRES, 2009, p. 314).

Ainda, é possível afirmar que este está vinculado diretamente ao princípio da dignidade humana. (TORRES, 2009, p. 35; BARCELLOS, 2011, p.288-289; SILVA, 2000, p. 92; SARLET, 2012, p.85; HACHEM, 2013, p. 98) Assim, há a conexão com a igualdade social, uma vez que sua aplicação se vincula também à concepção de dignidade da pessoa humana – um é pressuposto existencial do outro. (HARTAMANN, 2010, p. 180)

Ora, quando se fala em dignidade da pessoa humana como princípio fundamental dos Estados Sociais, e em igualdade como

forma de realização deste princípio, não há como separar as raízes históricas do princípio da dignidade humana do ideário kantiano. Immanuel Kant foi o primeiro teórico a externalizar que não há como se atribuir valor ao homem. Para ele, tudo tem um preço ou uma dignidade. Dessa forma, o que têm preço pode ser substituído por outra coisa equivalente. No entanto, em estando alguma coisa acima de todo o preço, sem poder haver essa substituição por algo equivalente, daí se verifica que essa coisa têm dignidade. E liga essa impossibilidade de substituição à situação da pessoa humana. Assim, define que, as coisas têm preço, mas as pessoas têm dignidade⁷. Foi assim, inclusive, que tal posicionamento teve, ao longo do século XX, um papel de destaque na superação de regimes totalitários⁸.

Isto nos leva a pensar que, ter acesso a serviços de saneamento básico de qualidade revela a observância ao princípio da dignidade da pessoa humana, nos termos do art. 1º, inciso III da Constituição, trazendo à população uma garantia de efetivação do mínimo existencial, que traz em si arraigado o conceito de uma existência digna, efetivando, assim, reflexamente, o princípio da igualdade.

Ressalta-se ainda, que o mínimo existencial seria representado também pelos deveres do poder público de evitar que os cidadãos fiquem a “mercê das forças terríveis do destino” devido à ausência de emprego, previdência, educação, lazer, assistência e assim, que suas vontades, desejos e sonhos sejam destituídos. (CLÈVE; FREIRE, 2003, p. 27).

Nesse sentido, o mínimo existencial representaria o atendimento básico e eficiente dos direitos fundamentais, mas a sua concretude dependeria de cada país. (KRELL, 2002, p. 63). Ana

⁷ KANT, Immanuel, *Fundamentação da metafísica dos costumes*, São Paulo: Martin Claret, 2004, p. 77: “No reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se por em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e portanto não permite equivalente, então ela tem dignidade”.

⁸ Sobre o assunto: GARCIA, 2004, p. 196- 197.

Paula Barcellos defende que este mínimo seria componente de um núcleo irreduzível do “princípio da dignidade humana” relacionado aos direitos de liberdade e estariam limitados a quatro perspectivas: educação fundamental, saúde básica, assistência aos desamparados e ao acesso ao judiciário. (BARCELLOS, 2011, p. 288-289).

Com relação especificamente ao saneamento básico, como pertencente ao direito à moradia e/ou à saúde, tem o seu mínimo existencial decorrente também das ações positivas e de uma infraestrutura eficaz de saneamento. Assim, traz-se a obrigação de se assegurar condições mínimas de existência à população, inclusive no que diz respeito às condições de saúde, uma vez que, de acordo com a Organização Mundial da Saúde, no art. 1º de sua constituição, há um propósito primordial em garantir o nível mais alto de saúde a todos os seres humanos. (CONSTITUIÇÃO DA ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE, 1946). O mesmo documento aponta ainda, que a saúde é um estado de completo bem-estar⁹ físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade. E, ainda, assegura que saneamento é o instrumento capaz de atender a todos esses fatores do meio físico do indivíduo que geram ou sejam potencialmente capazes de gerar impactos nocivos sobre este bem estar físico, mental e social. No mesmo sentido, as obrigações provenientes do HABITAT e do Comentário Geral nº 4 do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU, já citados anteriormente, como elementos essenciais para a garantia da moradia digna.

Dessa forma, é imprescindível estabelecer essa relação entre o saneamento básico e os direitos fundamentais, seja o direito à moradia, seja o direito à saúde, como um caminho necessário a sua concretização. Essa associação é reflexo da integração dos direitos, como uma consequência lógica da vivência complexa humana.

⁹ Note-se que o Estado de bem-estar social foi criado como solução à crise de 1929, desta forma, o Estado era o responsável pela proteção social da população (englobados, aqui, educação, saúde e seguridade social).

Nesse sentido, é possível afirmar também a vinculação do saneamento básico à proteção ao meio ambiente, e isso guarda profunda relação com a melhoria da qualidade de vida da população, uma vez que, em havendo ações no sentido de se promover a proteção do meio ambiente, como, por exemplo, efetuarem-se obras de esgotamento sanitário em determinada localidade para preservação de uma nascente ali existente, a população ali residente será beneficiada por esta ação positiva do Estado.

Desta forma, demonstra-se que a efetivação de um direito traz reflexos e consequências a outros, e assim, não somente foram efetuadas obras de saneamento para proteger a saúde e às condições dignas de moradia, mas também, de cuidado com o meio ambiente, condição premente diante do cenário global de preocupação com ações sustentáveis.¹⁰

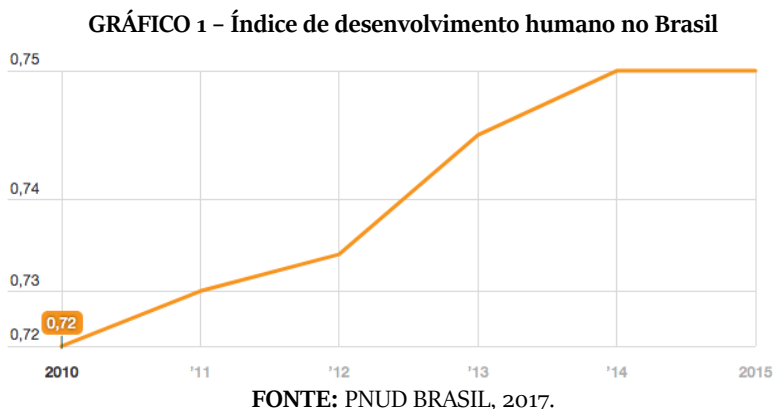
No atendimento aos direitos sociais e, conseqüentemente, na garantia do mínimo existencial, através do saneamento, há uma comunhão de esforços para que se atenda aos anseios da população, visando, também, a proteção à saúde, moradia e ao meio ambiente.

4. Saneamento básico como concretizador da garantia do mínimo existencial social à luz dos direitos fundamentais

O saneamento básico no Brasil retrata uma triste realidade. O país é portador de um notável déficit de saneamento básico, fazendo com que o ideário de uma vida digna à parcela da população, seja difícil de ser alcançado. Tal situação se verifica pelo ranking de desenvolvimento humano por países, publicado no relatório das Nações Unidas em 2017, no qual o Brasil ocupa a 79^a

¹⁰ Tal previsão é corroborada pelo disposto no art. 2º da Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007, que, em seu inciso III prevê que o abastecimento de água, esgotamento sanitário, limpeza urbana e manejo dos resíduos sólidos devem ser realizados de formas adequadas à saúde pública e à proteção do meio ambiente.

posição, com índice de 0,75, o mesmo de 2015, conforme mostra o gráfico 1:



Isto mostra que a desigualdade na distribuição de renda, saúde e educação entre os brasileiros continua a ter impacto negativo no desempenho do país no ranking, reafirmando a necessidade do investimento em políticas públicas. Note-se que a ONU não mediu o IDH ajustado à desigualdade, o que, segundo o Programa das Nações Unidas para o desenvolvimento, faria com que o índice de desenvolvimento humano do país caísse de 0,754 para 0,561 e, desta forma, o Brasil cairia 19 posições no ranking mundial. (PNUD BRASIL, 2017)

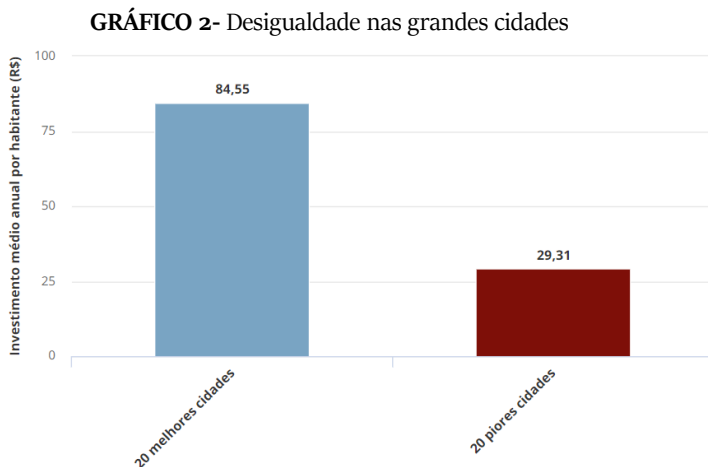
Em específico ao saneamento básico no Brasil, tem-se as diretrizes estabelecidas na Lei nº 11.445/07, e esta traz a sua definição como o conjunto de infraestruturas, serviços e instalações operacionais de abastecimento de água potável, limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos, esgotamento sanitário, limpeza e fiscalização preventiva das respectivas redes urbanas, drenagem e manejo das águas pluviais.

Em 2007, 80,9% da população tinha abastecimento de água potável, ou seja, fornecimento hídrico encanado, e em 2015 houve o aumento para 83,3%(CHILFUND BRASIL, s.d), o que novamente demonstra a necessidade de investimentos. Ressalta-se ainda, que

há uma grande diferença entre o acesso à água potável e ao fornecimento hídrico encanado, o primeiro inclui também cisternas, rios e açudes, enquanto os dados apresentados dizem respeito à água encanada que chega às residências, (CHILFUND BRASIL, s.d) o que de certa forma mascara as estatísticas de uma plena contemplação desse direito.

Ainda, metade da população brasileira tem acesso à coleta de esgoto (50,3%), ou seja, o restante “lidam de maneira alternativa com os despejos (fossas e descarte direto nos rios)”. (CHILFUND BRASIL, s.d). O tratamento de esgoto passou de 32,5%, em 2007, para 42,7%, em 2015. (CHILFUND BRASIL, s.d)

Destarte, há uma grande diferenciação entre a análise do Brasil de forma global e os estados e cidades individualizados: há a disparidade de investimentos, como se observa do gráfico 2:

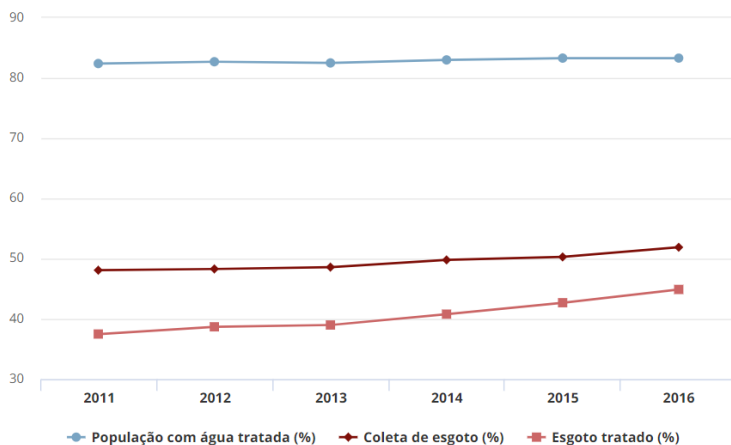


FONTE: TRATA BRASIL, 2018

A diferença das regiões também é vislumbrada de forma global: no Nordeste, somente 32,11% do esgoto é tratado, enquanto a região Sul alcança 41,43% e a sudeste 47,39%. O Centro-Oeste é a região com melhor desempenho e possui 50,22% do esgoto é tratado. (CHILFUND BRASIL, s.d)

É possível vislumbrar os dados de forma paralela, no gráfico 3: a população com água tratada, a coleta de esgoto e o esgoto tratado.

GRÁFICO 3- Saneamento básico.



FONTE: TRATA BRASIL, 2018

Observa-se que há uma evolução dos três fatores, mas ainda há uma discrepância enorme entre o esgoto tratado e a coleta de esgoto com relação à população com a água tratada.

Efetivamente, a qualidade de vida, e a dignidade das vivências, pode ser muito aperfeiçoada, “mediante um programa adequado de serviços sociais”. (SEN, 2000, p. 82). A abordagem das políticas públicas a que se advoga neste estudo é a proposta por Amartya Sen (SEN, 2000, p. 334).

A proposta do referido autor é que as políticas públicas devem estar ancoradas na importância da pessoa, na necessidade de desenvolver condições para o desenvolvimento de suas capacidades (*capabilities*) e cada cidadão poder agir como agente ativo. (ZAMBAM; JUJAWA, 2017, p. 64-65). Somente será possível desenvolver os indivíduos se eles tiverem condições mínimas para a sua vivência. O Saneamento básico é estrutura fundamental para

o desenvolvimento amplo das liberdades dos indivíduos e a eliminação das privações.

No Brasil, os investimentos com saneamento estão aquém do que se espera para um desenvolvimento da população com respeito à dignidade da pessoa humana. A exemplo disso, como se demonstrou nas cidades que os investimentos relativos à rede de esgotos são absurdamente inferiores aos investimentos (ainda que pequenos) com outros serviços públicos, como abastecimento de água, coleta de lixo ou eletricidade.

Deve-se, portanto, efetivar políticas públicas para melhoramento da situação do saneamento no país, pois o cenário que se apresenta, acaba por ressaltar a desídia do Poder Público no que concerne à efetivação do direito fundamental social à saúde, condição essencial de concretização da dignidade da pessoa humana.

Por fim, cabe ressaltar que a universalização do saneamento básico no Brasil é elemento primordial para que a degradação do meio ambiente urbano seja reduzida com a consequente melhora das condições de vida e de bem-estar da população. Por isso, é extremamente necessária uma reversão da situação, com uma mobilização maior dos governos municipais, estaduais e, sobretudo, do governo federal.

Nesse sentido, advoga-se pela interpretação extensiva e ampliadora dos Direitos Fundamentais, e assim, o saneamento básico como pertencente tanto ao direito à moradia, como ao direito à saúde, deve ser supervalorizado. Como resultado dessa incorporação, ele pertencerá ao arcabouço desses direitos fundamentais, recebendo toda a proteção jurídica especial que o ordenamento brasileiro confere. Ainda, alcança a importância sindicável de pertencente ao mínimo existencial, resultando a sua ampla proteção e necessária imediata concretização.

5. Conclusão

Portanto, considerando-se saneamento básico como sendo aqueles serviços públicos que propiciam o desenvolvimento de diversos direitos e como elemento essencial para a dignidade e sobrevivência da população, vislumbra-se que as populações de baixa renda, que vivem à margem da sociedade, são aquelas que estão mais expostas aos perigos decorrentes da ausência de saneamento, pois, devido ao crescimento econômico desordenado e à falta de condições de igualdade, precisam se submeter a situações degradantes, em moradias e situações sub-humanas, em locais onde não há qualquer estrutura, gerando, inclusive, degradação do meio ambiente.

As moradias em áreas irregulares, somadas ao gigantesco crescimento populacional dificultam o acesso dos moradores aos serviços considerados essenciais, criando barreiras à implantação de uma estrutura eficaz de saneamento básico. E, por este motivo, deve haver prevalência no respeito aos direitos fundamentais sociais para que, com isso, sejam alcançados os princípios da dignidade da pessoa humana, da justiça social e da igualdade, possibilitando a promoção do bem-estar social.

Para isso, deve-se visualizar o saneamento, como feixe de posição jusfundamental tanto do direito à moradia como do direito à saúde, como pedra essencial à garantia de respeito aos direitos fundamentais e ao mínimo existencial coadunados às condições de igualdade à população. Nesse sentido, o saneamento básico será revestido da proteção constitucional dos direitos fundamentais, e como composição do mínimo existencial, permitir-se-á a sua sindicabilidade e reivindicação imediata.

6. Referências

ALEMANHA. **BVerwGE** 1, 159 (161 e ss.), 24.06.1954.

ARAUJO, Luiz Alberto David. Curso de direito constitucional. 9. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana.** 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de direito constitucional. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BITTENCOURT NETO, Eurico. **O direito ao mínimo para uma existência digna.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010

BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. 11. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BRASIL, Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República. **Direito à moradia adequada.** – Brasília: Coordenação Geral de Educação em SDH/PR, Direitos Humanos, Secretaria Nacional de Promoção e Defesa dos Direitos Humanos, 2013. 76 p., il. – (Por uma cultura de direitos humanos). P.34.

BRASIL. **Lei nº 11.445, de 05 de janeiro de 2007.** Estabelece diretrizes nacionais para Saneamento Básico e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Lei/L11445.htm>. Acesso em: 18 dez. 2017.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; FREIRE, Alexandre Reis Siqueira. **Algumas notas sobre colisão de direitos fundamentais.** In: Sérgio Sérulo da Cunha; Eros Roberto Grau (Orgs.). Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2003.

FACHIN, Zulmar. **Curso de direito constitucional.** 3 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2008.

FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito Constitucional Ambiental:** estudos sobre a Constituição, os Direitos Fundamentais e a proteção do ambiente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GARCIA, Maria. **Limites da ciência: a dignidade da pessoa humana: a ética da responsabilidade**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

HACHEM, Daniel Wunder. **A utilização do mínimo existencial como critério de exigibilidade judicial dos direitos fundamentais econômicos e sociais: reflexões críticas**. Revista do Direito, Santa Cruz do Sul, n. 40, p. 90-141, ago./out. 2013.

HACHEM, Daniel Wunder. **Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais: por uma implementação espontânea, integral e igualitária**. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2014. 614p.

HARTAMANN, Ivar Alberto Martins. **E-codemocracia: a proteção do meio ambiente no ciberespaço**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

HONÓRIO, Cláudia. **Olhares sobre o mínimo existencial em julgados brasileiros**. 2009. 306 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2009. P.45-46

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. São Paulo: Martin Claret, 2004.

KRELL, Andreas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des) caminhos de um direito constitucional “comparado.”** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

ONU-HABITAT. Programa de las Naciones Unidas para los Asentamientos Humanos. **Estado de las ciudades de América Latina y el Caribe 2012: Rumbo a una nueva transición urbana, 2012**. Disponível em <http://www.onuhabitat.org/index.php?option=com_docman&task=cat_view&gid=362&Itemid=18 >. Acesso em: 10 de julho de 2018.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Max Limond, 2002.

PISARELLO, Gerardo. **Los derechos sociales y sus garantías**: elementos para una reconstrucción. Madrid: Trotta, 2007,

PNUD BRASIL. *Relatório do Desenvolvimento Humano 2017*. Disponível em: <<http://www.br.undp.org/content/brazil/pt/home/library/idh/rdhs-brasil/relatorio-nacional-desenvolvimento-humano-2017.html>>. Acesso em 10 de dezembro de 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos Fundamentais orçamento e “reserva do possível”**. 2 ed. Ver. E ampl. 2 tir- Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.p.20.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988**. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/artigo_Ingo_DF_sociais_PETROPOLIS_fin_al_01_09_08.pdf. Acesso em 12 dez. 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Proteção e promoção da saúde aos 20 anos da CF/88**. Revista de Direito do Consumidor, n. 67, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações**. In: Ingo Wolfgang Sarlet; Luciano Benetti Timm (Coords.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SCHIER, Paulo Ricardo; SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. O Serviço Público Adequado e a Cláusula de Proibição de Retrocesso Social. **Revista de Direito da Administração Pública**. Universidade Federal Fluminense, a.2, v.2, n.1, jan/jun 2016.

SCLIAR, M. **Do mágico ao social: a trajetória da saúde pública**. Porto Alegre: L&PM, 1998. p. 32-33.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das letras, 2000.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 18ª ed. São Paulo: Malheiros: 2000.

TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009

TRATA BRASIL. *Ranking do Saneamento 2018*. Disponível em: <<http://www.tratabrasil.org.br/estudos/estudos-itb/ranking-do-saneamento>>. Acesso em 10 dez. de 2018.

TRINDADE, Augusto Cançado. **Palestra proferida durante o Seminário Direitos Humanos das Mulheres: A Proteção Internacional**. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/cancadotrindade/Cancado_Bob.htm>. Acesso em 16 dez. de 2018.

ZAMBAM, Neuro José Zambam; KUJAWA, Henrique Aniceto. *As políticas públicas em Amartya Sen: condição de agente e liberdade social*. *Revista Brasileira de Direito, Passo Fundo*, vol. 13, n. 1, p. 60-85, Jan.-Abr. 2017.

A dualidade dos tratados de trocas de informações tributárias: promotor ou violador de direitos fundamentais?

Tháís Magrini Schiavon¹

Introdução

Nos tratados internacionais para evitar a dupla tributação prevê-se um intercâmbio das informações tributárias dos residentes de um Estado a outro, com o fito de combater a evasão fiscal e o planejamento fiscal agressivo, que impedem a percepção de bilhões de dólares aos cofres públicos em impostos todos os anos².

Apesar da boa intenção dos referidos tratados, pois pretendem o retorno desses ativos para o país de origem, tem-se que de um lado há a proteção dos interesses públicos com a cobrança dos impostos, mas de outro verifica-se uma possível violação aos direitos de privacidade e liberdade dos contribuintes, vez que têm seus dados fiscais repassados a outros Estados sem o

¹ Advogada. Pós-graduada em Direito Internacional pelo Centro de Estudos em Direito e Negócios (CEDIN). Bacharel em Direito pela Universidade Estadual do Oeste do Paraná (UNIOESTE). Membro da Comissão de Direito Internacional e da Mulher Advogada da OAB/PR. Membro da Comissão de Coaching Jurídico da OAB/SP. E-mail: thaismagrinis@gmail.com; Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5527565728662529>.

² Para se ter uma ideia, a OCDE estima que somente em 2018, mais de 90 bilhões de euros já retornaram aos cofres públicos após o início da troca automática de informações tributárias: “*By June 2018, jurisdictions around the globe had identified EUR 93 billion in additional revenue (tax, interest, penalties) from such initiatives. Moreover, details on accounts worth hundreds of billions of euros were already exchanged in 2017, the first year of operation of the OECD’s Common Reporting Standard*” (OECD, 2018b, on-line).

seu expresse consentimento e sem garantia de que o sigilo desses dados será assegurado pelo Estado receptor da informação.

Assim, com base na metodologia dedutiva, será analisado o modelo utilizado pela Organização para Desenvolvimento de Cooperação Econômica (OCDE) para troca de informações tributárias e os últimos relatórios por ela divulgados, além de doutrina, para verificar se há a transposição de direitos fundamentais dos contribuintes a partir desse intercâmbio de informações.

Desenvolvimento

A troca de informações tributárias foi uma solução encontrada pela comunidade internacional para poder combater a evasão fiscal e o planejamento tributário agressivo, em resposta ao crescimento dos paraísos fiscais e aos países de tributação mais favorecida³, que retiravam bilhões dos cofres públicos todos os anos.

A primeira versão de um artigo em tratado internacional que tratava de troca de informações tributárias foi apresentada pela OCDE no Modelo para Combater a Dupla Tributação de 1963, cuja redação previa⁴, já naquela época, que as informações prestadas deveriam se voltar à coleta de impostos, ser tratadas como secretas e ser direcionadas apenas às autoridades fiscais (OECD, 1963).

Contudo, em 1973 um relatório elaborado pelo grupo de trabalho nº 31 da OCDE, composto por representantes dos Países Baixos, Áustria e Luxemburgo, sugeriram a ampliação do escopo

³ Para compreender de forma ampla a instituição dos tratados de troca de informações tributárias, sua relação com os paraísos fiscais e a própria história da tributação da renda, sugere-se a leitura integral de: MARCELINO, 2015.

⁴ A redação do artigo 26 daquele Modelo dispunha o seguinte: “Article 26 – Exchange of information: 1. The competent authorities of the Contracting States shall Exchange such information as is necessary for the carrying out of this Convention and of the domestic laws of the Contracting States concerning taxes covered by this Convention insofar as the taxation thereunder is in accordance with this Convention. Any information so exchanged shall be treated as secret and shall not be disclosed to any persons or authorities other than those concerned with the assessment or collection of the taxes which are the subject of this Convention [...]”. (OECD, 1963).

do modelo deste artigo 26 para se adequar à prática que os países vinham adotando quando da assinatura de tratados que previam esse intercâmbio de informações para abranger também a prevenção a fraude e evasão fiscal e estender o acesso das informações intercambiadas às Cortes e corpos administrativos dos Estados (OECD, 1973).

Esses primeiros modelos, entretanto, apesar de serem historicamente importantes a compreensão desses acordos como um todo, não obtiveram a aderência necessária a tornar essa proposta de troca de informações relevante a nível internacional na época.

Com a divulgação do relatório “*Harmful Tax Competition: an emerging global issue*” em 1998, a OCDE denunciou o uso de paraísos fiscais e de países com regime tributário favorecido como prejudiciais às bases tributárias de outros Estados⁵, alertando novamente pela necessidade de valer-se das trocas de informações para impedir a continuidade dessa prática, pondo-se contrária às leis de sigilo bancário (OECD, 1998).

Foi apenas depois da eclosão da crise econômica de 2008 que os países passaram a ver a troca de informações tributárias como um mecanismo necessário ao combate da elisão fiscal e do planejamento tributário agressivo, o que fica claro, especialmente, na declaração do G20 publicada em abril de 2009, onde enfaticamente instruem os Ministros Financeiros dos Estados a adotarem-na (G20, 2009, *on-line*).

O Modelo de 1963 foi atualizado diversas vezes e sua versão atual, de 2017, prevê no seus parágrafos 1, 2 e 3 do artigo 26 que a troca de informações deve se dar sobre impostos de todos os tipos segundo a descrição prevista no tratado firmado entre as Partes,

⁵ “The Report is intended to develop a better understanding of how tax havens and harmful preferential tax regimes, collectively referred to as harmful tax practices, affect the location of financial and other services activities, erode the tax bases of other countries, distort trade and investment patterns and undermine the fairness, neutrality and broad social acceptance of tax systems generally. Such harmful tax competition diminishes global welfare and undermines taxpayer confidence in the integrity of tax systems”. (OECD, 1998).

devendo sê-las tratadas como secretas e podendo sê-las acessadas por autoridades fiscais, administrativas ou judiciárias, que somente podem utilizá-las para fins de avaliação e coleta de impostos, execução, acusação ou interposição de recursos contra os contribuintes (OECD, 2017). Nesta parte, a redação literal do artigo ficou a seguinte:

Article 26 – Exchange of information

1. The competent authorities of the Contracting States shall exchange such information as is foreseeably relevant for carrying out the provisions of this Convention or to the administration or enforcement of the domestic laws concerning taxes of every kind and description imposed on behalf of the Contracting States, or of their political subdivisions or local authorities, insofar as the taxation thereunder is not contrary to the Convention. The exchange of information is not restricted by Articles 1 and 2.
2. Any information received under paragraph 1 by a Contracting State shall be treated as secret in the same manner as information obtained under the domestic laws of that State and shall be disclosed only to persons or authorities (including courts and administrative bodies) concerned with the assessment or collection of, the enforcement or prosecution in respect of, the determination of appeals in relation to the taxes referred to in paragraph 1, or the oversight of the above. Such persons or authorities shall use the information only for such purposes. They may disclose the information in public court proceedings or in judicial decisions. Notwithstanding the foregoing, information received by a Contracting State may be used for other purposes when such information may be used for such other purposes under the laws of both States and the competent authority of the supplying State authorizes such use.
3. In no case shall the provisions of paragraphs 1 and 2 be construed so as to impose on a Contracting State the obligation:
 - a) to carry out administrative measures at variance with the laws and administrative practice of that or of the other Contracting State;
 - b) to supply information which is not obtainable under the laws or in the normal course of the administration of that or of the other Contracting State;
 - c) to supply information which would disclose any trade, business,

industrial, commercial or professional secret or trade process, or information the disclosure of which would be contrary to public policy (*ordre public*) (OECD, 2017).

Vê-se, portanto, que há uma preocupação para com a proteção dos dados intercambiados, pois prevê cautelas a serem adotadas quando da recepção e do próprio uso dessas informações tributárias pelas autoridades a quem se destinam, sendo o artigo expresso e taxativo ao impor os casos em que elas devem ser utilizadas e que devem ser tratadas como secretas pelos Estados receptores da informação.

Na continuidade, porém o artigo descontrói todo o arcabouço anteriormente firmado, vez que prevê que o Estado solicitante da informação pode solicitá-la mesmo se não for utilizá-la para fins fiscais e que o Estado solicitado deve usar de todos os meios para obtê-la e repassá-la. Vejamos:

4. If information is requested by a Contracting State in accordance with this Article, the other Contracting State shall use its information gathering measures to obtain the requested information, even though that other State may not need such information for its own tax purposes. The obligation contained in the preceding sentence is subject to the limitations of paragraph 3. but in no case shall such limitations be construed to permit a Contracting State to decline to supply information solely because it has no domestic interest in such information.
5. In no case shall the provisions of paragraph 3 be construed to permit a Contracting State to decline to supply information solely because the information is held by a bank, other financial institution, nominee or person acting in an agency or a fiduciary capacity or because it relates to ownership interests in a person (OECD, 2017).

Ou seja, aparentemente de um lado o artigo protege, mas de outro descobre o contribuinte da proteção adequada das suas

informações fiscais, em nome da transparência fiscal internacional⁶ e das relações internacionais. Contudo, nos comentários ao artigo, a OCDE (2017) afirma que estes últimos parágrafos foram inclusos para refletir prévios entendimentos sobre a questão e práticas dos Estados-membros.

Apesar de claramente haver uma mudança na percepção da troca de informação tributária como mero mecanismo de aumento na arrecadação de impostos, para passar a percebê-la também como viável ao combate de outros crimes como o terrorismo⁷, precipuamente se tem-se que essa preocupação com o descobrimento de ativos não tributados fora do território nacional se deve ao fato não só de que os impostos são necessários ao funcionamento da máquina pública, mas também porque eles são, em maior ou menor grau, promotores de justiça social, vez que parte se destina à promoção de saúde, educação e outros serviços sociais à população.

Há quem diga que essa é a própria finalidade do direito tributário: “[...] fazer da arrecadação um ato de justiça social, com limites, com proteções ao contribuinte diante da força e da voracidade do Estado” (BECHO, 2009, p.342).

Isso porque, inevitável perceber que vários dos direitos fundamentais assegurados dependem, para sua proteção e garantia, dos recursos advindos da receita tributária, razão pela qual se pode afirmar que esses direitos dão suporte à atividade tributante do Estado, ao mesmo tempo em que configuram limites intransponíveis a essa mesma atividade (COSTA, 2017, p.34).

Assim, se pode perceber que a finalidade arrecadatória do Estado não é única. Ao contrário. Como bem explica Schoueri

⁶ Isso porque sabe-se que “O padrão OCDE de troca de informações presume um padrão mínimo de transparência quando um Estado tenha celebrado tratados ou adotado mecanismos unilaterais com, pelo menos, 12 países daquela Organização” (XAVIER, 2015, p.670).

⁷ Especialmente após os ataques terroristas do 11 de setembro de 2001, nos Estados Unidos, quando houve uma mudança drástica na política internacional de combate ao terrorismo. Para mais, vide MARCELINO, 2015, p. 477 e ss.

(2017 , p.45-46), ao tributar o Estado produz três efeitos na economia: distributiva, com a finalidade de redistribuir a renda e reduzir a desigualdade social; alocativa, pois a totalidade dos recursos é dividida no setor público e privado, e a incidência tributária passa a ser considerada na decisão do administrador; e estabilizador, pois objetiva alcançar ou manter um elevado nível de empregos, um equilíbrio na balança de pagamentos e uma taxa aceitável de crescimento econômico.

Em outras palavras, ainda que num primeiro momento seja difícil visualizar, o tributo tem uma função extremamente importante na garantia de direitos fundamentais que vai além da manutenção da estrutura pública por si só.

Entretanto, o que se percebe é que desde os primórdios, a instituição dos impostos se dá em verdadeira ambiguidade de valores decorrentes dos interesses públicos e privados, pois de um lado se tem o Estado que pretende arrecadar mais impostos para financiar a estrutura da Administração Pública, e de outro se tem os contribuintes que pretendem maximizar seu patrimônio (MARCELINO, 2015, p.16-17) – e, em última instância, querem valer-se livremente da sua liberdade e de sua propriedade privada.

Esta liberdade do contribuinte deve ser garantida não só em sentido *stricto sensu*, no seu direito de ir e vir, mas também na forma como irá reger e administrar seus bens, o que inclui fazer um planejamento tributário que seja adequado e condizente com as suas aspirações e seus desejos íntimos.

Nesta senda, a máxima proteção da liberdade se dá também pela própria manutenção e garantia do contribuinte à propriedade privada (BECHO, 2009, p.336), aí inclusos os seus rendimentos e patrimônios.

Por isso, visualiza-se também uma dualidade entre a própria liberdade e o imposto, vez que *“L’impôt est à la fois le prix nécessaire de la liberté, et constitue en même temps une contrainte limitant l’étendue de nos choix; de fait, il s’opposerait alors à l’idée même de liberté”* (ENGLE, 2008).

Apesar disso, o contribuinte, como detentor de direitos fundamentais e constitucionais, pode valer-se deles como instrumento de defesa, exigindo que haja do Estado uma arrecadação com respeito ao ser humano e aos valores que lhe dão dignidade (BECHO, 2009, p.342-343).

Assim, se tem que a elisão fiscal, por si só, não é causadora e nem violadora de direitos, pois é realizada sob o manto da legalidade; ao passo que, a evasão fiscal – essa repreendida pelos tratados de trocas de informações tributárias – ocorre em ofensa à ordem legalmente posta, já que o contribuinte presta falsas declarações ou recusa-se a cumprir a obrigação tributária (XAVIER, 2015, p.271).

Em realidade, o uso do instituto da elisão fiscal como método de planejamento tributário, pode, em última instância – e, ainda que um pouco exagerado, mas não sem embasamento –, caracterizar-se como meio de proteção e preservação à própria vida digna⁸ do contribuinte (ENGLE, 2008).

O que se vê, porém, é que não há um filtro e tampouco cuidado com as informações que devem ser intercambiadas, o que se mostra ainda mais evidente com a atual instauração da troca automática de informações tributárias.

Isso porque o que tem sido valorado pela OCDE nos seus últimos relatórios sobre o tema é a quantidade de tratados firmados com a temática – hoje no total de 4.500 – e o início efetivo das trocas, sem se falar da qualidade das informações que estão sendo trocadas – o que deve ocorrer apenas num próximo

⁸ Quem afirma isso é Eric Engle (2008): “*Si l'on accepte la nécessité d'un patrimoine minimum et d'une sécurité de ce patrimoine comme étant fondamentale à la vie, on pourrait ainsi défendre les droits économiques des personnes comme une émanation du droit à la vie*”.

Também, no mesmo sentido: “*Voltando nossos olhos para o pressuposto filosófico, a liberdade pode ser vista como fundamento do direito tributário a partir da existência do Estado (que precisa de dinheiro para sobreviver) e da liberdade de existência do contribuinte, incluindo o reconhecimento da necessidade de sua atividade econômica, do direito de propriedade como exteriorização do primado da liberdade e até mesmo da fixação da liberdade do contribuinte a uma vida digna*” (BECHO, 2009, p.336)

estágio de avaliação dos tratados⁹ (OECD, 2018a e 2018b, *on-line*), mesmo sabendo que o objetivo da troca das informações tributárias não será atingido se as informações que se estão sendo intercambiadas não prestarem ao fim a que se pretendia.

Ademais, tem-se que tampouco há uma preocupação dos Estados quanto a capacidade que o outro e a si próprio tem de analisar e receber essas informações e mantê-las efetivamente seguras, garantindo a privacidade dos dados do contribuinte, como pressupõe o acordo.

A título exemplificativo, mesmo sabendo que os Estados Unidos não aderem ao Modelo da OCDE, mas valem-se de seu próprio, o Fisco Americano, em relatório divulgado neste ano ao Congresso, apontou que no final do ano fiscal de 2017 mais de 59% do seu hardware era ultrapassado e que 26% do software utilizado estava duas versões aquém da comercial disponível no mercado (USA, IRS, 2018, *on-line*).

Essa situação, não é exclusiva dos Estados Unidos, mas é realidade de grande parte dos Estados, especialmente os considerados subdesenvolvidos, o que é reconhecido pela OCDE¹⁰, que estabeleceu projetos de assistência entre países desenvolvidos e subdesenvolvidos para auxiliar na implantação dos sistemas necessários à troca de informações tributárias (OECD, 2018b, *on-line*).

Afora isso, tem-se que a questão tecnológica especialmente no que diz respeito à segurança do intercâmbio e da manutenção das informações em um ou outro Estado, poderia ser facilmente solucionada se os países se valessem das novas tecnologias, como o

⁹ “It should also be noted that Part 1 of Table 2 only shows the actual exchanges that took place in 2018 (with the paragraphs above providing the context for the information therein). It does not provide an assessment of the quality of the information exchanged, which the receiving jurisdictions are currently processing and utilising. The quality of the information exchanged can therefore only be assessed at a later stage” (OECD, 2018a, *on-line*).

¹⁰ “Developing countries that do not host a financial centre were not asked to commit to the same timelines, recognising the particular challenges they face to implement AEOI [...] Operational and IT aspects also need to be implemented to provide for the exchanges. This element includes ensuring the IT and operational aspects are in place to receive the information from financial institutions and to transmit it to each exchange partner” (OECD, 2018b, *on-line*).

blockchain. Entretanto, por conta de algumas ressalvas de alguns países relacionadas a confiabilidade da tecnologia, especialmente por sê-la mais comumente utilizada em criptomoedas, sua implantação ainda está sendo analisada pela OCDE ¹¹ (2018b, *on-line*).

Isso não exclui, contudo, o fato de que o contribuinte não tem opção de permitir ou negar o compartilhamento das suas informações – ele apenas as têm por força do tratado firmado pelo seu Estado, independentemente da existência de lei que garante o sigilo bancário¹², sob pena de ser responsabilizado internacionalmente caso se negue a trocar as informações (XAVIER, 2015, p.773).

Ou seja, o limite para intercâmbio das informações tributárias deve se dar desde logo da assinatura do tratado internacional, respeitando as leis e normas já vigentes em ambos os Estados, ou por meio da apresentação de emenda, caso o tratado original assim o permita.

Nessa história, até que se haja uma maior regulamentação e garantia de que os dados intercambiados sejam efetivamente preservados, quem sai perdendo é o contribuinte, que deve se submeter a confiar que o Estado que receber suas informações irá mantê-las resguardadas e que serão utilizadas apenas pelas autoridades a que se destinam – afinal, o sigilo também é um dever assumido por força do tratado.

¹¹ “Beyond income tax, the Interim Report also recognised that digitalisation and technology are providing opportunities as well as new challenges for tax policy and administration purposes. For example, blockchain gives rise to both new, secure methods of record-keeping, potentially allowing for enhanced registration and authentication of taxpayers, protection of confidentiality and overall, an easier way to improve taxpayers’ compliance and to collect tax revenues. Some countries are also concerned that some of blockchain technology applications, such as crypto-assets, may pose risks to the gains made on tax transparency in the last decade by masking the identity of those sending and receiving payments. The OECD is therefore analysing the risks and possible responses. Work is already underway to better understand and address these developments” (OECD, 2018b, *on-line*).

¹² Neste sentido, também Heleno Tórres: “[...] para as relações entre os Estados contratantes, nenhuma outra matéria pode ser alegada como justificativa para a não realização da prestação informativa. Os preceitos que na ordem interna garantem o sigilo fiscal não podem prevalecer contra o dever de troca de informações, assumido em sede convencional por mútuo consentimento” (TÓRRES, 2001, p. 675).

Isso não exige a preocupação que se tem quanto o grau de respeitabilidade deste dever e sua relação com as normas internas de confidencialidade (*confidentiality law*), que são distintas de jurisdição para jurisdição (TÓRRES, 2001, p.676), motivo pelo qual entende-se que a situação não pode permanecer na “lealdade entre fiscos” (JOBIM, 2004, p.499).

De qualquer sorte, os direitos fundamentais não se encontram na esfera de disponibilidade dos poderes públicos quando da assunção de tratados internacionais, de modo que a Administração Tributária está vedada a fornecer informações que possam eventualmente feri-los (JOBIM, 2004, p.480).

Inclusive, é possível aos contribuintes se valerem de procedimentos que salvaguardem esses direitos, notadamente o direito de ser informado quando há a solicitação de envio de suas informações, o direito de participar das investigações no Estado solicitante da informação e o direito de contestar eventual decisão no outro Estado baseada nos dados pessoais obtidos através do intercâmbio de informações (AVI-YONAH e MAZZONI, 2016), garantindo o direito ao contraditório e, especialmente, a ampla defesa, essenciais para assegurar e preservar os seus interesses, a sua propriedade e, em última instância, sua liberdade.

Conclusão

Assim, se de um lado o tratado de troca de informações tributárias permite ao Estado retomar ativos que foram ilicitamente evadidos para outro para ser utilizado tanto para manter a estrutura da Administração quanto para promover a justiça social, de outro o contribuinte quer ter sua liberdade, inclusive de valer-se de outros sistemas tributários para fazer um planejamento que lhe convenha, e sua privacidade garantidas.

Não se pode, de qualquer sorte, excluir totalmente os esforços que estão sendo envidados pelos Estados desde o início do estabelecimento do modelo do tratado para aprimorar a garantia

da segurança da troca dessas informações, tanto que já houve modificação em diversas vezes da redação do artigo que trata desse intercâmbio.

Ademais, o projeto implantado pela OCDE de assistência entre os países desenvolvidos e subdesenvolvidos se mostra como uma iniciativa essencial a minimizar as diferenças havidas entre uns e outros, mas ainda não são suficientes a garantir essa segurança.

Isso porque ainda há evidências de que o direito fundamental à privacidade dos contribuintes não esteja sendo respeitado, razão pela qual é urgente a necessidade de se estabelecer critérios mais rígidos e adotar novas tecnologias, como blockchain, para efetivamente assegurar o sigilo das informações intercambiadas e preservar os direitos fundamentais desses contribuintes.

Referências

- AVI-YONAH, Reuven S. et MAZZONI, Gianluca. **Taxation and Human Rights: A Delicate Balance**. September 5, 2016. University of Michigan. Public Law Research Paper No. 520. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2834883>>. Acesso em 18 dez. 2018.
- BECHO, Renato Lopes. **Filosofia do Direito Tributário**. São Paulo: Saraiva, 2009.
- COSTA, Regina Helena. **Curso de Direito Tributário**. 7 ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.
- ENGLE, Eric Allen. **Les Droits De L'Homme Et L'Impot**. September 22, 2008. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=1271870>>. Acesso em 18 dez. 2018.
- G20. London Summit. **Leaders' Statement**. 2 April 2009. Disponível em: <<http://www.g20.utoronto.ca/2009/2009communique0402.pdf>>. Acesso em 17 dez. 2018.
- JOBIM, Eduardo. A Troca de Informações no Direito Tributário Internacional. In: TÓRRES, Heleno Taveira (Org.). **Direito Tributário Internacional Aplicado - Volume IV**. São Paulo: Quartier Latin, 2004. p.475-508.

- MARCELINO, Jorge. **Los Centros Offshore: La utilización del sistema tributario como vehículo a la atracción del capital internacional.** 2015. Tesis doctoral: Universidad de Barcelona, Barcelona.
- OECD. **Draft Convention for the avoidance of double taxation with respect to taxes on income and capital.** Fiscal Committee. Paris, 21st February, 1963.
- OECD. Global Forum on Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes. **Automatic Exchange of Information Implementation Report 2018.** 2018. Disponível em: <<http://www.oecd.org/tax/transparency/AEOI-Implementation-Report-2018.pdf>>. Acesso em 17 dez. 2018.
- OECD. **Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version 2017.** 2017. Disponível em: <<http://www.oecd.org/ctp/treaties/model-tax-convention-on-income-and-on-capital-condensed-version-20745419.htm>>. Acesso em 17 dez. 2018.
- OECD. **Secretary-General Report To The G20 Leaders.** Buenos Aires, Argentina. December 2018. Disponível em: <<http://www.oecd.org/tax/oecd-secretary-general-tax-report-g20-leaders-argentina-dec-2018.pdf>>. Acesso em 17 dez. 2018.
- OECD. Working Party nº 1 on Double Taxation of the Committee on Fiscal Affairs. Working Group nº 31. **Interim Report on Article 26.** CFA/WP1 (73)12. Paris, 9th November, 1973.
- SCHOUERI, Luís Eduardo. **Direito tributário.** 7. ed. São Paulo : Saraiva, 2017.
- TÔRRES, Heleno. **Pluriributação internacional sobre a renda de empresas.** 2 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.
- UNITED STATES OF AMERICA. Department of the Treasury. Internal Revenue Service. **Congressional Budget Justification and Annual Performance Report and Plan.** 2018. Disponível em: <<https://www.treasury.gov/about/budget-performance/CJ19/05.%20IRS%20FY%202019%20CJ.pdf>>. Acesso em 17 dez. 2018.
- XAVIER, Alberto. **Direito tributário internacional do Brasil.** 8 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

Noções de liberdade, poder e justiça para liberais e libertários

Amanda Gonçalves Benvenuti Pozzobon¹
Thayse Cristine Pozzobon²

1. Introdução

No cenário político atual, muitas constatações são discutidas e lançadas ao ar sobre a aplicação da justiça, os rumos da democracia e os limites das liberdades individuais. Na realidade cada vez mais incerta e imprecisa, os posicionamentos políticos são confundidos e dispersos, acusam-se mutuamente e procuram alguma segurança no terreno movediço da política brasileira. De um lado, avança a onda do conservadorismo político e social, que se apoia em argumentos de desenvolvimento financeiro para defender ideais liberais e libertários de Estado no plano da economia. De outro lado, os movimentos sociais e as pautas progressistas procuram firmar suas ideologias na luta por igualdade social e econômica, afastando a intervenção estatal nos assuntos referentes à realização pessoal.

¹ Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná – Prêmio Professor Teixeira de Freitas. Mestranda em Direito na área de concentração Relações Sociais da Universidade Federal do Paraná. Oficial Delegada e Conciliadora Voluntária no Estado do Paraná.
Contato: amandagbenvenuti@gmail.com

² Bacharel e Mestranda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Bolsista produtividade CAPES/PROEX. Especialista em Direito Público pela Escola da Magistratura do Paraná. Pesquisadora-adjunta integrante do Núcleo de Pesquisas – Sistema Criminal e Controle Social da Universidade Federal do Paraná – Programa de Pós-Graduação. Professora e advogada.
Contato: tcpozzobon@gmail.com

Essas circunstâncias certamente revelam algumas das incongruências dos posicionamentos assumidos pelos diferentes grupos políticos. No Brasil, ilustrativas as pautas liberais associadas a grupos que defendem a mínima intervenção estatal no âmbito econômico - e, conseqüentemente, nas relações sociais estabelecidas no ambiente de trabalho, por exemplo - mas, ao mesmo tempo, adotam uma postura conservadora quanto às práticas sociais, apoiando em muitos casos projetos como a “cura gay”, que tratam da intervenção estatal na sexualidade dos indivíduos. Neste artigo, tem-se como foco de análise os pensamentos liberais e libertários, com os quais muitos desses grupos se identificam, embora acabem se afastando das teorizações elaboradas pelos autores defensores dessas correntes. Objetiva-se, assim, traçar um breve panorama das construções desses pensadores para voltar às raízes das teorias liberais e libertárias.

Dessa forma, neste trabalho, busca-se refletir acerca das temáticas referentes às liberdades individuais, à atuação do poder público e à efetivação da justiça, a partir das teorias elaboradas e desenvolvidas pelos principais autores liberais e libertários. Ao se traçar um panorama desde o contratualismo de John Locke até a teoria da justiça de Phillip Pettit, almeja-se explorar como, em seus próprios espaço-tempo, têm encarado a intervenção do poder público nas liberdades individuais e como, por sua vez, essa intervenção pode ou deve afetar a aplicação da justiça social. O intuito principal, assim, é retornar à base dessas teorizações para que se possa problematizar os posicionamentos atualmente assumidos por alguns setores da sociedade brasileiro

2. Do contratualismo ao utilitarismo: a liberdade individual de John Locke e Stuart Mill

O primeiro dos grandes pensadores liberais foi, sem dúvida, John Locke. O teórico inglês nasceu em 1632 e foi forte opositor do parlamento da Inglaterra e do rei Carlos II. Defendeu, em suas

obras, que o consentimento expresso dos governados é a única fonte do poder político legítimo; foi contra, pois, o argumento de direito divino dos reis, bem como contrário às tradições e ao uso da força. Por conta de seus pensamentos e de suas obras, Locke foi uma enorme influência nas revoluções liberais da época moderna (MELLO, 2000, p. 82-84).

Autor de seu tempo, John Locke estabelece o estado de natureza como premissa de sua teoria política contratualista, centrada na liberdade, sendo assim considerado o grande teórico do liberalismo. Crítico implícito de Thomas Hobbes, entendeu que no estado de natureza não vigora um estado de guerra, sendo os homens, livres e iguais, regidos pelas regras da razão e da equidade comum (LOCKE, 1994, p. 84). Diferentemente de Hobbes, ainda, Locke defendeu a existência da propriedade já no estado de natureza, ao considerá-la um direito natural do indivíduo, e que, portanto, não poderia ser violado pelo Estado. Como fundamento originário da propriedade, na concepção lockiana, está o elemento do trabalho: ao incorporar o trabalho à matéria dada por Deus, que se encontra em estado natural, o ser humano a transforma em sua propriedade privada, estabelecendo sobre ela um direito que exclui todos os demais indivíduos (LOCKE, 1994, p. 98). Devido a essa percepção, muitos consideram Locke como precursor da teoria do *valor-trabalho*, desenvolvida posteriormente por Adam Smith e David Ricardo (MELLO, 2000, p. 88-86).

Não obstante, é preciso destacar que Locke não imaginou o estado de natureza como uma espécie de paraíso. Consciente de que podiam existir transgressores, o autor considerava que, no estado de natureza, cada indivíduo possuía o poder de punir o ofensor e proteger o inocente. No entanto, para ele, não era conveniente que cada homem tivesse o poder de punir, tendo em vista a grande chance de ocorrerem excessos (LOCKE, 1994, p. 88-90). Nessa medida, ganhou relevância a sua teorização sobre o contrato, a sociedade civil e o governo.

Nesse sentido, tem-se que o contrato social pensado por Locke é um *pacto de consentimento*, no qual os homens concordam livremente em formar a sociedade civil para preservar e consolidar os direitos que possuíam no estado de natureza, protegidos sob o amparo da lei. Dessa forma, para o autor, os principais fundamentos do estado civil seriam: o livre consentimento dos indivíduos para a formação da sociedade; o livre consentimento da comunidade para formação de um governo; a proteção do direito de propriedade pelos governos; e o controle do governo pela sociedade (MELLO, 2000, p. 95-97).

John Locke possui, portanto, grande apreço pela noção de liberdade. Para o autor, no estado de natureza, embora sujeito a suas leis, o homem está livre de qualquer poder superior na terra. Na sociedade política, por outro lado, ele está submetido a uma autoridade terrena comum não absoluta e deixa, assim, de estar à mercê do exercício imprevisível da liberdade natural de outros homens. Nessa linha, entende-se que, na concepção Locke, a lei não é incompatível com a liberdade; ao contrário, a lei é indispensável à liberdade, garantindo que não sofra restrição (LOCKE, 1994, p. 133-138).

A ideia de liberdade permeia o pensamento político de Locke e influencia muitos de seus pontos importantes, como o direito de resistência a um governo tirano, por exemplo. Em caso de opressão e tirania, o autor defende a liberdade de se dissolver o estado civil e voltar ao estado de natureza. Essa ideia de liberdade, contudo, não implica restrição à desigualdade econômica, tampouco envolve algum tipo de ajuda aos mais pobres. Locke propõe, inclusive, uma política repressiva contra a mendicância, que, em sua visão, corresponde à falta de disciplina e corrupção dos costumes (MELLO, 2000, p. 87-88).

Mais de um século mais tarde, John Stuart Mill testemunhou mudanças importantes na economia, na política e na sociedade do mesmo país onde John Locke lutou contra o absolutismo, a Inglaterra. Stuart Mill foi contemporâneo do apogeu da Revolução

Industrial, e, por consequência, do Império Colonial Britânico. O teórico vivenciou, por isso, o surgimento das classes operárias britânicas, da burguesia industrial e financeira, e a universalização da economia de bases monetárias (balbachevsky, 2001, p. 191). Em meio a esse cenário, desenvolveu um liberalismo despido do conservadorismo tão comum a esse pensamento, passando a defender, por exemplo, o voto universal, a emancipação da mulher e solução das demandas do movimento operário. O autor, portanto, buscou aproximar o liberalismo dos ideais democráticos do século XIX, preocupando-se em dotar o estado liberal de mecanismos capazes de institucionalizar uma participação ampliada dos cidadãos.

Para colocar em prática essa aproximação entre o liberalismo e a democracia, Stuart Mill propôs duas medidas: primeiro, a adoção de um sistema eleitoral proporcional, que garantiria a representação das minorias; e, segundo, a adoção do voto plural, isto é, o voto com pesos diferentes. Segundo o autor, na medida em que os interesses privados se polarizavam entre a classe dos proprietários dos meios de produção e a classe dos trabalhadores, era preciso um terceiro grupo que estivesse comprometido com a justiça, que seria a classe das elites culturais. Com esse pensamento, Mill funda uma teoria baseada na utilidade da democracia e da liberdade, defendendo ser melhor um governo democrático porquanto nele há condições propícias para o desenvolvimento da capacidade de cada cidadão (balbachevsky, 2001, p. 194-198).

Em sua obra “Sobre a Liberdade” (MILL, 2006, p. 49), o autor afirma que já se havia passado o tempo no qual seria necessário defender a liberdade de expressão contra governos tirânicos e absolutistas. Stuart Mill aponta, assim, que uma sociedade livre cria condições para que a justiça e a verdade subsistam, uma vez que proporciona o choque das opiniões e o confronto de ideias. Nessa obra, Mill apresenta quatro fundamentos com base nos quais reconheceu que a liberdade de opinião e de

expressar opiniões são necessárias para o bem-estar mental da humanidade: i) para ele, ainda que uma opinião seja votada ao silêncio, ela pode ser verdadeira; ii) no mesmo sentido, embora a opinião silenciada esteja errada, pode conter uma porção de verdade, o que frequentemente acontece; iii) mesmo que a opinião dominante não seja apenas verdadeira, constitui também a verdade por inteiro, e, a não ser que ela seja honestamente contestada, será mantida como um preconceito pelos que a aceitam, havendo pouca compreensão em relação aos seus fundamentos racionais; iv) o próprio significado da doutrina estará em perigo se perdido do seu efeito vital sobre o caráter e a conduta, tornando-se o dogma uma mera crença formal e ineficaz, impedindo o aparecimento de qualquer convicção real e sentida (MILL, 2006, p. 101-103),

No entendimento do autor, na medida em que a humanidade se desenvolve, o número

de doutrinas que já não são questionadas aumenta constantemente; o bem-estar da humanidade, com isso, pode ser medido pelo número de verdades que já não são contestadas. A maioria das pessoas, segundo ele, estando satisfeitas com os costumes atuais da humanidade, não consegue compreender porque esses costumes não são bons para todos. Dessa forma, observa-se que, para Mill, o princípio do progresso é antagônico à influência do costume. Ele destaca ainda que a originalidade é um elemento valioso para a humanidade; há, pois, sempre a necessidade de existirem aqueles que não apenas introduzem coisas novas, mas também continuam a dar vida às coisas que já existem (MILL, 2006, p. 114-121).

Por fim, apesar de valorizar a liberdade individual, no capítulo IV de sua obra, Mill coloca uma restrição à liberdade do indivíduo: a de que sua liberdade não pode prejudicar os demais. Segundo ele, quando a opinião do indivíduo não ofende outros, ele não pode ser punido por meio da lei, apenas por meio das opiniões alheias; porém, quando a sua opinião prejudica interesses de outras pessoas, deve estar sujeito à jurisdição da

sociedade. Para Stuart Mill, dessa forma, sempre que há um dano claro ou um risco evidente de dano, seja para um indivíduo, seja para a coletividade, o caso não se trata mais de uma questão de liberdade, sendo deslocado para o campo da moralidade ou da lei. A liberdade, afinal, não tem origem no direito natural, que é negado veemente pelo autor utilitarista. Ela se garante, em sua concepção, por meio do conflito, devendo ser limitada quando prejudica outros indivíduos (MILL, 2006, p. 133-139).

3. A oposição entre a teoria da justiça e o libertarismo: de John Rawls a Robert Nozick

Em contraposição aos teóricos utilitaristas - e, por consequência, a Stuart Mill - John Rawls, em 1971, propõe sua teoria da justiça, trazendo novas ideias às teorias contratualistas. A principal divergência de Rawls das teorias utilitaristas está relacionada à sua rejeição, por completo, da maximização da utilidade dada pelo utilitarismo, acreditando que essa ideia contradiz as bases de uma democracia liberal (QUINTANILHA, 2010, p. 33).

Em sua obra, “Uma Teoria da Justiça”, assim, Rawls se opõe aos utilitaristas, sobretudo à corrente do utilitarismo que defende ser justo um sistema social se aprovado por um espectador idealmente racional e imparcial que ocupa um ponto de vista geral e possui todo o conhecimento pertinente das circunstâncias. Segundo Rawls, os princípios que orientam esse *espectador ideal* não são compatíveis aos de uma justiça equitativa, porque não há como garantir uma concordância plena a partir do princípio clássico da utilidade, que desconsidera a distinção entre as pessoas (RAWLS, 2000, p. 201).

Nesse sentido, John Rawls evidencia que o traço essencial de sua concepção contratualista da justiça é a estrutura básica da sociedade. Ao problematizar esse elemento, pois, o autor rejeita tanto a concepção utilitarista de Bentham e Mill, quanto a libertária de Nozick (QUINTANILHA, 2010, p. 35), que defende a existência de um

estado mínimo. Para Rawls, o estado mínimo inviabilizaria a ideia de justiça equitativa, uma vez que, caso essa estrutura não fosse convenientemente regulada e ajustada, o processo social não poderia ser justo (QUINTANILHA, 2010, p. 6-9). Em sua teoria da justiça, afinal, uma sociedade é justa quando seus arranjos institucionais básicos, ou seja, sua *estrutura básica*, colocam em prática dois princípios básicos da justiça. O primeiro se refere à necessidade de cada pessoa ter direito ao sistema mais abrangente de liberdades básicas de forma igual. O segundo princípio, por sua vez, trata da desigualdade, estabelecendo que as desigualdades econômicas e sociais estejam dispostas de forma a promover o máximo benefício para os menos favorecidos - princípio da diferença, bem como estejam vinculadas a cargos e posições abertas a todos em condições de igualdade de oportunidades (RAWLS, 2000, p. 376).

Com o cumprimento desses dois princípios, Rawls acredita que se criaria um ambiente propício para o autorrespeito à efetividade da cooperação social, que abrange tanto a ideia de próprio valor, quanto à noção de confiança na própria capacidade (RAWLS, 2000, p. 544). Ademais, sobre o princípio da diferença, pauta de uma das maiores críticas de Nozick à teoria rawlsiana, o autor entende que não há justiça ou injustiça no fato de certos indivíduos nascerem em posições sociais privilegiadas. Essas condições, em seu entendimento, fazem parte de um bem natural, e o princípio da diferença não tem como objetivo a abolição de diferenças decorrentes das contingências, mas sim da forma como as instituições sociais lidam como esse fato (RAWLS, 2000, p. 122). Sobre esse assunto, Rawls explica que:

"O princípio de diferença representa, com efeito, um acordo no sentido de se considerar a distribuição dos talentos naturais em certos aspectos como um bem comum, e no sentido de compartilhar os benefícios econômicos e sociais maiores propiciados pelas complementaridades dessa distribuição. Os que foram favorecidos pela natureza, quem quer que sejam, só podem beneficiar-se de sua boa sorte em condições que melhorem a

situação dos menos afortunados. Os naturalmente favorecidos não devem beneficiar-se apenas por serem mais talentosos, mas somente para cobrir os custos de educação e treinamento dos menos favorecidos e para que usem seus talentos de maneira que também ajudem os menos favorecidos. Ninguém merece sua maior capacidade natural nem um ponto de partida mais favorável na sociedade. Porém é claro que isso não é motivo para ignorar, muito menos eliminar, as diferenças. Pelo contrário, pode-se organizar a estrutura básica de forma que essas contingências funcionem para o bem dos menos afortunados” (RAWLS, 2000, p. 219).

No mais, Rawls dá grande relevância, também, à distribuição de bens; a teoria da justiça rawlsiana, nesse viés, tem implicações diretas no que se refere à forma como os bens primários são distribuídos na sociedade. De acordo com o autor, os bens primários sociais, como os direitos, as liberdades e as oportunidades, são distribuídos pelo que ele chama de *estrutura básica da sociedade*; já bens naturais, como a saúde, inteligência e a imaginação, apesar de estarem ligados à estrutura básica, não estão sob seu controle imediato e não podem ser distribuídos por ela – por esse motivo, são importantes para a teoria da justiça rawlsiana (RAWLS, 2000, p. 76).

Contudo, conforme já mencionado, a teorização de Rawls foi contraposta por Robert Nozick, filósofo estadunidense da segunda metade do século XX, em sua obra “Anarquia, Estado e Utopia”. Nozick, nessa obra, cria uma teoria da justiça alternativa àquela proposta por seu contemporâneo, a partir do seguinte pressuposto:

"Contra a tese de que tal Estado - Estado amplo - se justifica, a fim de realizar ou produzir justiça distributiva entre os cidadãos, formulo uma teoria de justiça - a teoria do título, ou direito, a coisas - que não requer qualquer Estado mais amplo, e o emprego do aparato dessa teoria a fim de dissecar e criticar outras teorias de justiça distributiva que propõem um Estado mais extenso, focalizando principalmente a recente e fortemente documentada teoria de John Rawls" (NOZICK, 1991, p. 12).

Na mesma lógica, o autor faz uma diferenciação importante entre o *libertarismo* e o *liberalismo igualitário*. Em sua concepção, a garantia de direitos individuais deve ser adequadamente interpretada como *restrição à ação* e não como um *estado final a ser realizado*. Nas palavras de Nozick:

"O liberalismo - pode colocar a não-violação de direitos como uma restrição à ação, e não transformá-la no estado final a ser atingido. A posição adotada por esse proponente do Estado ultramínimo será coerente se sua concepção de direitos sustentar que o fato de você ser *forçado* a contribuir para o bem-estar de outrem viola-lhe os direitos, ao passo que ninguém mais estar fornecendo-lhe coisas de que você necessita, incluindo coisas essenciais à proteção de seus direitos, não os viola em si, mesmo que ele não torne mais difícil para outra pessoa violá-lo" (NOZICK, 1991, p. 45).

A principal distinção de Rawls e Nozick, nesse sentido, está nas formas como cada um concebe, no âmbito principiológico, a força que atribuímos aos direitos (RÉ, 2015, p.13). Na concepção rawlsiana, a ênfase da análise normativa recai sobre os efeitos dos arranjos institucionais. Em outras palavras, tem-se que, para Rawls, a estrutura institucional só pode ser normativamente justificável se proporcionar a todos os direitos, recursos e oportunidades que permitam a cada indivíduo realizar sua própria concepção de vida boa. Por outro lado, Nozick rejeita uma interpretação *consequencialista* e institucional-coletiva de direitos, para adotar, por sua vez, uma concepção dos direitos como *restrições laterais* à ação (RÉ, 2015, p.14). Dessa forma, afirma que "os direitos não determinam a ordenação social, mas sim um conjunto de limitações, dentro das quais a escolha social deve ser feita pela exclusão de alternativas, a fixação de outras, e assim por diante" (NOZICK, 1991, p. 185).

No entendimento do autor, então, cada indivíduo pode fazer o que bem entender a fim de realizar sua concepção própria de vida

boa, desde que não viole os direitos alheios. Ao contrário de Rawls e sua teoria do princípio da diferença, Robert Nozick entende que as privações alheias não são diretamente causadas pela sociedade. Para ele, ninguém é responsável pelas violações ou privações acometidas aos outros porque deixa de fazer algo que estava sob seu alcance para evitar ou diminuir a desigualdade entre os indivíduos. O autor procura, assim, desconstituir a suposição de que a transferência de uma parte das possessões dos mais privilegiados aos menos favorecidos seja uma questão de justiça.

Em sua concepção de justiça distributiva, por outro lado, três princípios são relevantes: primeiro, a pessoa que adquire uma propriedade de acordo com o princípio de justiça na aquisição tem direito a essa propriedade; segundo, a pessoa que adquire uma propriedade em conformidade com o princípio de justiça em transferências, de alguém mais com direito à propriedade, tem direito à propriedade; terceiro, ninguém tem direito a uma propriedade exceto por pelos princípios primeiro e segundo (VITA, 2007, p. 172). Diante dessas considerações, a principal objeção de Nozick à teoria *estruturalista* é a de que, nela, os recursos podem ser distribuídos à vontade, sem levar em conta as titularidades, o processo de aquisição original das posses. Para justificar tal posição, o autor então recorre à teoria de Locke, entendendo ser a propriedade um direito natural do indivíduo, adquirida por meio de seu trabalho (RÉ, 2015, p. 20).

4. Noções contemporâneas: considerações de Jean Rivero, Ronald Dworkin e Phillip Pettit sobre liberdades públicas, poder político e justiça.

No mesmo período durante o qual Nozick elaborou suas teorizações nos Estados Unidos, o francês Jean Rivero, em 1973, trouxe à tona o conceito de *liberdades públicas*. Durante muito tempo, nenhum ensino distinto foi consagrado às liberdades públicas na França, já que apenas em 1962 a matéria foi

determinada como obrigatória, em razão dos seguintes motivos: primeiro, pela preocupação prática, porque algumas regulamentações próprias das liberdades não encontravam muito espaço nos cursos a que estavam ligadas; segundo, pela preocupação do ponto da formação jurídica, que necessitava de estudos pluridisciplinares (RIVERO, 2006, p. 3-6).

O curso de liberdades públicas, assim, rompeu os compartimentos estanhos que

separavam os ramos do Direito, ao mesmo tempo em que permitiu descobrir a unidade do sistema em seu nível mais profundo. “Esse Direito, para além dos conhecimentos práticos trazidos por seu estudo, constitui uma disciplina de síntese, a um só tempo ponto de convergência e explicação de muitas regras provenientes de outras disciplinas” (RIVERO, 2006, p. 5), incluindo a preocupação com os debates do presente sobre os direitos humanos e fundamentais e seu espaço no mundo jurídico. O conceito de liberdades públicas, assim, pensado por Rivero, tem uma difícil definição, uma vez que direitos humanos (*droits de l’homme*), direitos fundamentais (*droits fondamentaux de la personne*) e liberdades públicas (*libertés publiques*) são todas noções que se confundem, e não há como saber se correspondem à mesma noção ou a coisas diferentes (RIVERO, 2006, p. 7).

Embora existam essas complicações, Reviso insiste que é preciso encontrar um critério para definir *o que é liberdade pública* e determinar quais são essas liberdades. Por esse motivo, ele se utiliza do método do significado das palavras e das coisas, iniciando sua reflexão com uma definição clássica de liberdade: *condição do homem que não pertence a nenhum senhor e poder de agir ou não agir*. Na sequência, define sua esfera pública, relacionando-a com a intervenção do poder. Rivero acaba por entender, dessa forma, que o que torna pública uma liberdade é a intervenção do poder em reconhecê-la e regulamentá-la. As liberdades públicas são, assim, poderes de autodeterminação consagrados pelo direito positivo (RIVERO, 2006, p. 9).

Na concepção de Rivero, ao fim e ao cabo, as liberdades públicas são direitos que reconhecem ao ser humano, nos campos diversos da vida social, o poder de escolher seu comportamento - poder esse organizado pelo direito positivo, que lhe confere uma proteção reforçada e o eleva ao nível constitucional em direito interno, ao nível supra legislativo em direito europeu. A partir desse conceito, o teórico diferencia as liberdades públicas e os direitos humanos. Em seu entendimento, tais conceitos não se situam no mesmo plano e não têm o mesmo conteúdo. Os direitos humanos, de acordo com o autor, são direitos naturais que são observados independentemente de uma positivação, enquanto as liberdades públicas são uma espécie de direitos humanos de uma natureza bem definida, porque constituem poderes de escolha (RIVERO, 2006, p. 12).

No mesmo campo de reflexão, ao analisar questões eferentes às liberdades humanas,

Robert Dworkin contrapõe-se à teoria rawlsiana por identificar falhas no que tange à tentativa de Rawls de mostrar que as liberdades básicas são mais importantes do que as diferenças econômicas e sociais (DALL'AGNOL, 2005, p. 57). Em seu artigo "*The Original Position*", Dworkin faz críticas a Rawls e seu modelo construtivista, procedimental, e, também, aos modelos naturalistas de justificação, para apontar que o fundamento do primeiro princípio da justiça é o direito originário que cada pessoa tem de ser respeitada e considerada de modo igualitário (DWORKIN, 1989, p. 46). Para de Dworkin, "o direito ao igual respeito não é um produto do contrato, mas a condição de admissão na posição original" (DWORKIN, 1989, p. 51).

Por outro lado, o autor não chega a assumir a posição de Nozick. Embora concorde com a percepção segundo a qual os indivíduos possuem direitos, que são invioláveis, Dworkin discorda que esses direitos existam independentemente do Estado civil, em uma espécie de estado de natureza. Discorda, ainda, do papel quase exclusivo dado por Nozick ao direito à propriedade e, por

consequência, de sua concepção minimalista de Estado e das funções que ele deve cumprir, a saber, de garantir esse direito e de zelar pela segurança dos cidadãos. Em seu ensaio “*Rights of Trumps*”, Dworkin acaba por considerar direitos como *trunfos políticos* possuídos por determinados indivíduos (DWORKIN, 1984, p. 153): conforme explica Dall’agnol:

"Dworkin nega que a noção de direitos individuais esteja em conflito com a igualdade. Nega, também, que defender direitos implique num abandono da noção clássica de bem comum que parece ser realmente o fim último da política. Quer dizer, o bem-estar social não precisa estar em oposição aos direitos individuais. O conflito é, para Dworkin, apenas aparente e de superfície. No fundo, tanto direitos individuais quanto o bem-estar social estão fundados na igualdade" (DALL’AGNOL, 2005, p. 59).

Outrossim, o autor critica as teorias políticas do bem-estar social, representadas, principalmente, pelo utilitarismo. O princípio fundamental do utilitarismo é que o bem-estar de qualquer indivíduo não pode contar mais do que o bem-estar geral, e, portanto, a ideia de que um indivíduo possua direitos que podem se sobrepor ao bem comum é rechaçada por alguns utilitaristas que primam pela maximização da felicidade geral. Para Dworkin, essa teoria tem falhas em sua justificação, porque deveria se pautar na igualdade, e não no prazer como bem em si. Em “*A Matter of principles*” e “*Law’s empire*”, portanto, defende que o Direito é interpretação e não invenção (DWORKIN, 1984), entendendo que a parte normativa da estrutura jurídica deve ser formada por três preceitos básicos: legislação, adjudicação e concordância.

Contemporâneo a Dworkin, Philip Pettit, teórico político irlandês, teoriza, por sua vez, com base nas considerações de Nozick, que o conceito de liberdade deve levar em conta conotações de responsabilidade, subdeterminação e posse (PETTIT, 2007, p. 10).

De forma geral, o autor defende que o indivíduo é livre quando pode ser responsabilizado por aquilo que faz no exercício de sua

liberdade (PETTIT, 2007, p. 1). Pettit, assim, afirma que a liberdade pode ser discutida nos domínios da ação, do *self* ou da pessoa. A liberdade da ação, para ele, seria aquela efetivada por um agente em uma ou outra ocasião, enquanto a liberdade do *self* traz o elemento de autoria: a liberdade do ser que decorre de sua habilidade de identificação com as coisas que realiza. Por fim, a liberdade da pessoa é aquela de desfrutar de um status social que lhe imprima verdadeiramente a autoria da ação (PETTIT, 2007, p. 5).

A teoria da liberdade de Pettit, nesse sentido, tem como base uma ligação entre o fato de ser livre e o de ser considerado responsável. Para ele, *dever* implica *poder*. Se um *dever* é direcionado a um sujeito, supõe-se que exista um *poder* adequado presente. De acordo com o autor, “o sujeito é um agente livre e a sua ação é uma ação livre, na medida em que é capaz de ser considerado responsável pela escolha relevante” (PETTIT, 2007, p. 16-17). Ter a completa adequação para ser considerado responsável é o mesmo que ter a completa qualificação para receber qualquer nível de elogio ou de culpa oferecido, destacando-se que a prática de imputar elogios e culpas e considerar a pessoa responsável, ou se considerar responsável, é tanto uma questão de sensibilidade e afeto quanto um problema de cognição e julgamento. Por esse motivo, emoções como ressentimento, indignação e gratidão, bem como sentimentos de culpa e inocência no caso da autoanálise, precisam ser considerados. Em suma, merecer uma reação é o mesmo que ser adequado para ser considerado responsável (PETTIT, 2007, p. 22-23).

Apesar dessa percepção, Pettit entende que a pessoa não está totalmente livre em certas condições como, por exemplo, quando não tem consciência da disponibilidade de opções em determinada circunstância, ou é vítima de coação ou coerção. Tais situações removem ou reduzem sua responsabilidade, destruindo ou diminuindo sua liberdade, uma vez que para o autor não há liberdade sem responsabilidade. Ele considera, ainda, a adequação

para o sujeito ser considerado responsável como argumento principal para conceituar a liberdade (PETTIT, 2007, p. 28-29).

Pettit argumenta, nesse viés, que não faz sentido a ideia de que, se alguém faz alguma coisa livremente, ainda assim não pode ser considerado responsável por isso. Portanto, pressupõe uma conexão *a priori* entre ser livre e ser responsável, porquanto quando se é livre para fazer uma certa escolha, então se é responsável por qualquer coisa que se faça, satisfeitas uma variedade de limitações - como a necessidade do agente reconhecer as opções disponíveis na escolha e ser capaz de reconhecer os padrões do certo e do errado e aplicá-los a si próprio (PETTIT, 2007, p. 28-29)

5 Conclusão

Na linha traçada, pode-se concluir que o poder e a liberdade são noções compreendidas por liberais e libertários com algumas aproximações, mas também com alguns distanciamentos. Conforme se tratou neste trabalho, um dos primeiros autores liberais a construir sua teorização sobre a noção de liberdade, John Locke, condicionou a liberdade individual dos seres humanos à existência do poder político; considerou, pois, a liberdade como submetida a uma autoridade terrena. A lei, para Locke, é então encarada como indispensável para a garantia da liberdade, ao assegurar que a liberdade de um homem não se sobreponha a de outro.

Mais tarde, Stuart Mill, em uma nova fase do liberalismo, fundamentou a questão da liberdade no contexto da sociedade democrática, defendendo ser melhor para o desenvolvimento de uma sociedade a fundação de um governo democrático, no qual as condições são propícias para que cada pessoa utilize da forma mais adequada suas habilidades. No mesmo sentido de Locke, assim, valoriza a liberdade individual de cada homem, desde que a ação de um não prejudique os demais. A justiça e a lei, nesse viés,

funcionam como instrumentos para inibir que o excesso de liberdade de um seja prejudicial para todos os demais.

Uma teoria mais aprofundada das ideias liberais sobre justiça foi desenvolvida por John Rawls, que defendeu ser o estado mínimo uma estrutura inviável para concretização da justiça equitativa. Para o autor, um sistema de justiça realmente justo deve levar em consideração o acesso de todas as pessoas às liberdades básicas, de forma igual, e também as desigualdades econômicas e sociais existentes, promovendo a igualdade de oportunidades com base no princípio da diferença. Esse princípio, cabe apontar, é uma das principais críticas feitas a Rawls pelo libertarismo de Nozick; é, diante disso, um dos principais pontos de divergência entre liberais e libertários no que tange às discussões a respeito de liberdade e poder político.

Rawls, por um lado, entende que a existência das desigualdade sociais em si não configura uma injustiça, porque o problema está na forma como as instituições sociais tratam pessoas que estão em condição de desigualdade econômica. Para Nozick, por outro lado, Phillip Pettit também relaciona a liberdade de ação com um poder direcionado. Em outras palavras, o autor teoriza que o poder de ser livre e agir livremente está relacionado com um dever correspondente, imposto por um poder de ordem superior. Dessa forma, a pessoa é livre para tomar suas decisões, se puder arcar com as responsabilidades e encargos de sua escolha, mas ainda está condicionada às limitações das circunstâncias e as opções disponíveis. As escolhas tomadas pelo agente, portanto, estão condicionadas a sua capacidade de reconhecer suas opções e adequá-las às regras de certo e errado socialmente impostas.

Destarte, de forma geral, liberais e libertários defendem a intervenção mínima do Estado - e da sociedade - nas liberdades individuais, divergindo sobretudo em suas ideias sobre as funções estatais e a efetivação da justiça. Libertários, como Nozick, entendem que o Estado deve atuar minimamente na vida dos cidadãos, tendo como função apenas garantir os direitos de

liberdade e propriedade e a segurança da população, para que possam exercer esses direitos. Nozick, assim, não apoia a intervenção estatal e da justiça para a garantia de uma sociedade mais igualitária, defendendo que cada indivíduo deve ser livre para buscar a própria realização pessoal.

Em contrapartida, liberais, como Rawls e Dworkin, apesar de igualmente protegerem a liberdade enquanto direito de todos, possuem noções mais apuradas sobre como a justiça deve ser aplicada pelo Estado para diminuir as desigualdades sociais e econômicas. Conforme visto, os liberais mencionados também possuem, entre si, divergências sobre a forma como essa justiça deve ser aplicada e reforçada pela atuação estatal, alguns tendendo a priorizar a concretização das liberdades individuais e públicas e outros dando ênfase à busca pela igualdade substancial para concretização da justiça.

Diante de todo o exposto, assim, fica aqui a reflexão sobre como essas teorias dão ênfase à noção de liberdade - tanto no plano político e privado, quanto no plano público e econômico - como fundamental para a construção da sociedade. A liberdade de todos os indivíduos agirem como quiserem e realizarem suas trocas econômicas, para esses teóricos, deve ser respeitada pelo poder estatal para que se torne possível a concretização de um mundo mais justo. Por fim, cabe mencionar que, em parte, a fundamentação teórica desses autores foi diluída pelos grupos políticos brasileiros que adotam o rótulo liberal, mas se posicionam de forma conservadora em assuntos relativos à liberdade individual.

Nesse contexto, se por um lado muitos desses grupos defendem que o Estado não deve interferir nos assuntos relativos à economia e à distribuição de renda, colocando - como faz Nozick - a propriedade como direito mais fundamental, por outro esses mesmos grupos não apoiam a liberdade individual de cada pessoa agir livremente. Um exemplo, bastante pulsante na sociedade brasileira, é a questão da sexualidade, ainda bastante reprimida

pelos setores mais conservadores; o reconhecimento de direitos da população LGBT, pois, é a todo tempo barrado pelos mesmos grupos que pautam os ideais liberais. Enfim, colocam-se essas considerações para levantar esse debate sobre as incongruências e desencontros no caos político atualmente estabelecido no Brasil.

6. Referências

- BALBACHEVSKY, Elizabeth. *Stuart Mill: liberdade e representação*. In: WEFFORT, Francisco (org.). **Os clássicos da política**. São Paulo: Ática, 2001.
- DALL'AGNOL, D. *O igualitarismo liberal de Dworkin*. In: **Kriterion**, v. 46, n. 111, p. 56-69. Belo Horizonte: UFMG, 2005. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-512X2005000100005> Acesso em: 5 de fevereiro de 2018.
- DWORKIN, Ronald. **A matter of principle**. Cambridge/London: Harvard University Press, 1985.
- .. **Law's Empire**. Cambridge/London: Harvard University Press, 1986.
- .. *Rights as Trumps*. In: WALDRON, J. **Theories of rights**. Oxford: University Press, 1984.
- .. *The Original Position*. In: DANIELS, N. **Reading Rawls: Critical studies in Rawls' a theory of justice**. Stanford: University Press, 1989.
- LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil**: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil. Trad.: Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Rio de Janeiro: Vozes, 1994.
- .. *Textos de Locke*. In WEFFORT, Francisco (org.). **Os clássicos da política**. São Paulo: Ática, 2000.
- KUNTZ, Rolf. **Locke, Liberdade, Igualdade e Propriedade**. São Paulo: Institutos de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo, 1997. Disponível em: <http://www.iea.usp.br/publicacoes/textos/kuntz_locke.pdf > Acesso em: 5 de fevereiro de 2018

- MELLO, Leonel Itaussu Almeida. *John Locke e o individualismo liberal*. In: WEFFORT, Francisco (org.). **Os clássicos da política**. São Paulo: Ática, 2000.
- MILL, Stuart. **Sobre a liberdade**. Trad.: Pedro Madeira. Lisboa: Edições 70, 2006.
- .. **Textos de Stuart Mill**. In: WEFFORT, Francisco (org.). **Os clássicos da política**. São Paulo: Ática. 2001.
- NOZICK, Robert. **Anarquia, Estado e utopia**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1991. PETTIT, Philip. **Teoria da Liberdade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- QUINTANILHA, Flávia Renata. *A concepção de justiça de John Rawls*. In: **Intuito**, v. 3, n. 1, p. 33-44. Porto Alegre: PUC-RS, jun. 2010. Disponível em: <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/intuitio/article/view/6107>>. Acesso em: 5 de fevereiro de 2018.
- RAWLS, John. **Justiça e Democracia**. Trad.: Irene A. Peternot. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- .. **Uma teoria da justiça**. Trad.: Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- RÉ, Flavia Maria. *Um paralelo entre duas concepções liberais de justiça: o libertarianismo de Robert Nozick e o liberalismo-igualitário de John Rawls*. In: **Cadernos de Ética e Filosofia Política**, v. 27, p. 6-33. São Paulo: USP, 2015. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/cefp/article/view/114376>>. Acesso em: 5 de fevereiro de 2018.
- RIVERO, Jean; MOUTOUH, Hugues. **Liberdades públicas**. Trad.: Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- VITA, Álvaro de. **A justiça igualitária e seus críticos**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

Família: um olhar a partir do direito eudemonista

Elisa Moreira Mokdse¹

1 Introdução

O artigo aborda, ainda que não profundamente, o direito eudemonista e sua previsibilidade legislativa e como isso afeta as novas formações familiares.

Quando falamos em direito eudemonista, estamos falando em eudemonismo, ou seja, a busca pela felicidade, algo que procuramos e almejamos para as nossas vidas e para as pessoas que nos cercam. Mesmo que de maneira não expressa em nosso ordenamento jurídico, a felicidade está presente em nossa Carta Magna pelo sentimento que a cerca, pois nada mais inspirador do que o sentimento genuíno de busca à felicidade, seja como indivíduo ou como sociedade, pois até mesmo o Estado, quando oferece serviços à população está colaborando para a busca à felicidade da sociedade.

Em um primeiro momento, busca-se conceituar a felicidade de forma racional, que seria a concretização dos desejos ou a chance de êxito das satisfações e preferências do indivíduo. Após, analisa-se de que maneira o direito à felicidade está previsto em nossa Constituição Federal, que mesmo que não expresso, está representado de forma neutra e presente em seu sentimento de

¹ Especialista em Direito Aplicado pela Escola de Magistratura do Paraná. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Advogada.

formação. Ainda, está presente quanto alicerce e sentimento que representa em nosso ordenamento, visto que é princípio fundamental e está arraigado na história junto com a luta pelos direitos sociais.

Em seguida, será apresentada a filosofia eudemonista dentro do direito de família e o quanto foi decisiva a sua evolução junto com a Constituição Federal de 1988, visto que a família até então era retratada de uma forma, e após nova visão, a família se modificou e se tornou lugar de realização pessoal de seus integrantes e proteção de seus indivíduos. Nesta ocasião, se faz importante notar a importância do princípio da afetividade no direito de família contemporâneo, o qual marca significativamente todas as formações familiares e a forma de olhar a família.

A presente pesquisa, faz suas colaborações quanto à análise do direito eudemonista como um todo no ordenamento jurídico, que mesmo que não expresso, demonstra claramente que está ali presente no sentimento do Estado Democrático de Direito. E quando olhamos para o direito de família, a busca pela felicidade está essencialmente presente em todos os momentos. Seguindo a lógica arguida, nada traz mais felicidade do que o afeto em nossas vidas.

1 A constituição federal e a filosofia da felicidade

Antes de nos concentrarmos nas linhas constitucionais sobre o assunto, é de bom tom estabelecer não um conceito, mas uma delimitação para a pesquisa, pois diversos estudiosos tentaram chegar a um conceito do que seria felicidade. Ocorre que se trata de um conceito muito abstrato, pois depende da sociedade e da maneira de viver e da época. Veja que a felicidade pode ser algo diferente do que se entende atualmente. O conceito se altera até mesmo nas diversas fases de nossa vida, pois quando crianças o conceito de felicidade é diferente de quando atingimos a vida adulta, e se modifica ao chegarmos à senilidade.

Dessa forma, estabelecer o que é felicidade é uma tarefa extremamente abstrata, e quase impossível. Para tanto, um dos estudiosos sobre a felicidade e sociedade foi John Rawls, que ao realizar sua teoria utilitarista, em bases gerais definiu:

O utilitarismo, de uma maneira geral, defende que os arranjos sociais sejam tais que maximizem a felicidade plena de seus membros, sem levar em conta como os benefícios e as desvantagens são distribuídos, a menos que afetem o total (...). Em última análise, a utilidade é tomada como fonte de justiça por ser o único fim capaz de promover o bem-estar e a felicidade da sociedade como um todo. (OLIVEIRA, 2003)

Assim, com o estudo do utilitarismo, John Rawls conseguiu atingir um conceito de felicidade racional, com a intenção de afastamento de qualquer sentimento ou passionalidade, nos termos do utilitarismo de preferência, que estabelece que: “simplesmente definimos felicidade como a satisfação das preferências ou desejos, qualquer que seja o conteúdo dessas preferências ou desejos”. (LOVETT, 2013)

Em linhas mais perscrutadas, Saul Tourinho Leal, em sua pesquisa sobre felicidade, nos mostra que o conceito de felicidade pode ser definido de uma forma mais alinhada aos dias atuais como o “direito a planejar e dar execução a um projeto racional de satisfação de preferências ou desejos legítimos, considerando, nessa tarefa, chances de êxito. Seria esse o direito amplo à felicidade (...) (LEAL, 2013)”. Pois, para os desejos se realizarem devem ser legítimos/lícitos, dado que a felicidade, para ser tutelada pela lei, deve andar dentro do ordenamento jurídico e não fora dele, porque deste modo estaríamos falando em perversidade.

Nesse sentido, quanto ao direito à felicidade, podemos fazer um paralelo quanto à limitação da satisfação desses desejos com um conceito simples de Constituição. Nas palavras de Luís Roberto Barroso:

A Constituição, portanto, cria ou reconstrói o Estado, organizando e limitando o poder político, dispondo acerca de direitos fundamentais, valores e fins públicos e disciplinando o modo de produção e os limites de conteúdo das normas que integrarão a ordem jurídica por ela instituída. (BARROSO, 2014)

Consoante ao que podemos observar acima, a constituição de uma sociedade é a sua essência tanto de lutas com o passar do tempo, como também de imposições de governantes dependendo de como foi instituída. A Constituição para uma sociedade democrática de direito, como é a nossa, é a delimitação e organização do poder estatal sobre a vida das pessoas que estão salvaguardadas sob este manto.

Uma das primeiras Constituições que expressa o direito à busca pela felicidade foi a Declaração de Direitos de Virgínia, datada do ano de 1776, cabe dela destacar:

Que todos os homens são, por natureza, igualmente livres e independentes, e têm certos direitos inatos, dos quais, quando entram em estado de sociedade, não podem por qualquer acordo privar ou despojar seus pósteros e que são: o gozo da vida e da liberdade com os meios de adquirir e de possuir a propriedade e de buscar e obter felicidade e segurança. (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1776)

Esta obra serviu de inspiração para as demais que sobrevieram e assim, com “as Declarações de Direitos, iniciadas com a da Virgínia, importam em limitações do poder estatal como tal, inspiradas na crença na existência de direitos naturais imprescritíveis do homem” (SILVA, 2017). Esse momento foi o marco histórico que inspirou posteriormente a proteção dos direitos do homem. Após, sucederam diversas Constituições em que os direitos naturais foram respeitados.

No Brasil, a Constituição de 1934 trouxe consigo além dos direitos do homem, também os direitos sociais. Lembra-se que a Constituição de 1934 foi inspirada na Constituição Alemã intitulada

de Weimar (1919) a qual se preocupou com os direitos sociais. A Constituição Federal de 1988 também foi inspirada nos ideais das cartas constitucionais passadas e também na constituição alemã, onde se abriu ainda mais o leque de direitos sociais. Referida Constituição foi também alcunhada por *Ulysses Guimarães* de *Constituição Generosa* em face da ampla gama de direitos que veicula e ao fato de ter alargado a *proteção dos hipossuficientes* (BESTES, 2005).

A Constituição Federal não traz em seu texto expressamente o direito à felicidade, embora exista uma Proposta de Emenda à Constituição (513/2010) arquivada para incluir o direito a busca da felicidade como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil. Pode-se dizer que “a felicidade decorre do dever do Estado de promover o bem de todos e garantir o respeito à dignidade”(DIAS, 2014). Ou como bem pontua sobre a Constituição Federal não usar a palavra felicidade, Saul Tourinho Leal disserta:

O seu texto, contudo, vem repleto de dispositivos que falar em “bem-estar”, expressão abraçada pela doutrina contemporânea – *well-being* – para designar felicidade de forma mais neutra. Além disso, há inúmeros dispositivos que encarnam o ideal de segurança (...). Essa segurança serve para garantir estabilidade aos indivíduos e condições mínimas de discernimento e liberdade para colocarem em prática seus planos de realização de desejos ou preferências legítimas. (LEAL, 2013)

Como visto, apesar de não estar previsto expressamente o direito à felicidade na Carta Magna de 1988, esta traz em seu preâmbulo o seguinte: “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar (...).” E como visto acima, o bem-estar é uma forma neutra de designar a felicidade pela Carta Constitucional. Ainda, o bem-estar está previsto não apenas no preâmbulo da Constituição Federal, com

também em diversos artigos da mesma. Pode-se destacar o artigo 193 da Carta Magna, que diz: “A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais.” Confirmando que a ordem social do nosso país tem com um de seus objetivos o bem-estar.

Desse modo, é possível verificar que há um cuidado para que os direitos intrínsecos do ser humano sejam tutelados pelo ordenamento jurídico brasileiro. Embora não estejam todos positivados de maneira expressa, há direitos que são tão inerentes ao ser que podem ser trazidos de diversos modos, como é o caso da felicidade revestida de bem-estar.

2 O direito à felicidade e os princípios fundamentais

Não há como se falar em direito à felicidade sem abordar os princípios fundamentais que norteiam nosso ordenamento jurídico. Como visto no tópico anterior, a Constituição Federal não traz expressamente a previsão da busca à felicidade. No entanto, ao realizar uma análise mais detida na nossa Carta Política, verifica-se que a felicidade está intrínseca a ela, pois aborda os direitos sociais de forma mais abrangente e um leque de diversos direitos fundamentais. Ainda, podemos considerar que a felicidade pode ser analisada como revestido de bem-estar, dado que sem o mesmo não podemos colocar nossos projetos de desejos e desígnios legítimos em prática.

Já nas palavras de José Afonso da Silva, os direitos fundamentais são essenciais para a “limitação imposta pela soberania popular aos poderes constituídos de Estado que dela dependem” (SILVA, 2017). Isto posto, os direitos fundamentais nasceram com a intenção de limitar o Estado e protegerem o indivíduo, diante do que a história nos revela quando tal tutela não existia. Ingo Wolfgang Sarlet conceitua direito fundamental nos seguintes termos:

(...) direitos fundamentais como todas as posições jurídicas concernentes às pessoas (naturais ou jurídicas, consideradas na perspectiva individual ou transindividual) que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, expressa ou implicitamente, integradas à constituição e retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos, bem como todas as posições jurídicas que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparadas, tendo, ou não, assento na constituição formal. (SARLET, 2017)

Pode-se analisar que os direitos fundamentais são indisponíveis ao Estado, ainda que exista uma certa hierarquia desses sobre as demais normas jurídicas, pois estão tutelando direitos naturais e individuais do homem e da sociedade ou, como especificado por Ingo Wolfgang Sarlet:

(...) direitos (e deveres) fundamentais guarda relação já com determinada hierarquia normativa no âmbito interno de cada Estado, especialmente no que diz com a limitação jurídica do poder e a supremacia das normas constitucionais no âmbito do ordenamento interno. (SARLET, 2013)

Como visualizamos acima, os direitos fundamentais tem um notável destaque no ordenamento jurídico, tendo em vista a sua importância perante as lutas sociais e sua história ao longo dos séculos, desde o momento que começamos a positivizar os nossos direitos e deveres. A relevância de tais direitos é de grande valia para esta pesquisa, pois ao analisar o direito à felicidade, mesmo que não expresso no texto Constitucional, pode vir revestido como bem-estar. Assim, a busca pela felicidade pode ser compreendida como um princípio inserido nos direitos fundamentais.

Como dito por Saul Tourinho Leal em seu estudo sobre o direito à felicidade:

O direito a felicidade é um princípio, pois a ele não podemos conferir, *prima facie*, caracteres de regra. É até possível a emanação de uma regra que tenha como anteparo o direito à

felicidade. Mas o direito em si, de fato, tem revestimento principiológico. Como simboliza aspirações de liberdade, igualdade e segurança, constitui um princípio inserto no rol dos direitos fundamentais. Exatamente por esta razão, as colisões podem ser resolvidas, em boa parte das vezes, por meio de raciocínios que se guiam pelo *telos* de maximização da felicidade coletiva, ou seja, a maior felicidade possível, desde que haja realizações de injustiças afrontosas à dignidade de pessoa humana. (LEAL, 2013)

Assim, mesmo que não expreso, o direito à felicidade tem forma de princípio que rege os direitos fundamentais, pois ao utilizarmos uma visão utilitarista, a felicidade é algo almejado e procurado por todos os seres vivos, devendo ser tratada, portanto, como um princípio fundamental. Nas palavras de Rodrigo da Cunha Pereira:

Alguns princípios não estão escritos em um texto legal. Não necessita estar escritos por que eles já são inscritos no espírito ético dos ordenamentos jurídicos, repita-se. Sua inscrição advém de uma fundamentação ética, como um imperativo categórico para possibilitar a vida em sociedade e, atualmente, está intrinsecamente ligado às noções de cidadania para viabilizar organizações sociais mais justas. (PEREIRA, 2005)

Dessa forma, o direito à felicidade pode e deve ser considerado um princípio basilar para os direitos fundamentais, pois são dotados de eticidade concernente a nossa Carta Magna. Vale lembrar que os princípios, tendo em vista os ideais que representam e nas palavras de Maria Berenice Dias, “Adquiriram eficácia imediata e aderiram ao sistema positivo, compondo nova base axiológica e abandonando o estado de virtualidade a que sempre foram relegados” (DIAS, 2015).

Dessa maneira, podemos considerar que há um princípio eudemonista tutelado pela Constituição Federal, ou como melhor deslinda Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk:

A perspectiva protetiva eudemonista da Constituição se dirige à concretude da vida, e não a uma abstração. Não há uma tutela do lugar abstrato institucional, nem, tampouco, do indivíduo atomizado. Note-se que tomar a individualidade do sujeito de modo isolado das relações concretas que ele trava a todo momento também é conduta tendente à abstração. (RUZYK, 2005)

Portanto, diante da perspectiva eudemonista, o direito à felicidade não pode ser analisado de forma individualista, pois tal princípio a luz da Constituição Federal “deve ser lido em conjunto com o princípio da solidariedade, que traz em si um sentido ético de respeito ao outro” (RUZYK, 2005). O princípio deve ser analisado como um todo, pois coexistimos em sociedade e devemos respeitar a felicidade do próximo, do contrário estaremos diante dos desejos perversos e do hedonismo.

Isto posto, podemos dizer que a felicidade é um princípio que norteia os direitos fundamentais tutelados pela Carta Constitucional e mesmo que não expressa, ela representa a ética e moral, cabível, portanto uma forma principiológica.

Nas palavras de Saul Tourinho Leal, a felicidade só é um princípio, desde que seja “atribuído a possibilidade de mais eficácia possível dependendo das circunstâncias fáticas e jurídicas imanescentes, razão pela qual ele funciona muito bem como um mandamento de otimização fundamental para determinados tipos de decisões” (LEAL, 2013).

Nesse sentido, podemos entender que o princípio eudemonista está presente na Constituição, que pode e deve ser buscado por todos, sempre dentro dos limites da legalidade.

3 A filosofia eudemonista sob a perspectiva do direito de família

O eudemonismo é a doutrina que enfatiza o sentido da busca, pelo sujeito, de sua felicidade (RUZYK, 2005), já que, como visto anteriormente, isso é o que nos destaca dos demais seres

vivos, pois nossa consciência nos faz refletir sobre o sentido de existência, quanto a nossa finalidade e busca pessoal. Nas palavras de Luís Roberto Barroso, “o amor e a busca da felicidade estão no centro de todos os grandes sistemas filosóficos e de todas as grandes religiões” (FERRAZ, 2013).

O Direito de Família cada vez mais se baseia nessa filosofia. Como bem pontua Maria Berenice Dias:

A busca da felicidade, a supremacia do amor, a vitória da solidariedade ensejam o reconhecimento do afeto como único modo eficaz de definição de família e de preservação da vida. São as relações afetivas o elemento constitutivo dos vínculos interpessoais. A possibilidade de buscar formar de realização pessoal e gratificação profissional é a maneira de as pessoas se converterem em seres socialmente úteis. (DIAS, 2015)

Dessa forma, as relações de família são compostas pelas relações afetivas e “o Direito de Família não mais se restringe aos valores destacados de ser e ter, porque, ao menos entre nós, desde o advento da Carta Política de 1988 prevalece a busca e o direito pela conquista da felicidade a partir da afetividade (MADALENO, 2017).

Ao unir a filosofia eudemonista ao direito de família, juntamente com o artigo 226 da Constituição Federal, surge a família eudemonista, que pode ser conceituada nos seguintes termos:

(...)família eudemonista é aquela que tem como princípio, meio e fim a felicidade. Essa ideia da busca da felicidade vincula-se diretamente a valores como liberdade e dignidade da pessoa humana, que por sua vez pressupõe o sujeito de direitos como sujeito de desejos, isto é, a felicidade do sujeito de direito está diretamente relacionada ao desejo do sujeito. (PEREIRA, 2014)

Destarte, como podemos ver, a busca pela felicidade é um princípio que nos inspira, que está arraigado como um direito fundamental para a vida em sociedade. Entretanto, a “tutela jurídica da busca pela felicidade por meio da família diz respeito a uma felicidade coexistencial, e não puramente individual” (RUZYK,

2005), pois o eudemonismo não deve ser confundido com o hedonismo, o que não se harmoniza como princípio, muito menos como um direito basilar da família porque família é coexistência mútua e harmônica. Como exposto:

(..) a busca da felicidade por meio da família não se confunde com o sentido hedonista de um ultraindividualismo: a felicidade do “eu” recebe chancela jurídica na medida que se coaduna com o sentido ético de proteção da mesma pretensão legítima de felicidade que reside no “outro”. A equação não é, como se vê, de fácil solução, não sendo passível de formulações *a priori*. (RUZYK, 2005)

A família eudemonista busca não apenas a coexistência dotada de afetividade, mas que todos os membros possam buscar uma finalidade quanto a sua própria existência em grupo. Os membros devem buscar à felicidade em conjunto, com apoio mútuo, pois o que não deve ser levado em consideração é a busca da felicidade fora dos limites impostos pelo ordenamento jurídico, ou quando da vivência em família, a busca pela felicidade não deve ser pelo sacrifício da felicidade de outro membro, como podemos destacar:

Se o que interessa na família é a felicidade de seus membros, a sua força como instituição não tem mais a relevância que tinha antes e não prevalece mais a vontade do Estado na determinação de sua formatação jurídica. A família continua, e está mais do que nunca empenhada em ser feliz. A manutenção da família depende sobretudo, de se buscar, por meio dela, a felicidade. (RIBEIRO, 2000)

Portanto, com o texto Constitucional de 1988, fica claro que a família se tornou ambiente de realização própria, solidariedade, crescimento como indivíduo e a busca da felicidade tanto individual como da família em si, não havendo mais escolha do Estado quanto à formatação da família. Ainda mais quando a

família deixa de ser um núcleo de reprodução ou econômico, como expresso:

Os valores eudemonistas ganharam força, e reforço, com o declínio do patriarcalismo e com a sociedade do hiperconsumo. E foi assim com o enaltecimento de tais valores, que são ao mesmo tempo causa e consequência, que a família perdeu sua preponderância como instituição, sua forte hierarquia, deixando de ser essencialmente um núcleo econômico e de reprodução. (PEREIRA, 2014)

Em vista disso, com a evolução da sociedade, a família deixou de priorizar o matrimônio ao ser composta apenas por pai, mãe e filhos, não que essa estrutura tenha deixado de existir, pois ainda representa uma grande parcela da sociedade, mas, “no momento em que o formato hierárquico da família cedeu à sua democratização, em que as relações são muito mais de igualdade e de respeito mútuo, e o traço fundamental é a lealdade” (DIAS, 2015). Veja-se que a própria Carta Magna reconhece outros formatos de família além do formato patriarcal.

Assim, com “a absorção do princípio eudemonista pelo ordenamento altera o sentido da proteção jurídica da família, deslocando-o da instituição para o sujeito, como se infere do disposto na primeira parte do parágrafo 8º do artigo 226 da Constituição Federal” (RUZYK, 2005), com isso o direito de família foca muito mais na realização do ser em sociedade e se preocupa menos com a formação familiar desde que o Estado assegure a proteção a cada membro individualmente da família. Demonstra que não se tratará a família como um todo, pois existem desejos e aspirações de cada membro e todos devem ser considerados, e que para o Estado, o que será protegido são os laços afetivos em si, no que se registra:

(...)todo e qualquer núcleo familiar merece especial proteção do Estado, a partir da cláusula geral de inclusão constitucional. Equivale a dizer: todas as entidades formadas por pessoas

humanas que estão vinculadas pelo laço afetivo, tendendo à permanência, estão tuteladas juridicamente pelo Direito das Famílias, independentemente de celebração de casamento. É o que vem se denominando *família eudemonista*, isto é, tendente à felicidade individual de seus membros, a partir da convivência, permitindo que cada pessoa se realize, pessoal e profissionalmente, convertendo-se em seres socialmente úteis, não mais se confinando ao estreito espaço da sua própria família. (FARIAS, 2016)

Em síntese, podemos averiguar que a Carta Magna trouxe um tratamento e uma interpretação nova ao Direito de Família e que com isso sobrevieram princípios basilares, e até mesmo o resgate do direito à busca pela felicidade, que ao ser visto pelo prisma da família, nos traz uma modalidade nova, a família eudemonista.

Neste passo, a visão da família eudemonista é muito mais humana e justa com todos os membros que a constituem e o caminho só tende a ser cada vez mais reto, desde que respeitados os princípios basilares da Carta Política de 1988.

4 O princípio da afetividade no direito de família sob o prisma eudemonista

O Direito de Família atual é influenciado pelo princípio da afetividade, sendo este de extrema importância, nas palavras de Rodrigo da Cunha Pereira “é o balizador e catalizador das relações familiares. Com os princípios da dignidade humana, solidariedade e responsabilidade, ele constitui a base de sustentação do Direito de Família” (PEREIRA, 2014) Assim, não há como falar em família sem falar no o afeto ou amor devido sua força condutora e influência em nossas vidas.

Com tal característica, “a construção do princípio da afetividade se faz decisiva à solução de um sem número de demandas envolvendo o direito das famílias, numa visão

utilitarista da técnica principiológica” (FIGUEIREDO, 2015). Destarte, o princípio da afetividade será visto quando promoverem o princípio da felicidade.

Quando a família começou a se modificar, deixando de lado o objetivo econômico e reprodutor, abandonando o patriarcalismo e introduzindo novas maneiras de se pensar na família, de uma maneira mais igualitária e humana, com mais apoio mútuo e realização de seus indivíduos, adveio o afeto. Neste sentido Rodrigo Pereira da Cunha leciona:

O princípio da afetividade ganhou assento no ordenamento jurídico brasileiro a partir do momento em que a família deixou de ser essencialmente um núcleo econômico e de reprodução e passou a ser o *locus* do amor e da formação e estruturação do sujeito, do companheirismo e da solidariedade. E, assim, a família perdeu sua função precípua como “instituição”. Sua importância está em ser núcleo formador, estruturador e estruturante do sujeito. Sem afeto não se pode dizer que há família. Ou, onde falta o afeto, a família é uma desordem, ou mesmo uma desestrutura. (PEREIRA, 2014)

Assim, passou a vigorar no direito de família o princípio da afetividade, pois há uma maior preocupação com o sujeito, não que esse seja o único princípio balizador, mas merece tal destaque.

Ainda, a Constituição Federal trouxe no artigo 226 uma proteção especial à família, como melhor coloca Rodrigo da Cunha Pereira:

(...) o art. 226, §8º da Constituição Federal de 1988 assimila o marco ora tratado da nova família, com contornos diferenciados, pois prioriza a necessidade, da realização da personalidade dos seus membros, ou seja, a família-função, em que subsiste a afetividade, que, por sua vez, justifica a permanência da entidade familiar. (...) (PEREIRA, 2005)

Em vista disso, a Carta Magna dispõe que a proteção estatal será na pessoa de cada um de seus integrantes, optando pela busca da

realização dos membros que constituem a família. A afetividade, vem em momento oportuno quando se atribui um valor jurídico a ela.

Embora também não seja um princípio expreso, a afetividade se reveste deste manto ao se recorrer dos valores acima mencionados, ou como melhor leciona Caio Mário Silva Pereira:

O princípio jurídico da afetividade, em que pese não estar positivado no texto constitucional, pode ser considerado um princípio jurídico, à medida que seu conceito é construído por meio de uma interpretação sistemática da Constituição Federal (art. 5º, § 2º, CF) princípio é uma das grandes conquistas advindas da família contemporânea, receptáculo de reciprocidade de sentimentos e responsabilidades. Pode-se destacar um anseio social à formação de relações familiares afetuosas, em detrimento da preponderância dos laços meramente sanguíneos e patrimoniais. Ao enfatizar o afeto, a família passou a ser uma entidade plural, calcada na dignidade da pessoa humana (...). (PEREIRA, 2017)

Deste modo, a afetividade é um princípio que leva em conta a interpretação sistemática da Constituição Federal, “o afeto ganhou status de valor jurídico e, conseqüentemente, foi elevado à categoria de princípio como resultado de uma construção histórica em que o discurso psicanalítico é um dos principais responsáveis” (PEREIRA, 2014).

Neste passo, o que rege o direito de família contemporânea é o princípio da afetividade, pois onde há afeto, há família e estas famílias no presente podem ser de todas as formas, em razão do afeto que ligam seus membros. Quando o casamento passou a não ser mais obrigatório para o reconhecimento da união entre duas pessoas, a afetividade ganhou espaço em nosso ordenamento jurídico, mesmo que não expressa.

Como já exposto neste estudo, o eudemonismo se coaduna com o direito de família e também ao princípio da afetividade, como ensina Rodrigo da Cunha Pereira:

A entidade familiar deve ser tutelada como meio para a busca da felicidade de cada um de seus indivíduos. Daí a concepção eudemonista de família, na qual o afeto é elo de manutenção entre os casais, homo ou heterossexuais, unidos ou não pelo casamento civil. Quando não há mais comunhão de vida e de afeto, não se justifica a manutenção da conjugalidade. Por outro lado, o fim da conjugalidade não significa o fim da família, se desta houver filhos, mas apenas a transformação daquele núcleo familiar em bi-nuclear. (PEREIRA, 2014)

Sublinhe-se, o princípio da afetividade e a vida em comum já bastam para que um novo núcleo familiar apareça, vínculo familiar que busca a felicidade de cada um de seus indivíduos e é importante para a caracterização desta família. Assim, o direito à felicidade está ligado a afetividade. , pois o afeto é o que une as pessoas e constrói relações familiares. Lembra Paulo Lobô que “a afetividade, como princípio jurídico, não se confunde com o afeto, como fato psicológico ou anímico, porquanto pode ser presumida quando este faltar na realidade das relações(...)” (LOBO, 2017).

O afeto é o sentimento de conexão entre os integrantes da família e o princípio da afetividade é o valor jurídico a ser considerado quando falamos em direito de família. Dessa forma, o princípio da afetividade “resulta da convivência familiar, de atos exteriorizados, de condutas objetivas demonstrando o afeto familiar de seus membros na constituição e manutenção das famílias(...)” (CARVALHO, 2017).

Assevera-se que o afeto não é apenas o que liga um casal, o afeto revela a igualdade entre irmãos, independentemente de sua origem ou do que forma uma família (monoparental, biológica ou não). A afetividade deu espaço para a formação de diversos modelos de família, e também o reconhecimento legal delas como é o caso da união estável, pois é o afeto que ligam duas pessoas com o intuito de família, ou uma pessoa a ter a escolha de ter um filho não biológico, pois não há afeto maior do que um vínculo ligado apenas pelo amor. Nas palavras de Luís Roberto Barroso “A vida

boa é feita dos nossos afetos, dos prazeres legítimos e da busca pela felicidade. Qualquer maneira de amar vale a pena e ninguém, nessa vida, deve ser diminuído em razão dos seus afetos” (BARROSO, 2013).

5 Conclusão

O estudo geral tentou identificar a felicidade em nosso ordenamento jurídico como um princípio basilar presente nas relações familiares e na Constituição Federal, sempre com o objetivo de demonstrar que o modelo da família contemporânea está intimamente ligado à felicidade.

Em linhas gerais, a busca da felicidade nasceu com as Constituições em que protegeram os direitos fundamentais de alguma forma, o que não foi diferente da nossa Constituição, conforme dito na intitulada Constituição Generosa de Ulysses Guimarães de. À época houve uma grande preocupação de que tais direitos fossem garantidos pela mesma.

Concluiu-se que o eudemonismo está também intimamente ligado ao direito de família, que deverá tutelar não somente a felicidade individual como também a felicidade da família como um todo.

Cumpramos destacar que ao falar em felicidade dentro do direito de família, temos sempre que recordar e prezar pela aplicação do princípio da afetividade, pois a afetividade nada mais é do que o fundamento de todas as relações familiares contemporâneas. Conforme visto, com a Constituição Federal de 1988, surgiu a família ligada pelo afeto, e novos modelos familiares foram inseridos e tutelados.

Podemos falar em linhas teóricas que a família é movida pelo afeto e busca à felicidade de seus membros, seja individual ou coletiva, ela tem seus percalços no cotidiano, mas é, acima de tudo, formada por pessoas que servem de suporte umas às outras. A vida

é mais interessante quando movida pelo afeto e pela busca da felicidade, seja ela qual for e sempre dentro da legitimidade.

6 Referências

- BARROSO**, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 5ª edição. Saraiva, 10/2014.
- BARROSO**, Luís Roberto. In: FERRAZ, Carolina Valença. Série IDP - Manual do direito homoafetivo, 1ª Edição. Saraiva, 03/2013.
- BESTES**, Gisela Maria. Direito constitucional, v.1: fundamentos teóricos. São Paulo: Manole, 2005.
- CARVALHO**, Dimas de. Direito das famílias, 5ª edição. 5th edição. Editora Saraiva, 2017. [Minha Biblioteca].
- DIAS**, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. - 10ª ed. rev., atual. Ampl. - São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 2015.
- DIAS**, Maria Berenice. Homoafetividade e os direitos LGBTI. - 6. ed. reformulada - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.
- ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA**. A Declaração dos Direitos da Virgínia - 1776. Disponível em <http://gunstonhall.org/georgemason/human_rights/vdr_final.html>
- FARIAS**, Cristiano Chaves. ROSENVALD, Nelson. Curso de direito civil: famílias. - 9ª Ed. rev. E atual. - Salvador: Ed. Juspodivm, 2016.
- FERRAZ**, Carolina Valença. Série IDP - Manual do direito homoafetivo, 1ª Edição. Saraiva, 03/2013.
- FIGUEIREDO**, Luciano; FIGUEIREDO, Roberto. Direito Civil: Família e Sucessões. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.
- LEAL**, Saul Tourinho. Direito à Felicidade: História, Teoria, Positivção e Jurisdição. São Paulo: 2013. Disponível em: < <https://tede2.pucsp.br/handle/handle/6202>>

LOBO, Paulo. Direito civil - Famílias, 7ª edição., 7ª edição. Editora Saraiva, 2017.

LOVETT, Frank. Uma Teoria da Justiça, de John Rawls. Penso, 01/2013.

MADALENO, Rolf. Manual de Direito de Família. Forense, 05/2017.

OLIVEIRA, Nythamar de. Rawls. Zahar, 24/03/2003.

PEREIRA, Rodrigo Cunha. Dicionário de direito de família e sucessões: ilustrado, 1ª edição. Saraiva, 11/2014.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Princípios fundamentais norteadores do direito de família / 2005 Belo Horizonte: Del Rey; 2005.

PEREIRA, Caio Mário Silva. Instituições de Direito Civil - Vol. V - Direito de Família, 25ª edição. Forense, 01/2017. [Minha Biblioteca].

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Famílias simultâneas: da unidade codificada à pluralidade constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. Curso de direito constitucional, 6ª edição, 6ª edição. Editora Saraiva, 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang in: CANOTILHO, J. Gomes. Comentários à Constituição do Brasil, 1ª edição. Saraiva, 10/2013.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo – 40. ed., rev. E atual. – São Paulo: Malheiros, 2017.

Diretos humanos na seara trabalhista

O direito humano ao trabalho decente e sua violação por empresas transnacionais – o caso Zara

Amanda Carolina Buttendorff Rodrigues Beckers¹

Introdução

No âmbito do direito internacional verifica-se na atualidade uma tendência de garantia aos direitos fundamentais dos cidadãos. Neste amplo rol, destaca-se o direito ao trabalho e a garantia de emprego, haja vista o reconhecimento de tais direitos como direitos fundamentais pela Declaração Universal dos Direitos Humanos e pelo Pacto Internacional de Direitos Econômicos Sociais e Culturais, ambos aprovados pela Assembleia Geral das Nações Unidas.

A OIT – Organização Internacional do Trabalho figura atualmente como uma das agências mais atuantes da ONU – Organização das Nações Unidas. Fundada após a Primeira Guerra Mundial, com o intuito de promover a paz universal e a justiça social, a Organização visa à promoção do trabalho digno e produtivo, em condições de liberdade, equidade, segurança e dignidade.

Assim, o ponto de partida do presente trabalho é a premissa de que o trabalho digno em dignas condições é um poderoso instrumento socioeconômico de implementação de distribuição de renda e igualdade social. É certo que o trabalho se trata de um dos

¹ Advogada. Doutoranda em Direito Econômico pela PUCPR. Mestre em Direitos Humanos e Políticas Públicas pela PUCPR. Especialista em Direito, logística e negócios internacionais pela PUCPR. Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Uninter. Pesquisadora do Núcleo de Estudos Avançados em Direito Internacional – NEADI. Professora da Universidade do Contestado.

caminhos do homem em busca seu sentido pela vida. É também meio de desenvolvimento pessoal e moral, não havendo vida digna e saudável sem trabalho digno, ao que não se admite mais a antiga ideia de trabalho como mercadoria.

Trata-se de estudo com base dedutiva, eis que partiu da análise geral do objeto de estudo em questão, qual seja, o trabalho digno como direito humano fundamental e a situação de escravidão em grandes corporações, para estudo específico do caso concreto, qual seja a violação a referido direito pela grife Zara. Metodologicamente o trabalho utilizou-se da revisão de literatura e legislação atinente à temática, tendo caráter qualitativo diante da abordagem adotada, que visa à análise do caso em comento, considerando a digressão teórica prévia.

A proteção ao trabalho decente enquanto direito humano fundamental²

No âmbito do direito internacional, há hoje segundo Muri (2010, p.95) uma tendência quase unânime de garantir aos cidadãos do direito ao trabalho e à segurança no emprego, uma vez que o trabalho é reconhecido como um dos direitos fundamentais pela Declaração Universal dos Direitos Humanos e pelo Pacto Internacional de Direitos Econômicos Sociais e Culturais, ambos aprovados pela Assembleia Geral das Nações Unidas.

A ideia de uma legislação protetiva ao trabalhador que albergasse além do direito interno outros ordenamentos surgiu muito antes de tais normativas. Segundo Crivelli (2010, p.31) a criação do direito internacional do trabalho e da OIT se deu durante o processo histórico que ocorreu nas primeiras décadas do século XIX.

² Excerto publicado na Revista Tecnológica da FATEC-PR Curitiba, v.8, n. 1, Jan/Dez 2017 – ISSN 2179-3778.

Com o fim da primeira Guerra Mundial em 1919 e a instalação da conferência que deu origem ao Tratado de Versalhes, a regulamentação de uma legislação internacional do trabalho foi colocada em pauta. Crivelli (2010, p. 52) aponta que um dos fatores de primordial relevância é a inédita inclusão de representantes dos trabalhadores em uma conferência diplomática oficial, o que se verifica até hoje na estrutura tripartite da OIT – governos, empregados e empregadores - com a criação da ONU – Organização Internacional das Nações Unidas em 1946 a OIT foi a ela incorporada, passando a ser a primeira de suas agências especializadas.

O texto aprovado no capítulo XII do Tratado de Versalhes formalizou a concepção da OIT – Organização Internacional do trabalho, que foi criada sob as premissas basilares de que a paz universal só poderá se concretizar quando estiver baseada em justiça social.

Trata-se, pois, de uma organização internacional intergovernamental, constituída por meio de tratado, que possui personalidade jurídica de direito internacional, não se confundindo com os Estados que a compõem. Trata-se de uma fonte formal do direito internacional, responsável pela elaboração de atos normativos a serem observados pelos estados-membros (CRIVELLI, 2010, p. 67). Sua missão é promover oportunidades para que todos tenham “acesso a um trabalho digno e produtivo, em condições de liberdade, equidade, segurança e dignidade” (OIT, 2014).

O trabalho da Organização visa assegurar a equidade, o progresso social, e a erradicação da pobreza, nos termos da Declaração de Princípios e Direitos Fundamentais do Trabalho.

O conteúdo material da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 aponta para um alto padrão de proteção dos direitos humanos. Os signatários se comprometeram a lançar várias bases protetivas ao cidadão e ao trabalhador, dentre elas o direito a um padrão de vida capaz de garantir saúde, bem-estar, alimentação, vestuário, habitação, e de serviços sociais que auxiliem frente aos quadros de desemprego, doença, invalidez,

viuvez e velhice (Art. XXV). Toda pessoa também tem direito à instrução, a qual deverá ser gratuita, bem como à educação técnico-profissional, com o objetivo de desenvolver a personalidade, fortalecendo o respeito pelos direitos humanos e liberdades fundamentais (Art. XXVI), (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948).

Jorge Fontoura e Luiz Eduardo Gunther (2001, p. 101) defendem em sua obra que a tutela internacional do trabalho exercida pela OIT “apresenta-se como último reduto para a defesa de importantes conquistas da civilização, uma vez que a ‘era do mercado’, indiferente às fronteiras estatais acaba por erodir toda uma gama de valores jus-laborais”.

As empresas transnacionais

No período da Guerra-Fria, com o mundo bipartido política e economicamente, o sistema capitalista se viu de um lado incomodado por ideais socialistas e de outro inserido em uma recessão econômica decorrente da crise do petróleo, circunstâncias que somadas a outras peculiaridades do período colocavam em dúvida a estrutura então conhecida de ‘Estado’. Entre a crise de governabilidade que atingiu o polo liberal e a crise de legitimidade que enfrentava o polo marxista, esclarece (LOPES, 2017, p.3), questões importantes no que tange à internacionalização do capital afloraram.

Foi neste contexto de transformações oriundas da necessidade de superação da crise econômica que surgiu o Consenso de Washington, recomendação que visava propagar um norte para uma condução econômica neoliberal, com o fito de combater a crise estabelecida e implementar preceitos neoliberais na economia.

Dentre as propostas consignadas estavam à privatização de empresas públicas, a abertura da economia e a diminuição de barreiras aos investimentos estrangeiros, flexibilização nos mercados de trabalho, liberalização do comércio, entre outras,

entendidas por parte da doutrina como imposição do Fundo Monetário Internacional (FMI) e o Banco Mundial aos países do hemisfério sul, no intuito de dirimir a dívida externa, conforme (LOPES, 2017, p.3).

Este novo formato capitalista proporcionou uma emancipação entre o poder político e o poder econômico, que passou a centrar-se na questão do capital, dominada então por instituições financeiras internacionais, a exemplo da Organização Mundial do Comércio (OMC), o FMI, o Banco Mundial e outros, conforme defende Gorz (2003, p. 23).

Para Castells (2010, p.79), a mudança do modelo keynesiano de Estado para o formato neoliberalista operou verdadeiro rearranjo econômico mundial, responsável pela consolidação de um formato econômico ‘informacional, global e em rede’, que fortaleceu a globalização do capital e fomentou o domínio das empresas transnacionais, cuja origem remonta a *Lex Mercatoria*.

Referido domínio se deve, sobretudo, aos pesados investimentos que as empresas transnacionais realizam nas economias em desenvolvimento, sendo um importante fator impulsionador da economia local tendente a gerar postos de trabalho, desenvolvimento tecnológico e renda local, pois as transnacionais “tendem a ser mais produtivas, mais orientadas para a exportação, ter tecnologia intensiva e pagar salários mais altos do que as empresas locais” (BEVIGLIA-ZAMPETTI, FREDRIKSSON, 2007, p. 63), sendo extremamente importante o impacto econômico que tais empresas trazem sobre a economia local.

A questão da nomenclatura e mesmo do conceito da ‘empresa transnacional’ ainda é controverso. A UNIDROIT chegou a manifestar-se sobre o que entendia por empresa transnacional, esclarecendo que se trata de “empresas formadas por um centro de tomada de decisões localizado em um país e centros de atividades, com ou sem personalidade jurídica própria, localizados em um ou mais países” (CRETELA NETO, 2006, p33).

Se há pluralidade de conceitos e terminologias, há ainda mais divergência no que tange ao enfrentamento da questão da possibilidade de reconhecimento das empresas transnacionais como sujeitos de direito internacional.

O segmento da doutrina de internacionalistas que não reconhece personalidade jurídica das empresas transnacionais, à qual se filiam Rezek, Magalhães e outros, defende que cada filial, firmada em um país, obedece às leis do mesmo, não havendo ingerência jurídica entre uma e outra.

Não obstante tal discussão, bastante controversa na doutrina, há que se ponderar que a responsabilidade social das empresas se mostra cada vez mais necessária e que a pecha de empresa violadora de direitos humanos pode causar impactos importantes e talvez irreversíveis nas empresas assim compreendidas, vez que diversos organismos internacionais já se posicionaram no sentido de condenar a violação aos direitos humanos por parte das transnacionais.

A ONU aprovou a criação de uma espécie de código de conduta para as empresas transnacionais, denominado Princípios Orientadores das Nações Unidas sobre Empresas e Direitos Humanos, visando conferir poderes aos Estados para que pudessem realizar cobranças ao respeito dos direitos humanos e ao desenvolvimento econômico do país de atuação da empresa.

Dentre as disposições, há previsões que determinam o mesmo tratamento para os empregados das filiais e para os empregados da empresa em seu país de origem; eliminação do trabalho forçado; salário digno, entre outros. Pelo documento as empresas devem observar ainda os preceitos de desenvolvimento econômico determinados nos países onde estão lotadas, bem como suas políticas sociais.

A OCDE – Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômico, também se manifestou sobre a temática, traçando as ‘Diretrizes da OCDE para as Empresas Multinacionais’, documento que prevê recomendações atinentes à conduta empresarial em suas

operações por todo o mundo. Referidas diretrizes trazem disposições sobre direitos humanos, emprego e renda, tributação, etc.

A OIT – Organização Internacional do Trabalho trata sobre a temática na Declaração sobre as empresas multinacionais, que embora assinada formalmente em 1977, estava em tratativas desde 1960, quando a “entidade internacional vinha envidando esforços no sentido de buscar o consenso em torno do papel social desempenhado pelas empresas multinacionais” (ROMITA, 2017, p.3).

O documento preconiza princípios gerais sobre as empresas e a necessidade de observarem os direitos humanos fundamentais, de modo a assinalar a importância de tais corporações existirem em harmonia com os princípios de desenvolvimento dos países, respeitando assim suas políticas de emprego, condições laborais, qualificação profissional e tecnologia, dentre outros.

A Organização Mundial do Comércio – OMC, que visa conectar as economias nacionais em prol de um mercado globalizado, sendo este resultado de um arranjo organizado, preconiza a instituição de normas de conduta em diversos aspectos, desde sua criação preconiza a necessidade de observância ao direito ao desenvolvimento.

Inegável, pois, a interface do direito com a economia - “que existe porque os recursos são sempre escassos frente à multiplicidade das necessidades humanas” (NUSDEO, 2005, p.31); razão pela qual se faz extremamente necessária a análise dos impactos econômicos de eventual responsabilização das transnacionais por violação aos direitos humanos.

Para fins deste trabalho, se tomará por base o conceito esposado por Joseph Stiglitz e Carl Walsh (2002, p.20), de que a economia é estudo de como as empresas, os indivíduos, as organizações, os governos e as sociedades fazem suas escolhas, processo de escolha este sempre inevitável, vez que os recursos, serviços e produtos são escassos.

É por esta razão que não se pode relatar à margem do estudo do direito atinente as transnacionais a questão da política

econômica do mercado, que tem papel fundamental nas ações globais frente às violações de direitos humanos por aquelas, seja em sua opção de aplicar sanções, seja em sua opção de não responsabilizar por não interferir no mercado, em uma postura neoliberalista clara.

O caso Zara

No âmbito do direito internacional verifica-se, que há hoje segundo SUSSEKIND (2000, p.35) uma tendência de garantia aos direitos fundamentais dos cidadãos. Neste amplo rol, destacam-se o direito ao trabalho digno, haja vista o reconhecimento de tais direitos como direitos fundamentais pela Declaração Universal dos Direitos Humanos e pelo Pacto Internacional de Direitos Econômicos Sociais e Culturais, ambos aprovados pela Assembleia Geral das Nações Unidas.

Mesmo sendo preconizados em documentos distintos, é sabido que não podem ser sem a aplicação do princípio da interdependência, como preconiza o artigo 5º da Convenção de Viena de 1993: “Todos os direitos humanos são universais, indivisíveis interdependentes e inter-relacionados. A comunidade internacional deve tratar os direitos humanos de forma global, justa e equitativa, em pé de igualdade e com a mesma ênfase” (ONU, 1993).

Mesmo com tantos documentos protetivos, com organismos internacionais voltados à salvaguarda dos direitos dos trabalhadores, a exemplo da Organização Internacional do Trabalho – OIT que pugna pelo “acesso a um trabalho digno e produtivo, em condições de liberdade, equidade, segurança e dignidade” (OIT, 2018), tida para parte da doutrina como “[...] o último reduto para a defesa de importantes conquistas da civilização, uma vez que a ‘era do mercado’, indiferente às fronteiras estatais acaba por erodir toda uma gama de valores jus-laborais” (FONTOURA E GUNTHER, 2001, p. 101), ainda se

verificam diuturnas violações aos direitos humanos dos trabalhadores, havendo clara sobreposição dos interesses de mercado, em detrimento da dignidade do trabalhador.

No que tange à liberdade dos trabalhadores, tem-se ainda a importante contribuição constante no PIDESC, que pontua de modo bastante claro em seu artigo 8º a premissa de trabalho escolhido e aceito livremente, exercido em condições favoráveis e dignas, premissas que são reforçadas pela Agenda do Trabalho Decente da Organização Internacional do Trabalho – OIT.

Há que se ponderar que o conceito de escravidão contemporânea não mais depende de cerceamento de liberdade por correntes e castigos físicos. “A escravidão contemporânea é de curta duração; a pessoa é tratada como se fosse mercadoria; há um poder total exercido sobre a vítima, ainda que temporariamente” (COSTA, 2010, p. 41). Ou seja, trás a restrição a outros direitos, como a possibilidade de escolha de manutenção do vínculo empregatício, a saúde, a segurança e a dignidade do trabalhador, e outros, geralmente decorrentes de situações de tráfico de pessoas, servidão por dívida, retenção de documentos, violência psicológica e outras.

A forma mais comum de escravidão contemporânea no meio urbano e que está relacionada aos imigrantes irregulares no Brasil é feita pelo sistema chamado “sweating system”. O “sweating system” é um sistema no qual os locais de trabalho confundem-se com as residências, onde os trabalhadores submetem-se a condições abusivas, com jornadas de trabalho exaustivas e extensas, recebendo salários miseráveis, e com condições de saúde e segurança extremamente precárias ou muitas vezes inexistentes. (CAMILO, 2015, p.62)

Este fenômeno que se imaginaria deveria estar abolido do mundo contemporâneo tem se mostrado recorrente, tendo atingido inclusive empresas de transacionais do mundo da moda.

Este processo de internacionalização de produção, distribuição e administração de bens e serviços alcançou o seu ápice em 1990 e compreendia três aspectos inter-relacionados: o aumento do investimento estrangeiro direto (que assume a forma de fusões e aquisições); o papel decisivo dos grupos empresariais multinacionais como produtores na economia global e a formação de redes internacionais de produção (LOPES, 2017, p.4).

O caso da grife Zara, indústria do mundo da moda, pertencente a um grupo econômico espanhol e com abrangência internacional, ficou conhecido em 2011 quando em uma fiscalização do Ministério Público do Trabalho brasileiro a empresa foi autuada por manter trabalhadores bolivianos e peruanos em condição análoga à de escravidão. Facções de costura subcontratadas também foram autuadas com 52 autos de infração. Dentre as irregularidades encontradas estavam retenção de documentos dos trabalhadores estrangeiros, servidão por dívida, situações precárias de saúde de segurança e jornadas de trabalho excessivas.

Na ocasião a Zara alegou desconhecer as acusações e acabou assinando um termo de ajuste de conduta, no qual se comprometia a detectar e corrigir possíveis futuras violações, agindo para melhorar as condições laborativas nas indústrias.

Em nova fiscalização do MPT em 2015 foram constatadas no cumprimento do acordo, tendo a grife sido autuada por descumprimento do TAC e multada em R\$ 25 milhões pelo descumprimento do acordo e R\$ 850 mil por atitude discriminatória contra trabalhadores migrantes.

Em maio de 2017 a empresa firmou novo TAC que ampliou a responsabilidade jurídica nos casos de constatação de condição análoga a escravidão ou trabalho infantil, se comprometendo ainda a investir R\$ 5 milhões em projetos sociais.

Para o Ministério do Trabalho e Emprego, a empresa não só continuou a cometer infrações à lei trabalhista como utilizou as informações da auditoria para excluir imigrantes da produção.

“Utilizou-se das ferramentas de fiscalização de natureza privada para identificar fornecedores com risco potencial de exploração de trabalho análogo à de escravo, excluindo-os unilateralmente de sua cadeia produtiva, em vez de identificar situações reais de lesão aos direitos humanos, corrigi-las e comunicar às autoridades, de acordo com o que determinava o TAC”, diz o relatório da superintendência regional. Por conta da fiscalização, a empresa transferiu parte de sua produção para outros estados, como Santa Catarina. (CARTA CAPITAL, 2015)

Também houve casos de violação ao direito humano ao trabalho digno e labor em condições análogas à escravidão pela empresa e facções sob-contratadas na Argentina, um dado preocupante que reitera a ideia de que a empresa não só não se preocupa com o bem estar e saúde dos trabalhadores, como se utiliza do não cumprimento de mínimas obrigações trabalhistas para potencializar a produção e maximizar os lucros.

As desigualdades contemporâneas estão associadas ao sistema econômico mundial, baseado na globalização das trocas, sobretudo econômicas. O mercado tem como objetivo primordial a busca incessantemente por aumentar lucros e reduzir custos. O critério da maximização dos lucros, instituído pela maioria das corporações, acaba por ocasionar inúmeros efeitos colaterais que se colocam à margem da lei (CAMILO, 2016, p.43).

Necessário repensar o fator ‘custo’ produtivo, por uma ótica de desenvolvimento econômico e não mero crescimento desordenado, sob pena de perpetuar injustiças em prol da maximização de lucros.

Considerações finais

Novamente na ciclicidade da história se verifica a indústria têxtil como violadora de direitos humanos. Se à época da revolução industrial foram o *start* para um novo modelo produtivo, na contemporaneidade suas sucessoras transnacionais da indústria da

moda parecem ter esquecido que o modelo produtivo fordista e sem proteção à saúde e segurança dos trabalhadores foi substituído justamente por não mais se adequando à realidade social, se é que um dia chegou a sê-lo.

O que se verifica é que o fenômeno globalização chegou ao mundo da moda com impactos severos e quiçá irreversíveis, o que antes era produzido em coleções semestrais primavera/verão por ateliers em sistema artesanal, de criação artística, e vendido a altos custos, quando se fala de ‘alta costura’, passou a ser ‘reproduzido’ pelo sistema *fast fashion* que lança novidades quase que diariamente em coleções de uma mesma grife, como a Zara, em diversos lugares do mundo.

As transnacionais da moda, com o fito no lucro e na reprodução do que era para poucos em larga escala, trouxe o modelo fordista de produção, transformando o que antes era artesanal em verdadeiro processo industrial, replicando também, em muitos casos como o ora estudado, as precárias condições de trabalho das indústrias têxteis do século XIX, visando vender ‘estilo’ para a maior quantidade de pessoas, à custa da violação do direito de outras tantas, em um círculo vicioso de produção e violação de direitos humanos, em que o sistema viola mais pra produzir mais a menor custo.

Referências:

BEVIGLIA-ZAMPETTI, Américo; FREDRIKSSON, Torborn. **A dimensão do desenvolvimento nas negociações de investimento**. In: AMARAL JÚNIOR, Alberto. SANCHEZ, Michelle Ratton. Regulamentação Internacional dos Investimentos: algumas lições para o Brasil. São Paulo: Aduaneiras, 2007.

BERGENTHAL, Camila Pinheiro. **Reflexos da estratégia econômica de globalização: a precarização do trabalho e os abusos aos direitos humanos dos trabalhadores da indústria têxtil**. Anais do XXV Congresso do Conpedi Curitiba: 2016, p. 41-56.

CARTA CAPITAL. **Zara é autuada por não cumprir acordo para acabar com trabalho escravo.** Disponível em: < <https://www.cartacapital.com.br/economia/zara-e-autuada-por-nao-cumprir-acordo-para-acabar-com-trabalho-escravo-8409.html> > Acesso em 01 out. 2018.

CASTELLS, Manuel. **A Sociedade em Rede**, v. 1, São Paulo: Paz e Terra, 2010.

CAMILO, Adélia Procópio. CARAM, Ana Paula. **Redução a condição análoga à de escravo: uma análise sob a conjuntura atual dos trabalhadores urbanos.** Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva. Belo Horizonte. n.27. p. 58-67. set./dez. 2015. ISSN 1678 8729. Disponível em: < <http://blog.newtonpaiva.br/direito/wp-content/uploads/2016/02/DIR-27-06.pdf> > Acesso em 27 set. 2018.

COSTA, Patrícia Trindade Maranhão. **Combatendo o Trabalho Escravo Contemporâneo: o exemplo do Brasil.** International Labour Office; ILO Office in Brazil. - Brasília: ILO, 2010. Disponível em: < http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/forced_labour/pub/combatedotecontemporaneo_307.pdf > Acesso em 30 set. 2018.

CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS. Disponível em: < <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm> > Acesso em: 02 out. 2018.

CRIVELLI, Ericson. **Direito internacional do trabalho contemporâneo.** São Paulo: LTr, 2010.

DECLARAÇÃO AMERICANA DIREITOS DO HOMEM. Disponível em: < https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.Declaracao_Americana.htm > Acesso em: 30 set. 2018.

FONTOURA, Jorge e GUNTHER, Luiz Eduardo. A natureza jurídica e a efetividade das recomendações da OIT. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, v. 35. 2001.

LOPES, Raphaela de Araujo Lima. **A responsabilização de empresas transnacionais por violações a direitos humanos sob a perspectiva do direito internacional.** Disponível em: < <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=4410a22591c15bc7> > Acesso em 27 set. 2018.

MAGALHÃES, José Carlos de. **Direito Econômico Internacional**. Curitiba: Juruá, 2005.

NUSDEO, Fábio. **Curso de Economia: introdução ao direito econômico**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

ROMITA, Arion Sayão. **Declaração da OIT Sobre Empresas Multinacionais**. Academia Nacional de Direito do Trabalho. Disponível em: < http://www.andt.org.br/f/34104147_ANDT_artigo_Romita.pdf > Acesso em 01 out. 2018.

OIT - ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Disponível em: < <http://www.oitbrasil.org.br> > Acesso em 20 set. 2018.

ONU - ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Disponível em: < <http://www.onu.org.br/direitoshumanos2012/> > Acesso em 23 jun. 2018.

STIGITZ, Joseph E.; WALSH, Carl E. **Economics**. - 3. ed. - New York: Norton & Compan, 2002.

SUSSEKIND, Arnaldo. **Direito internacional do trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2000.

OIT - Normas de direitos humanos como mecanismo de soluções de controvérsias no mundo globalizado do trabalho

*Jailson de Souza Araujo**

*Ronald Silka de Almeida***

1. Introdução

O presente trabalho tem por justificativa a análise sintética da evolução das normas de direito internacional do trabalho, considerando o processo econômico e social, denominado globalização.

A pesquisa foi direcionada à análise dos mecanismos normativos existentes para propor soluções pacíficas de controvérsias a partir das normas de Direitos Humanos e da Organização Internacional do Trabalho – OIT.

O Objetivo Geral do estudo envolveu a apuração da viabilidade jurídica da utilização de normas de Direitos Humanos, em especial as emitidas pela OIT, bem como dos mecanismos apresentados pelas decisões dos Tribunais Internacionais de Direitos Humanos, diante do fenômeno da globalização.

* Advogado, professor e coordenador do programa de graduação em Direito do Centro Universitário Internacional Uninter. Mestre e Doutorando em Direito pela PUC/PR. E-mail: jailson.a@uninter.com

** Advogado, professor e coordenador do Núcleo de Prática Jurídica do programa de graduação em Direito do Centro Universitário Internacional Uninter. Mestre em Direito. E-mail: ronald.a@uninter.com

Para tanto, foram utilizados o método dedutivo e a análise bibliográfica, legislativa, doutrinária e jurisprudencial. O estudo partiu do pressuposto que os Direitos Humanos, frente à globalização, sofrem a influência de dois fatores: primeiro, da existência de um sentido de universalização no plano institucional dos referidos direitos; em segundo, da necessidade de os Estados manterem uma cooperação intergovernamental que conduza à aplicação em uma base transnacional de normas. Assim, o estudo foi direcionado às normas da OIT (convenções e recomendações internacionais) que possuem fatores no sentido de universalização e cooperação intergovernamental, o que conduziu a uma sucinta abordagem sobre o fenômeno globalização, com o que poder-se efetuar o enfrentamento das questões principais. Inclusive, foram apresentadas as Convenções da OIT ratificadas pelo Brasil a partir de 1988, com o intuito de demonstrar a importância da internalização das normas no ordenamento pátrio.

Bem como à estruturação de Organizações sociais de âmbito transnacional (OIT, ONU, OMC) ou mesmo econômicas (blocos econômicos como a União Europeia, a Alca e o Mercosul) que incrementam e fomentam o estabelecimento de relações equilibradas entre os Estados signatários, no âmbito econômico e social, com o fito de uma convivência pacífica.

O alcance deste objetivo, observou-se, demanda a compatibilização das normas internacionais entre os Estados, promovendo a integração dos mercados e a livre circulação de trabalhadores entre os entes, respeitadas as normas internacionais protetivas, em especial aquelas relacionadas ao Direito do Trabalho e ao Direitos Humanos.

2. A globalização e as normas da organização internacional do trabalho

O fenômeno globalização é antigo, a história da humanidade demonstra que a sua ocorrência está quase sempre associada à

períodos de aceleração: tecnológica, econômica e cultural, bem como a ciclos de acontecimentos que se repetem. Cita Juan Ramon Capella (1998, p. 18-19), que ciclos são etapas que se repetem em razão de um acontecimento seja ele social, econômico ou natural:

O *conhecimento* (da Natureza, do futuro) proporciona *poder*: o dos magos, em comunicação com o sagrado. Os sacerdotes do antigo Egito, capazes de prever com precisão a inundação estacional do Nilo que inunda os campos, ou os eclipses, e os sacerdotes maias, conhecedores exclusivos do calendário, culminam uma história precedente por sua capacidade de incidência sobre uma atividade social essencialmente agrícola. A inevitabilidade do ciclo está por cima dos *acontecimentos*.

Quatro são os períodos circunstanciais do fenômeno globalização: o primeiro, que se tem conhecimento foi a do Império Romano, que findou com a feudalização política e comerciais, neste período não há qualquer conceito para com às relações de trabalho; o segundo, coincide com as grandes descobertas dos séculos XIV e XV, estão vinculadas às notáveis inovações tecnológicas nos instrumentos de navegação, que propiciaram grande avanço do comércio internacional; o terceiro, aparece na segunda metade do século XIX, após as guerras napoleônicas e determina a supremacia do liberalismo sobre o mercantilismo (Romita, 1997, p. 8) e está associada ao desenvolvimento da tecnologia dos transportes. É neste período denominado 3^a (terceira) globalização, que surgiram as primeiras noções de relação de trabalho. Sendo inclusive unanimidade entre os estudiosos que a origem do Direito do Trabalho está vinculada ao fenômeno denominado “Revolução Industrial”.

Porém, é através do evento quarta globalização, fenômeno contemporâneo resultado do desenvolvimento dos mercados e em razão do expressivo avanço tecnológico, que efetivamente transformou o planeta em uma grande aldeia global, fez com que as pessoas, as empresas, a sociedade, os Estados, modificassem o seu

modo de observar o mundo e alterou de forma crucial as relações de trabalho e a necessidade de uma constante atualização de normas.

Referido fenômeno fez desaparecer as fronteiras políticas entre Estados, e conforme já exposto, criando uma aldeia em que as empresas passam a buscar a produção de seu produto em qualquer local do mundo, que melhor lhe convenha economicamente, seja pela facilidade de obtenção da matéria prima para a elaboração de seus produtos, mas principalmente pela utilização de mão-de-obra de baixo custo.

O fenômeno tecnológico, quarta globalização, está efetivamente provocando a internacionalização das normas trabalhistas, que conforme cita Alice Monteiro de Barros (2006, p. 111) decorrem “de ordem **humanitária** (de tutela do trabalho) e **econômica**, ligadas à necessidade de evitar ou dissuadir as práticas de competição internacional, que impliquem na redução dos patamares mínimos de condições de trabalho” e assim refletindo na **questão social**, pois alguns países podem se valer de sua reduzida proteção social para a obtenção de condições mais vantajosas na concorrência do mercado internacional.

Desenvolve-se a noção de aldeia global, e para que esta possa sobreviver de uma forma pacífica, ordeira, progressista, visando o bem-estar do ser humano, vem constantemente se organizando, seja através de Organizações sociais (OIT, ONU, etc.) ou mesmo econômicas (blocos econômicos como a União Europeia, a Alca, o Mercosul, etc.) ou através de contatos diretos entre os Estados (mediante Tratados), com a finalidade de manter o equilíbrio econômico e social.

Para a sobrevivência pacífica dos Estados, uma vez que referido fenômeno vem de forma direta ferindo princípio basilar de formação e manutenção do Estado-nação que é a soberania, traz assim, em seu bojo a necessária compatibilização normativa entre os Estados, de forma que ocorra a integração dos mercados e simultaneamente não só ocorra a livre circulação de trabalhadores entre os entes, mas também sejam protegidas as condições sociais

das populações, principalmente em relação aos direitos humanos e do trabalho.

A afirmação em relação aos direitos humanos e do trabalho se faz necessário, posto que diante do fenômeno globalização a empresa, para atender as exigências de mercado e manter a sua competitividade, deve permanecer atenta às exigências que lhe são impostas diante do mercado global, quer em relação à tecnologia aplicada aos produtos, bem como a forma e meios de utilização da mão-de-obra, se estão sendo respeitados os direitos a dignidade dos trabalhadores, bem como se foram atendidas todas as questões relativas à proteção do meio ambiente de trabalho e natural.

As normas negociais internacionais, além de harmonizarem algumas diretrizes comuns, que passam a ser observadas no desenvolvimento das atividades conjuntas dos Estados envolvidos, tem como objetivo a política econômica, o aumento do intercâmbio comercial, a estabilidade e a melhoria dos padrões de vida de seus povos.

Referidas normas negociais internacionais do trabalho têm como reflexo e inspiração fundamental a organização da própria OIT – Organização Internacional do Trabalho, que conforme já exposto surgiu do tratado de paz, o Tratado de Versalhes (1919), que tem como fundamento e princípio básico “estabelecer a paz universal, e que tal paz só pode ser fundada sob a justiça social” (Nascimento, 2006, p. 97), mesmo porque está disseminado na cultura do planeta que ao Estado incumbe, não apenas respeitar os direitos e liberdades fundamentais, mas também garanti-los para a obtenção da justiça social.

Assim, como os direitos humanos, o direito do trabalho se desenvolve frente a constantes conflitos, e refletem uma construção de luta e ação social, ante a força do poder econômico e que demandam uma construção constante de normas fundamentadas na primazia da dignidade humana. Observa, ainda Ignacy Sachs (1998, p. 156), que:

Não se insistirá nunca o bastante sobre o fato de que a ascensão dos direitos é fruto de lutas, que os direitos são conquistados, às vezes, com barricadas, em um processo histórico cheio de vicissitudes, por meio do qual as necessidades e as aspirações se articulam em reivindicações e em estandartes de luta antes de serem reconhecidos como direitos.

Diante da constante luta, visando a construção dos direitos e principalmente ao desenvolvimento social a Organização das Nações Unidas, em 1986, divulgou através da Resolução nº 41/128, a Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento, a qual foi adotada por 146 Estados, com um voto contrário (EUA) e oito abstenções (Piovesan, 2010, p. 12), o referido documento em seu artigo 1º e 2º, consagra que:

§1. O direito ao desenvolvimento é um direito humano inalienável, em virtude do qual toda pessoa e todos os povos estão habilitados a participar do desenvolvimento econômico, social, cultural e político, para ele contribuir e dele desfrutar, no qual todos os direitos humanos e liberdades fundamentais possam ser plenamente realizados.

§2. O direito humano ao desenvolvimento também implica a plena realização do direito dos povos à autodeterminação que inclui, sujeito às disposições relevantes de ambos os Pactos Internacionais sobre Direitos Humanos, o exercício de seu direito inalienável à soberania plena sobre todas as suas riquezas e recursos naturais.

Artigo 2º, §1. A pessoa humana é o sujeito central do desenvolvimento e deveria ser participante ativo e beneficiário do direito ao desenvolvimento.

Conforme expõe Flavia Piovesan (2010, p. 12): “o direito ao desenvolvimento demanda uma globalização ética e solidária”, que é uma das exigências do disposto no artigo 4º, da Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento: “Os Estados têm o dever de, individual e coletivamente, tomar medidas para formular as políticas internacionais de desenvolvimento, com vistas a facilitar a plena realização do direito ao desenvolvimento”, e mais deve

ocorrer “uma cooperação internacional efetiva é essencial para prover esses países de meios e facilidades apropriados para incrementar seu amplo desenvolvimento” (ONU).

A cooperação entre Estados, vem ocorrendo através da adoção e ratificação dos diversos documentos emitidos pela Organização Internacional do Trabalho (OIT), que como organização internacional de direito internacional público (PASSOS, *et al.* 2012, p. 09), com a atual sede em Genebra, tem por objetivo “o estabelecimento da paz universal, tendo como base a própria justiça social” (Jorge Neto; Cavalcante, 2008, p. 122), tanto é ser constituída por vários entes (Estados) que assumem a obrigação de cumprir as convenções por eles ratificadas.

A Organização Internacional do Trabalho (OIT) possui como instrumentos normativos a expedição de Convenções, Recomendações e Resoluções, sendo que a “Convenção é um tratado internacional” (Gunther, 2011, p. 10) que, pode ser definida como “tratados de natureza normativa e de índole multilateral, mas não representam dispositivos legais já aplicados à legislação interna dos Estados-membros” (Jorge Neto; Cavalcante, (2008, p. 123), em razão de que “a Conferência internacional do Trabalho não é um parlamento universal dotado de poderes para impor regras aos Estados” .

As Convenções editadas pela OIT têm como objetivo a proteção aos direitos sociais trabalhistas, sendo que este fundamento resultou ratificado por ocasião da realização da Conferência Internacional do Trabalho de 1998, quando adotou a Declaração da OIT relativa aos Princípios e Direitos Fundamentais do Trabalho: “liberdade de associação e a liberdade sindical e o reconhecimento efetivo do direito de negociação coletiva; eliminação de todas as formas de trabalho forçoso ou obrigatório; abolição efetiva do trabalho infantil; e eliminação da discriminação em matéria de emprego e ocupação” (Gomes; Saleme, (2005, p. 436), se alertando que todos esses direitos já estavam expressos em normas da própria Organização e traziam em seu bojo

conceitos e premissas da Declaração dos Direitos do Homem de 1948 e da Declaração de Direitos Humanos de Viena de 1993.

Portanto, conforme se observa, referidas Convenções, que além de terem uma aplicação universalista (ser aplicado a um número ilimitado de partes), também regulamenta a proteção de direitos sociais e, conseqüentemente de direitos humanos, haja vista o direcionamento da proteção do trabalhador contra a força econômica, ou seja atendendo aos objetivos da OIT no qual figura “o combate ao *dumping social* pelo estabelecimento de patamares mínimos de garantias e direitos à classe obreira independentemente do país onde fosse realizado o trabalho subordinado” (Ramos Filho, 2012, p. 356).

Observe-se que desde a sua criação em 1919, os membros tripartites da OIT adotaram 188 Convenções Internacionais de Trabalho e 200 Recomendações sobre diversos temas, tais como as que foram ratificadas pelo Brasil a partir de 1988:

Convenção	Título	Ano	Ratificação
119	Proteção das Máquinas	1963	16/04/1992
126	Alojamento a Bordo dos Navios de Pesca	1966	12/04/1994
132	Férias Remuneradas (Revista)	1970	23/09/1998
133	Alojamento a Bordo de Navios (Disposições Complementares)	1970	16/04/1992
134	Prevenção de Acidentes do Trabalho dos Marítimos	1970	25/07/1996
135	Proteção de Representantes de Trabalhadores	1971	18/05/1990
136	Proteção Contra os Riscos da Intoxicação pelo Benzeno	1971	24/03/1993
137	Trabalho Portuário	1973	12/08/1994
138	Idade Mínima para Admissão	1973	28/06/2001
139	Prevenção e Controle de Riscos Profissionais Causados por Substâncias ou Agentes Cancerígenos	1974	27/06/1990
140	Licença Remunerada para Estudos	1974	16/04/1992
141	Organizações de Trabalhadores Rurais	1975	27/09/1994
144	Consultas Tripartites sobre Normas Internacionais do Trabalho	1976	27/09/1994
145	Continuidade no Emprego do Marítimo	1976	18/05/1990
146	Convenção Relativa às Férias Anuais Pagas dos Marítimos	1976	24/09/1998
147	Normas Mínimas da Marinha Mercante	1976	17/01/1991
151	Direito de Sindicalização e Relações de Trabalho na Administração Pública	1978	15/06/2010
152	Segurança e Higiene dos Trabalhos Portuários	1979	18/05/1990
154	Fomento à Negociação Coletiva	1981	10/07/1992
155	Segurança e Saúde dos Trabalhadores	1981	18/05/1992

158	Término da Relação de Trabalho por Iniciativa do Empregador	1982	05/01/1995
159	Reabilitação Profissional e Emprego de Pessoas Deficientes	1983	18/05/1990
160	Estatísticas do Trabalho (Revista)	1985	02/07/1990
161	Serviços de Saúde do Trabalho	1985	18/05/1990
162	Utilização do Amianto com Segurança	1986	18/05/1990
163	Bem-Estar dos Trabalhadores Marítimos no Mar e no Porto	1987	04/03/1997
164	Proteção à Saúde e Assistência Médica aos trabalhadores Marítimos	1987	04/03/1997
166	Repatriação de Trabalhadores Marítimos	1987	04/03/1997
167	Convenção sobre a Segurança e Saúde na Construção	1988	19/05/2006
168	Promoção do Emprego e Proteção Contra o Desemprego	1988	24/03/1993
169	Convenção sobre Povos Indígenas e Tribais	1989	25/07/2002
170	Segurança no Trabalho com Produtos Químicos	1990	23/12/1996
171	Trabalho Noturno	1990	18/12/2002
174	Convenção sobre a Prevenção de Acidentes Industriais Maiores	1993	02/08/2001
176	Convenção sobre segurança e saúde nas minas	1995	18/05/2006
178	Convenção Relativa à Inspeção das Condições de Vida e de Trabalho dos Trabalhadores Marítimos	1996	21/12/2007
182	Convenção sobre Proibição das Piores Formas de Trabalho Infantil e Ação Imediata para sua Eliminação	1999	02/02/2000
185	Convenção sobre os Documentos de Identidade da gente do mar (Revista)	2003	21/01/2010
189	Convenção sobre as trabalhadoras e trabalhadores domésticos	2011	31/01/2018

Fonte: OIT Brasília.

Em 1998, a Conferência Internacional do Trabalho aprovou a Declaração dos Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho. A Declaração estabelece quatro princípios fundamentais a que todos os membros da OIT estão sujeitos: liberdade sindical e reconhecimento efetivo do direito de negociação coletiva; eliminação de todas as formas de trabalho forçado; abolição efetiva do trabalho infantil; eliminação de todas as formas de discriminação no emprego ou na ocupação.

Desse modo é de se inferir que as Convenções da OIT, como instrumentos do Direito Internacional do Trabalho, “vem consagrando alguns direitos naturais do homem” (Gunther, 2011, p. 72), os quais na visão universalista, “decorrem da dignidade humana, na qualidade de valor intrínseco à condição humana” (Piovesan, 2012, p. 47), se defendendo neste patamar o “mínimo ético irredutível” (Piovesan, 2012, p. 47), razão pela qual devem ser

aplicados e “independem de normas jurídicas para serem respeitados, eis que concernem a todos os seres humanos” (Süssekind, 2000, p. 20), tratando-se efetivamente de normas de direitos fundamentais.

Observa-se que as normas da OIT, se aplicam de forma geral para todos os Estados, e desde que ratificadas se incorporam à legislação do país, com isto fomentando a participação dos entes, a cooperação e o entrelaçamento de sistemas normativos. Assim, observa-se a perspectiva de um “globalismo de ordenamentos”, ou seja, a criação de um mecanismo formado pela cooperação dos Estados com o objetivo de promover um verdadeiro entrelaçamento de sistemas normativos para disciplinar, evitar e solucionar conflitos quer no âmbito interno como no internacional, consoante explica Danilo Zolo (2012, p. 75), “o índice empírico mais evidente do fenômeno é a multiplicação das cortes internacionais. Hoje, operam no âmbito internacional – sem contar as cortes regionais como a Corte Europeia de Justiça – a Corte Internacional de Justiça, a Corte Europeia de Direitos Humanos, cuja competência, hoje, se estende também à Federação russa, o Tribunal Penal Internacional de Haia para a ex-Iugoslávia, o Tribunal Penal Internacional de Aruscha para Ruanda, o órgão para a resolução dos conflitos da Organização Mundial do Comércio, o Tribunal Internacional para o direito do mar, a Corte Penal Internacional (*International Criminal Court*)”.

Este entrelaçamento leva à difusão e à tutela dos Direitos Humanos (através das normas da OIT) que, conforme exposto anteriormente, denotam grande interesse da comunidade internacional, porquanto, para a concretização desses direitos, é necessária a efetiva participação e interesse do Estado. O nascedouro das estratégias de desenvolvimento que assegurem os recursos materiais para a realização dos direitos sociais fundamentais, parte das políticas desenvolvidas pelo Estado de direito, ocorre, porém, em razão das políticas de mercado resultantes da globalização muitas vezes se faz necessário um

diálogo normativo entre Estados para que ocorra a manutenção e concretização dos direitos humanos e fundamentais do trabalho.

Conforme mencionado as Convenções da OIT, são documentos normativos que apresentam as seguintes características: a) são Tratados de aplicação multilateral; b) têm como propriedade trazerem em seu bojo normas de direitos fundamentais; razão pela qual a sua internalização ao ordenamento pátrio “corresponde a um ato jurídico complexo”, que se desdobra em várias fases: “assinatura, mensagem ao Congresso, aprovação parlamentar, ratificação, promulgação, publicação e registro” (Nascimento, 2008, p. 133), sendo que “as duas primeiras cabem ao Poder Executivo, gerando obrigações apenas no plano externo, depois disso, ocorrendo o aval do Parlamento, o texto é ratificado, promulgado e publicado, passando a integrar o ordenamento interno”.

Ocorre, porém a norma internacional, somente passará a vigor, no plano interno, “depois de oficialmente publicada (art. 1º da Lei de Introdução ao Código Civil), o que ocorre com o decreto de promulgação publicado no Diário Oficial da União” (Gunther, 2011, p. 71).

Neste ponto há de se ressaltar que os direitos fundamentais, no ordenamento constitucional brasileiro vigente, assumem posição de destaque haja vista que estão positivados no início da Constituição, logo após o preâmbulo e os princípios fundamentais (Moraes, 2012, p. v), ou seja, no Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais, “o que, além de traduzir maior rigor lógico, na medida em que constituem parâmetro hermenêutico e valores superiores de toda a ordem constitucional e jurídica, também vai ao encontro da melhor tradição do constitucionalismo” (Sarlet, 2003, p. 73), pois possuem aplicabilidade imediata e se consagram ao estarem incluídos no rol das “cláusulas pétreas” do art. 60, § 4º, da Carta Constitucional.

A Carta Constitucional admite a existência de direitos implícitos, cujas condições são asseguradas em razão dos termos da cláusula de abertura do artigo 5º, § 2º, da Constituição da

República Federativa do Brasil, e que decorrem “dos princípios por ela adotados ou dos tratados internacionais em que o país for parte” (Ferreira Filho, 2011, p. 122), se adequando ao momento político e social do Estado.

Portanto, diante da redação do referido artigo 5º, § 2º, “os tratados internacionais que versam sobre direitos humanos, internalizados no Brasil, teriam que passar a valer como norma constitucional”.

A internalização das normas da OIT, vem ocorrendo sistematicamente, tanto é que a Convenção 182, OIT, foi internalizada pelo Decreto nº 6481/2008, e tem sido parâmetro para decisões pelos Tribunais, conforme se observa da ementa de decisão a seguir transcrita:

TRABALHO PROIBIDO. ADOLESCENTE EXPOSTO A AMBIENTE INSALUBRE E JORNADA PROLONGADA. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO INTEGRAL. DANO MORAL CARACTERIZADO. Sendo incontroversa a admissão de um adolescente, que contava com 16 anos à época, para exercer função em ambiente insalubre e em jornada prolongada (de 10 a 13 horas diárias), cabível a condenação da reclamada ao pagamento de indenização por danos morais. É flagrante o desrespeito à CF, que proíbe o labor insalubre a menores de dezoito anos, bem como à Convenção 182 da OIT, ao Decreto 6481, que proíbe o labor em câmaras frias, bem como à CLT, que veda o labor extraordinário em horários que inviabilizam a frequência escolar. [...] Recurso ordinário da parte autora a que se dá parcial provimento. TRT9-PR-00033-2016-654-09-00-7-ACO-09429-2018 - 5ª. Turma. Relator: Archimedes Castro Campos Junior. Publicado no DEJT em 12-06-2018.

Cita-se, também como exemplo o caso da Convenção nº 159, da OIT, que aborda a Reabilitação Profissional e Emprego de Pessoas Deficientes e que foi recepcionada no sistema pátrio através do Decreto Legislativo nº 51, de 1989.

Portanto, a universalização e difusão das normas da OIT, estão direcionadas não somente para a solução dos conflitos, mas

também para a homogeneização das normas de proteção às relações sociais, aos valores éticos e de supremacia dos direitos fundamentais de forma a fortalecer e proteger as condições de vida e/ou de trabalho do indivíduo.

3. Conclusão

As normas internacionais divulgadas pela OIT refletem um mínimo de garantias sociais, que devem ser fortalecidas através do Estado partícipe, para garantir efetividade mediante a aplicação das normas. O objetivo central das normas internacionais da OIT é assegurar a proteção dos Direitos Humanos, representando através das relações de trabalho, harmonizando o embate entre os interesses econômicos e a força de trabalho, fomentando a paz social.

Os mecanismos de cooperação internacional, promovidos pela Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento da ONU e as normas da OIT (Convenções e Recomendações) apontam caminhos para a solução de diversas formas de conflitos, inclusive os direcionados aos Direitos Humanos e mormente os decorrentes de relações trabalhistas. Os referidos mecanismos vêm sendo paulatinamente incorporados no ordenamento pátrio, vide art. 6º da Constituição, e conforme citado, têm sido efetivados através dos Tribunais como ferramentas para a solução de conflitos.

Assim, se verifica que o intento de pacificar os conflitos sociais relacionados ao trabalho, estão gradualmente sendo alcançados na medida em que os tratados vão sendo incorporados na legislação doméstica dos países signatários, como é o caso do Brasil. Portanto, conclui-se que o Direito Internacional, representado pelas normas da OIT, efetivamente atua como mecanismo de solução das controvérsias de Direitos Humanos na sociedade globalizada.

4. Referências

- BARROS, Alice Monteiro. *Curso de Direito do Trabalho*. 2ª ed. São Paulo, LTr, 2006.
- CAPELLA, Juan Ramón. *Os cidadãos servos*. Tradução brasileira: Lédio Rosa de Andrade e Têmis Correia Soares. Porto Alegre: Ed. Sergio Antonio Fabris, 1998.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos fundamentais*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- GOMES, Ana Virgínia Moreira; SALEME, Edson Ricardo. *A Organização Internacional do Trabalho e a Garantia dos Direitos dos Trabalhadores*. In: *Reflexões sobre os 60 anos da ONU*. Organizadores: Araminta Mercadante; José Carlos Magalhães. Ijuí: Editora Unijuí, 2005.
- GUNTHER, Luiz Eduardo. *A OIT e o Direito do Trabalho no Brasil*. Luiz Eduardo Gunther. Curitiba: Juruá, 2011.
- JORGE NETO, Francisco Ferreira. CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. *Direito do Trabalho*. T. I. 4º ed. Rio de Janeiro. Editora Lúmen Júris. 2008.
- MCLUHAN, Marshall e FIORE, Quentin. *Guerra e paz na aldeia global*. Rio de Janeiro: Record, 1971.
- MORAES, Alexandre. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 35ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. 21ª. ed. São Paulo, Saraiva, 2006.
- NASCIMENTO, Valéria Ribas do Nascimento. *O Direito Internacional Humanitário à luz do Direito Constitucional: territorialização através da cláusula de abertura*. In: *Direito internacional humanitário e a proteção internacional do indivíduo*. Carol Proner (Org.); Sidnei Guerra. (Org.). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed. 2008.
- OIT Brasília – Convenções Ratificadas pelo Brasil a partir de 1988. Disponível em: <https://www.ilo.org/brasil/convencoes/lang--pt/index.htm>. Acesso em: 21 out. 2018.

ONU – *Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento – Resolução nº 41/128, da Assembleia Geral das Nações Unidas*, de 4 de dezembro de 1986. Disponível em: www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direito-ao-Desenvolvimento/declaracao-sobre-o-direito-ao-desenvolvimento.html. Acesso em: 21 out. 2018.

PASSOS, André. *et al. Manual de Direito Internacional do Trabalho: teoria geral e prática perante a OIT*. Curitiba: Editora Íthala, 2012.

PIOVESAN, Flávia. *Direito do Trabalho e a Proteção dos Direitos Sociais nos Planos Internacional e Constitucional*. In *Direitos Humanos e Direito do Trabalho*. Coordenadores: Flávia Piovesan e Luciana Paula Vaz de Carvalho. São Paulo: Atlas, 2010.

_____. *Direitos Humanos e Justiça Internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. 3ª ed. rev. amp. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

RAMOS FILHO, Wilson. *Direito capitalista do trabalho: história, mitos e perspectivas no Brasil*. São Paulo: LTr, 2012.

ROMITA, Arion Sayão. *Globalização da economia e Direito do Trabalho*. São Paulo, LTr. 1997.

SACHS, Ignacy. *Desenvolvimento, Direitos Humanos e Cidadania: Direitos Humanos no Século XXI*, Brasília: IPRI, 1998.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. 3ª ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito Internacional do Trabalho*. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2000.

TRT9 – Disponível em: <https://www.trt9.jus.br/basesjuridicas/jurisprudencia.xhtml>. Acesso em: 22 out. 2018.

ZOLO, Danilo. *Globalização: um mapa dos problemas*. Tradução: Anderson Vichinkeski Teixeira. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.

O assédio sexual e a discriminação da mulher nas relações de trabalho

*Lincoln Zub Dutra*¹

1. Introdução

Desde os primórdios da sociedade, a mulher desempenhou atividades relacionadas ao trabalho, sendo que a partir do séc. XIX o seu papel se intensifica, com o efetivo crescimento da participação feminina no mercado formal de trabalho. Acentuam-se as relações sociais entre homens e mulheres, nesse novo ambiente, que até então era de domínio masculino. Em razão do convívio constante entre os gêneros no espaço laboral, a sexualidade passa a se manifestar nesse novo ambiente, conseqüentemente traz novas problemáticas na relação de trabalho, uma delas, objeto desse estudo, o assédio sexual.

Uma vez que o intento do trabalho é demonstrar o papel do assédio sexual na discriminação da mulher, se viu necessária uma análise sobre a discriminação no ambiente de trabalho, em especial a discriminação de gênero na qual se verificou ser o assédio sexual um dos seus maiores instrumentos. Afim de melhor entender a

¹ Doutorando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR). Mestre em Direitos Fundamentais e Democracia pelo Centro Universitário Autônomo do Brasil - UNIBRASIL. Pós-graduado em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR). Graduado em Direito pela Universidade Católica do Paraná (PUC/PR). Professor Universitário na Universidade Católica de Santa Catarina. Professor convidado em programas de pós-graduação. Escritor e Coordenador de obras jurídicas.

discriminação foi realizado um estudo no princípio constitucional que veda tal conduta, o princípio da igualdade.

Por fim, foi realizado um estudo sobre o assédio sexual no ambiente de trabalho, com o objetivo da melhor compreensão de como tal prática afeta o âmbito laboral, e em especial a situação da obreira, essa que por resquícios de um pensamento patriarcal, o qual acredita que o papel social que a mulher deve desenvolver deve ser inferior ao do homem, se socorre a práticas abomináveis afim de demonstrar essa dominância.

2. Discriminação

Na sua concepção jurídica conceitua o dicionário Houaiss que é “ato que quebra o princípio da igualdade, como distinção, exclusão, restrição ou preferências, motivado por raça, cor, sexo, idade, trabalho, credo religioso ou convicções políticas” (HOUAISS, 2001, p.1053). Entende de mesma maneira Maurício Godinho Delgado, em que define a discriminação “como a conduta pela qual se nega a alguém, em função de fator injustamente desqualificante, tratamento compatível com o padrão jurídico assentado para a situação concreta vivenciada” (DELGADO, 2012, p.797). Define o autor supracitado as causas dessa conduta as características externas que identificam o indivíduo como pertencente a determinado grupo.

A causa da discriminação reside, muitas vezes, no cru preconceito, isto é, um juízo sedimentado desqualificador de uma pessoa em virtude de uma sua característica, determinada externamente, e identificadora de um grupo ou segmento mais amplo de indivíduos (cor, raça, sexo, nacionalidade, riqueza, etc.) (DELGADO, 2000, p.97).

A discriminação por ser um fenômeno social, será dinâmica, variando no tempo e no espaço, razão pela qual em determinado contexto um fato poderá motivar a conduta discriminatória,

enquanto para outra pessoa, não será um fator de tratamento diferenciado. Isso ocorre porque o critério de discriminação não recai sob uma característica inerente do sujeito, mas sim, numa concepção social dessa qualidade.

Por ser social, a discriminação é dinâmica, variável no tempo e no espaço. Em um mesmo contexto, pode um mesmo fato ser discriminatório para uma pessoa e não o ser para a outra, exatamente porque não diz respeito a uma característica inerente do sujeito, mas algo que se constrói na relação com o outro, a uma valoração comparativa (GOSDAL, 2003, p.91).

Pelo exposto, em especial, no caso da mulher, a discriminação ocorre não simplesmente pela diferença na sua constituição biológica, mas sim pelo fato da constituição mais frágil da figura feminina, ser considerado socialmente legítima para determinar que o seu trabalho seja inferior ao do homem.

Vale ressaltar que a discriminação é a forma ativa do preconceito, conforme conceitua Egídia Maria de Almeida Aiexe (2000 *apud* BRITO FILHO, 2002. p. 38), “em regra não se discrimina alguém sem antes se lhe voltar um olhar de condenação, de censura ou de rejeição por algo que componha o seu ser, as suas características intrínsecas ou extrínsecas, ou por algo que tenha praticado”. Sendo que esse olhar de condenação se verifica, nas ações de estigmatização, que consiste numa avaliação negativa de determinada característica por um grande número de pessoas, ou na estereotipagem que por sua vez, é a classificação de determinado grupo, imputando certas características com aspectos típicos, é o que vulgarmente conhecemos como “rótulos”.

Em pleno século XXI, a discriminação está presente na realidade da mulher brasileira, que ainda é vista como o sexo frágil e menos capacitadas profissionalmente. A desigualdade de tratamento tem como causa e seus efeitos a perspectiva de gênero, construído através dos papéis sociais desempenhados pelo o homem e a mulher.

2.1. Gênero

Da mesma forma que iniciamos o estudo da discriminação sobre o aspecto lexical se vê necessária a mesma abordagem no que concerne ao gênero, segundo o dicionário Houaiss da língua portuguesa o seu conceito consiste:

1. conceito geral que engloba todas as propriedades comuns que caracterizam um dado grupo ou classe de seres ou objetos
2. Conjunto de seres ou objetos que possuem a mesma origem ou que se acham ligados pela similitude de uma ou mais particularidades (HOUAISS, 2001, p.1441).

A definição das delimitações do termo gênero ganha importância na análise das Ciências Sociais a partir de meados da década de 80, o qual foi incorporado tanto de ideias marxistas como de ideologias liberais.

O gênero, de um lado, recebeu aportes da ideologia marxista, tendo em conta a vocação natural desta doutrina ao ideal de igualdade. Mas, de outro lado, também os recebeu da ideologia liberal, porquanto esta mais se aproximou da ideia de libertação, fornecendo significativas contribuições ao novo feminismo (PINHO, 2005. p.53).

Segundo Leda Pinho o conceito de gênero deve ser adaptado à abordagem jurídica e acrescentado pelos significados pertinentes à diferenciação sexual, ou seja, devem ser complementados pelos aspectos físico, psíquico e social.

Quando se emprega o conceito de gênero, se toma em conta o caráter implicitamente relacionado ao feminino e do masculino, mas se considera que o equipamento biológico não dá conta da explicação da posição subalterna conferida às mulheres na organização da vida social. (PINHO, 2005. p.63).

No que concerne ao aspecto físico, apesar de mostrar-se estranho ao estudo do gênero uma vez que nesse se encontra mais assentado o critério social, não se pode deixar de lado o aspecto físico, pois será através dele que irá se distinguir a mulher e o homem, condicionando os outros dois aspectos, social e psíquico.

No que diz respeito ao critério psíquico, verifica-se a sua importância na conceituação psíquica da discriminação sexual, em destaque “o papel do inconsciente na formação da identidade sexual” (LAMAS, 2000 apud PINHO, 2005. p.55), uma vez que a diferença sexual não se consubstancia somente das distinções anatômicas, mas também em conceitos subjetivos criados a partir do imaginário, ou seja, o aspecto psíquico se configura numa caracterização subjetiva de feminino e masculino.

Em relação ao aspecto social abarca a “construção social, histórica e cultural, elaborada sobre as diferenças sexuais” (ALMEIDA, 2001 apud PINHO, 2005. p.54) bem como as relações entre os dois sexos construídas, é o aspecto mais aparente na construção do gênero, de tal forma que é comumente delimitado o conceito de gênero como “o sexo socialmente construído”, outra definição que demonstra a importância desse aspecto é “a natureza define os dois sexos biológicos (homens e mulheres), mas é a sociedade que agrega a esse dado natural diferentes valores” (SIMIÃO, 1991 apud PINHO, 2005. p.54).

O critério social que irá delimitar os papéis femininos e masculinos, através das ações da sociedade, pela educação, pela imposição de padrões previamente estabelecidos determinado à mulher e o homem comportamentos a serem seguidos tanto na família, na escola e no trabalho.

Merece especial destaque o papel da família na construção social do gênero, uma vez que é o ambiente doméstico que elabora as estruturas de divisão do poder, deixando a mulher a submissão enquanto ao homem a dominação. Conforme dispõe Françoise Dekeuwer-Défossez (apud PINHO, 2005. p.54) sobre a influência familiar “no seio da família subsistem as desigualdades, devido à

consequência lógica do papel que foi destinado à mulher, o qual tem seu fundamento histórico num sistema que a oprime”.

O aspecto social do gênero pode ser consubstanciado pela consideração de Warat, na qual afirma “sentidos socialmente atribuídos ao fato de ser homem ou mulher numa determinada formação social” (WARAT, 2000 apud PINHO, 2005. p.57), ou seja, o gênero será observação conferida pela sociedade em razão do sexo do indivíduo.

O gênero muitas vezes pode ser utilizado como fundamentação no discurso da dominação masculina sobre o feminino, porém segundo a autora Leda Pinho nem sempre essa dicotomia entre feminino/submisso e masculino/dominador está presente nas relações sociais. Afirma o gênero ser mais uma forma de ordenação e comunicação na sociedade, porém também há situações em que é utilizado para orientar as condutas discriminatórias.

O gênero, portanto, é um elemento fundamental das relações sociais baseadas na diferença sexual e é a partir dela que serão construídas outras relações, sendo a mais importante delas, para efeito deste estudo a relação de poder. Além do mais, o gênero, ainda que inicial e principalmente seja construído nas entidades familiares, é também elaborado na economia e na organização política (PINHO, 2005. p.58)

No que concerne a desigualdade de tratamento em razão de sexo, o estudo da construção da categoria de gênero se tornou indispensável ao presente estudo, uma vez que é através dele que se transpõe aos motivos do tratamento diferenciado conferido às mulheres. Ao invés de apenas analisar a diferença de tratamento verificou-se pelos critérios físico, psíquico e social as razões da escolha do sexo feminino em determinadas situações, em especial as relações de trabalho, ser escolhido como critério de discriminação nas relações sociais. Segue esse entendimento Gosdal ao afirmar que o gênero “ajuda a desvelar as concepções que se encontram

por trás dos atos discriminatórios e a compreender a discriminação no contexto social em que se encontra inserida” (GOSDAL, 2003, p.69).

O gênero em virtude de ser um produto social e repassado ao longo das gerações, se mostra mais apto ao estudo das relações de poder e o tratamento desigual conferido a mulher. “A categoria gênero considera o aspecto biológico, mormente por estar nele a justificativa para a subordinação da mulher, mas o supera, agregando-lhe [...], os aspectos psíquico e social” (PINHO, 2005, p.65).

Como explanado anteriormente as relações de gênero foram criadas a partir de relações de dominação do homem frente a mulher, na qual o critério biológico, sexo, configura através de critérios subjetivos papéis sociais, reservando ao “homem o poder econômico-racial e às mulheres o poder dos afetos” (WARAT, 2000 apud PINHO, 2005, p.66).

Os papéis sociais que foram destinados à mulher, desse modo exerceram e exercem importante fator de desigualdade jurídica. Tal padrão social retirou, historicamente, o poder das mãos da mulher. Desabilitou à emancipação. Não lhe permitiu perceber que “o ser feminino” não é causa da “função feminina” e de que tal função foi construída a partir de ideias masculinas, inseridas numa estrutura ideológica que representa os valores consagrados por uma sociedade patriarcal. (PINHO, 2000, p.68)

Em relação a eliminação de práticas discriminatórias a utilização da categoria de gênero se mostra de grande importância, uma vez que evita o erro de empregar práticas e políticas de mero nivelamento, pois a categoria de gênero leva em consideração “que a superação de um sistema de desigualdades não se alcança somente pelo fato de que o considerado inferior obtenha os direitos e ocupe as mesmas posições do superior” (ALMEIDA, 2001 apud PINHO, 2005, p.66), além disso leva em contas as práticas sociais ocorridas ao longo da história e as suas repercussões.

A compreensão do fenômeno no trabalho sob a ótica do gênero é essencial à mudança de atitudes e valores, necessária para que se alcancem relações e condições de trabalho mais igualitárias para homens e mulheres sem prejuízo do respeito às diferenças, porque possibilita a percepção de que as desigualdades são social e historicamente forjadas, a partir das diferenças biológicas. (GOSDAL, 2003, p.69)

Uma das maiores repercussões da construção do gênero foi a desigualdade de tratamento conferida a mulher ao longo da história, inclusive no âmbito jurisdicional. É através da compreensão das relações intersociais sob a ótica do gênero que se verifica que não são as diferenças biológicas as características determinantes para o tratamento diferenciado, mas sim a consequência delas as construções sociais sob o conceito de feminino e masculino e seus respectivos papéis.

3. Discriminação nas relações de trabalho

A Constituição em seu preâmbulo declara a igualdade como um de seus valores supremos do Estado Democrático para garantir o exercício dos direitos individuais e sociais. O direito ao trabalho está consagrado no art. 6º da Carta Magna como direito fundamental social. Dessa forma, é de extrema importância o combate às práticas discriminatórias nas relações de trabalho, uma vez que tal prática é um obstáculo à efetivação dos direitos sociais consagrados pelo Estado Democrático brasileiro.

A discriminação consiste na definição de características sem relevância lógica consideradas como aceitáveis pela sociedade, sendo que na sua ausência o indivíduo é excluído do círculo de convívio. A aplicação do princípio da igualdade implica na ausência de discriminação, pois aquele tem o intuito de integração dos indivíduos, sendo com que todos estejam em pé de igualdade para participar do convívio social. Segundo Alice Monteiro de Barros “o princípio da igualdade nos sistemas constitucionais de base liberal

democrática adquire dupla característica: de princípio formal de legalidade e de regra material de não-discriminação” (BARROS, 2000, p.39).

Nem toda distinção será considerada discriminação, essa é a conduta humana que elege determinado critério, violando direitos, fundada em determinado parâmetro injustificado e injusto. Deve-se ressaltar que é permitido a exclusão de determinados grupos de indivíduos, desde que fundado em justificativas razoáveis. A título de exemplo, a contratação de mulheres para ocupar a função de guarda penitenciário em um presídio feminino.

A discriminação no ambiente do trabalho consiste no tratamento diferenciado indevido ao trabalhador, por ato para obstar a admissão e/ou na execução do contrato de trabalho, é a negação ao princípio da igualdade ao empregado, criando desigualdade entre os obreiros em critério não razoável.

A discriminação no trabalho consiste em dar tratamento diferenciado, excluindo do mercado de trabalho ou negando direitos a pessoas que pertenceram a grupos vulneráveis. A contratação pode ser negada ou pode ser feita para cargo inferior ao pretendido, ou ainda pode ser preterida a sua ascensão funcional ou ser designado para funções mais penosas ou inferiores. (BARBOSA JUNIOR, 2008. p.74)

A discriminação poderá ter uma dimensão individualizada, ou sistêmica, aquela ocorre quando o empregador escolhe um candidato em detrimento de outro por uma característica não razoável, sendo que ambos estão em igualdade de circunstância, como exemplo a escolha do candidato que torce para o mesmo time do empregador, nesse caso, existe a discriminação apesar de ser episódica. Enquanto a discriminação sistêmica, se caracteriza na verificação de determinado setor de atividade ou categoria profissional, das porcentagens de trabalhadores de determinado grupo em detrimento de outros, quando há esse desequilíbrio ocorre pelo fator de discriminação na contratação.

A discriminação sistêmica nas relações de trabalho parece mais grave e pode se verificar em empresas que deixam de contratar trabalhadores em virtude, por exemplo, de seguirem determinada religião. Assim é que já foi noticiado um caso de uma emissora de rádio cujos sócios eram praticantes de determinado culto evangélico que não só pregavam sua fé no ambiente de trabalho, como também davam preferência na seleção de empregados para adeptos da mesma religião. (GOIS, 2010, p. 138)

Segundo Alice Monteiro de Barros existe outra classificação no que concerne a discriminação na seara trabalhista, conforme a autora supracitada a discriminação pode se manifestar de duas maneiras, de forma direta e indireta, aquela consiste no tratamento distinto baseado em razões ilegais, enquanto na indireta consiste num tratamento igual, formalmente, porém com efeitos divergentes dependendo do grupo que se encontra o trabalhador (BARROS, 2000, p. 41). Conforme Brito Filho “na primeira hipótese, a discriminação ocorre abertamente, com o sujeito ativo agredindo claramente o direito à igualdade e todas as normas que o sustentam” (BRITO FILHO, 2002, p. 44).

Também no que concerne de distinções de discriminação na relação de trabalho, ela poderá ser horizontal ou vertical. Uma vez que nas relações de emprego está presente o fator hierárquico, via de regra, a discriminação ocorre de cima para baixo, ou seja, do patrão para o empregado, possuindo um caráter de verticalidade. Contudo, a discriminação também pode ocorrer dentre os colegas de trabalho, determinado grupo de empregados se reúnem para a prática de ato de discriminação a um outro colega, fundada em suas características.

A discriminação também pode ser diferenciada quanto ao seu motivo, lembrando que as razões de tal conduta serão sempre distinções fundadas em critérios injustificados e injustos, de caráter subjetivo, geralmente exteriorizando um preconceito. Dessa forma, a discriminação pode ocorrer por motivos de

orientação sexual, idade, religião, origem social, procedência regional, procedência nacional, raça, etnia, deficiência física ou mental, gênero, entre outros.

4. Assédio sexual

Enquanto repercutia no íntimo da sociedade, o pensamento que conferia a mulher somente ocupações dentro de seus próprios lares, atos que restringiam a liberdade sexual das obreiras não obtinham grande relevo no corpo social. Porém com a evolução do trabalho feminino, com maiores percentagens de atuação no mercado de trabalho, além da evolução de um tratamento igualitário, a temática do assédio sexual ganha espaço, pois essa conduta fere a igualdade e dignidade profissional das mulheres.

A discussão atual em torno do assédio sexual revela, em verdade, uma mudança de postura, que envolve as alterações nas relações de gênero. De uma concepção de que a agressividade sexual masculina é natural e irreprimível, cabendo à mulher não provocar os homens, transferindo-se assim toda a responsabilidade à culpa feminina, passou-se a ideia de que as pessoas, inclusive as mulheres, devem ter o direito de dispor de si mesmas, de conduzir livremente sua vida privada e sua liberdade sexual. (GOSDAL, 2003, p.225)

Determinados autores estabelecem o assédio sexual como um antecedente remoto da instituição da Idade Média *jus primae noctis*, na qual era concedido ao senhor feudal o direito de ter a primeira noite da noiva. Conforme dispõe Alice Monteiro de Barros “alguns autores equiparam o assédio sexual ao uso medieval do *jus primae noctis* (direito a primeira noite), que obrigava as recém-casadas a passarem a noite de núpcias com o senhor do lugar” (BARROS, 2000, p.9).

A desvalorização do trabalho feminino reflete na importância de como a sociedade irá tratar os comportamentos que ferem os direitos assegurados as mulheres.

A desvalorização tradicional do trabalho feminino contribui para que fossem considerados negligenciáveis os comportamentos ofensivos às mulheres em seu ambiente profissional. Essa atitude mudou à medida que o trabalho feminino se impôs cada vez mais como um meio de afirmar uma identidade social autônoma. (LIPOVETSKY, 2000 apud GOSDAL, 2003. p.225)

Com a mudança na sociedade do que seria o papel ideal desempenhado pela mulher, com a progressiva aceitação da sua atuação nos mais variados segmentos do corpo social, além da maior cobrança da igualdade de tratamento entre homens e mulheres, há um câmbio de como o assédio sexual é tratado, deixa de se ver como um caso isolado, para uma conduta generalizado que deve ser repreendida.

Constatado e publicizado o problema nos últimos trinta anos transformou-se a visão sobre o assédio sexual no trabalho Partiu-se de uma posição passiva e permissiva, de negação ou consentimento do problema, em que o assédio sexual laboral era tido como um fenômeno natural e biológico e assumiu-se uma postura ativa e censora que condena o assédio sexual (OLIVEIRA, 2007. p.105)

As agressões sociais de gênero no ambiente de trabalho passam a ser menos toleradas pelas obreiras, que reivindicam seus direitos e elevam a questão do assédio sexual como uma das formas de discriminação de gênero nas relações laborais.

Segundo Robert Husbonds três fatores são responsáveis pelo maior interesse que o assédio sexual tem na atualidade. O fator ocorreu com o progresso dos movimentos feminista e a sua influência nas políticas dos países industrializados, também contribuiu a edição de leis a favor da igualdade de oportunidades e a conduta dos empregadores que estavam mais preocupados com a mulher no ambiente de trabalho. Em consequência dessas ações as obreiras encontraram-se mais encorajadas a denunciar as práticas de assédio sexual.

O primeiro deles foi o progresso do movimento feminista na política nos países industrializados. A promulgação de leis em prol da igualdade de oportunidades e uma maior atenção dos empregadores a tudo relacionado as mulheres, o que incitou-as a condenar com mais força do que antes o assédio sexual (HUSBANDS, 1993, p.110) (tradução nossa)²

O segundo fator foi o aumento no número de mulheres no ambiente de trabalho, o que resultou em mudanças nas formas de relacionamento dentro do âmbito trabalhista, as quais tiveram efeitos perversos, por exemplo as reações discriminatórias entre os obreiros como forma de coação e obtenção de favores de cunho sexual. Entende de mesma maneira Thereza Cristina Gosdal ao advertir “o aumento da presença feminina no mundo do trabalho tende a despertar formas mais violentas de reação e de condutas discriminatórias, daí também o crescimento do comportamento relativo ao assédio sexual” (GOSDAL, 2003, p.227).

Sobre essa função de intimidação do assédio sexual dispõe Robert Husbands (1993, p.110):

A oposição a sua presença se revestiu às vezes na forma de assédio sexual, idealizado a fim de humilhar-las e desconcertar-las, para dissuadir-las de ocupar um emprego em setores dominados por homens [...]. Em outras empresas, o surgimento das mulheres trouxe a exigência de que solicitações sexuais fossem cedidos para conseguir um emprego, não perder o emprego ou ser promovida ou transferida. (tradução nossa)³

² “El primero de ellos fue el progreso del movimiento feminista en la política de los países industrializados. La promulgación de leyes en pro de la igualdad de oportunidades y la mayor atención que prestaban los empleadores a todo lo relacionado con las mujeres incitaron a éstas a condenar más enérgicamente que antes el acoso sexual”.

³ “La oposición a su presencia revistió a veces la forma de un acoso sexual, ideado con la finalidad de desconcertarlas y humillarlas, de disuadirlas de ocupar un puesto de trabajo en sectores laborales de dominación masculina [...]. En otras empresas, la irrupción de mujeres trajo consigo la exigencia de que cedieran solicitudes sexuales para conseguir un empleo, no perder su trabajo o ser ascendidas o trasladadas.”

O terceiro e último fator foram as primeiras decisões judiciais sobre o tema do assédio sexual que ocorreram no final dos anos 70 nas cortes federais dos Estados Unidos, que decidiram ser o assédio sexual uma prática proibida e definida por lei. Segundo *Husbands* (1993, p.110) “O terceiro fator foram as primeiras decisões judiciais de tribunais federais norte-americanos no final de 1970, na qual declarou que o assédio sexual é um tipo específico de comportamento proibido pela lei” (tradução nossa).⁴

Em estudo realizado pelo Organização Internacional do Trabalho, se afirmou que não se sabe ao certo os motivos específicos do aumento das taxas de ocorrência do assédio sexual, nas mais diversas regiões do globo.

Não se sabe ao certo se este facto se deve a um aumento dos casos de assédio sexual, a uma melhor utilização e conhecimento dos organismos especializados que lidam com a não discriminação e a igualdade, ou ao aumento da proporção de mulheres na população empregada. Com mais mulheres a entrar no emprego precário, como resultado dos efeitos da crise económica, podem defrontar-se com altas incidências de assédio. (CONFERÊNCIA INTERNACIONAL DO TRABALHO 100^a Sessão 2011, 2014)

Há uma dúvida se o aumento é devido ao fato do crescimento da participação das mulheres na mão de obra assalariada, ou se é a conscientização e utilização dos organismos disponíveis contra a discriminação de gênero.

Afim de uma melhor compreensão do instituto jurídico do assédio sexual, se mostra necessária primeiramente o significado dos seus termos lexicais, segundo o dicionário dentre uma de suas definições, assediar se consubstancia em “perseguir com propostas, sugerir com insistência; ser importuno ao obter algo molestar” (HOUAISS, 2001, p.319). Enquanto o termo sexual confere a

⁴“El tercer factor fueron las primeras decisiones judiciales de tribunales federales norte americanos, a fines del decenio de 1970, en las cuales se declaraba que el acoso sexual era un tipo específico de comportamiento prohibido por la ley”.

qualidade ao assédio, configurando como uma conduta insistente com intenções sexuais que são repelidas pela parte contrária.

O segundo termo, sexual, é uma qualidade atribuída ao assédio que vai fazer que este se constitua uma intenção sexual impertinente, importuna, que não é desejada pelo outro. Dessa maneira, assédio sexual é uma conduta insistente, persecutória, que, ao visar obter favores sexuais, resulta por violar a liberdade sexual, fundada na noção de livre disposição do corpo, amparada na esfera dos direitos de liberdade, que se apresentam como bens jurídicos constitucionalmente assegurados. (COUTINHO, 2014)

Como se trata de uma manifestação social, a conceituação do assédio sexual se demonstra uma tarefa difícil, pois enquanto determinado indivíduo pode vir a vislumbrar certa conduta como moralmente reprovável, outros não a vêem de mesma maneira, mas sim como um simples flerte. “As relações interpessoais são complexas e comportam sensibilidades diversas e distintas percepções dos fatos [...] Ademais, o assédio sexual é um fato habitual no mundo laboral, o que faz com que seja aceito como normal pela vítima” (GOSDAL, 2003, p.227).

Como se trata de um conceito relativamente novo há uma vasta gama de definições tanto na doutrina quanto na legislação, iniciou-se a definição do assédio sexual nos Estados Unidos, a partir dos anos 60, denominado de “*sexual harassment*”, da sua tradução literal implica a repetição de ataques de conotação sexual.

Conhecido nos Estados Unidos da América, desde os anos 60, onde recebeu o nome de “*sexual harassment*” (literalmente, repetição de ataque sexual), essa forma imprópria de condução da sexualidade humana foi identificada, de início, como um comportamento típico masculino de discriminação contra as mulheres (SANTOS, 2002. p. 40)

Conforme se verificou nos estudos realizados sobre a matéria, o assédio sexual na relação de trabalho será aquela conduta com conotação sexual, não desejada pelo sujeito passivo,

além disso para sua caracterização, deverá haver ocorrido algum prejuízo ao ambiente laboral. Conforme Marie-France Hirigoyen (2000 apud OLIVEIRA, 2007. p.105), o assédio sexual no local de trabalho para ser configurado deve ter efeitos negativos no ambiente do mesmo.

[...] por assédio em local de trabalho temos que entender toda e qualquer conduta abusiva manifestando-se sobretudo por comportamentos, palavras, atos, gestos, escritos, que possam trazer dano à personalidade, à dignidade ou à integridade física ou psíquica de uma pessoa, pôr em perigo seu emprego ou degradar o ambiente de trabalho

Na definição do assédio sexual para Rodolfo Pamplona Filho, é relevante para a sua configuração, uma conduta abusiva com implicações sexuais, a qual pelas suas repetições acaba por restringir a liberdade sexual da vítima. Dispõe da seguinte maneira, “toda conduta de natureza sexual não desejada que, embora repelida pelo seu destinatário, é continuamente reiterada, cerceando-lhe a liberdade sexual” (PAMPLONA FILHO, 2011, p.35).

Sobre o tema Alice Monteiro de Barros afirma que para a caracterização da conduta do assédio sexual é relevante que a vítima não deseje tal ato, que seja repelida, o que traz como consequência a instauração de um ambiente hostil ou intimidador. Também afirma que tal conduta deve demonstrar, ainda que implicitamente, a prosperidade no ambiente de trabalho em caso de aceite das incitações sexuais.

São relevantes para a caracterização do assédio sexual: que o comportamento seja indesejável pela vítima, gerando um clima de hostilidade, intimação ou humilhação a seu respeito e que a recusa ou aceitação de tal comportamento seja considerada explícita ou implicitamente para a tomada de decisão afetando os direitos da vítima em matéria de emprego ou de remuneração. (BARROS, 2000, p.14)

O conceito do assédio sexual foi vastamente discorrido pela doutrina, havendo as mais variadas definições, porém há três características que se demonstraram recorrentes: a) que se trata de uma conduta com intenções sexuais; b) que a conduta seja rechaçada pela parte que a recebe; c) de alguma forma essa conduta implique num prejuízo laboral.

As múltiplas definições legais e doutrinárias do assédio sexual no trabalho apresentam certos traços em comum. A rigor em todos eles, destacam-se: a) a presença de uma conduta ativa com conotação sexual; b) a não aceitação desta conduta pela parte que a sofre; c) que essa negativa possa implicar em prejuízo laboral. (PAMPLONA FILHO, 2011, p.35)

Outro ponto de interesse no que diz respeito a definição do assédio sexual é que para alguns autores é necessário para a caracterização da conduta supracitada o requisito de práticas reiteradas, em sua inobservância só será configurado o assédio sexual em casos excepcionais, em casos de um ato de extrema gravidade.

[...] excepcionalmente, há precedentes jurisprudenciais no Direito Estrangeiro que entendem que se a conduta de conotação sexual do assediante se revestir de uma gravidade insuperável (como, por exemplo, em casos de contatos físicos de intensa intimidade não aceitável socialmente), é possível o afastamento desse requisito (PAMPLONA FILHO, 2011, p.45)

Thereza Cristina Gosdal sobre o requisito defendido por Pamplona acredita que se trata ao máximo de um elemento acessório, uma vez que pode ser afastado nos casos de gravidade insuperável, não se trata de um carácter para a sua definição, já que há a configuração do assédio sexual na sua ausência.

Rodolfo Pamplona Filho considera a reiteração da conduta como um dos elementos caracterizadores do assédio, juntamente com a natureza sexual da conduta e a sua rejeição pelo assediado. Embora assim considere, admite que excepcionalmente a conduta

constituída por um ato só pode reverter-se de gravidade insuperável, o que afastaria a presença deste elemento. Embora se possa defender esse entendimento, se é possível a configuração do assédio sem a presença da reiteração, é porque ela não é elemento de sua definição, podendo configurar quando muito um elemento acessório. (GOSDAL, 2003, p.228-229)

Em relação ao sujeito ativo do assédio sexual esse geralmente terá uma relação de poder sobre o sujeito passivo, esse poder que poderá ser tanto hierárquico como de dominância. Mas deve-se ressaltar que a ausência de relação de poder não é imprescindível, uma vez que pode ser configurada a conduta do assédio sexual na sua ausência. Conforme dispõe Thereza Cristina Gosdal, “o que importa dizer é que o assédio sexual quase sempre envolve uma relação de poder, senão o hierárquico, o relacionado à dominância masculina, mas pode se configurar ainda que não haja essa relação de poder” (GOSDAL, 2003, p.230).

Sobre o sujeito ativo afirma Alice Monteiro de Barros.

Geralmente, há uma relação de poder entre assediante e assediado, mas o assédio sexual poderá prescindir deste poder e configurar-se também entre colegas de trabalho, entre empregado e cliente da empresa e até mesmo entre empregado e empregador, figurando este último como vítima. (BARROS, 2000, p.22)

Elemento importante no assédio sexual é a presença de hierarquia entre o sujeito ativo e passivo, no qual irá inclusive ser critério de classificação do assédio sexual em ambiental e o por chantagem para alguns autores, enquanto para outros seria a característica de barganha.

5. Consequências jurídicas do assédio sexual na seara trabalhista

A prática do assédio sexual laboral além de ter consequências na esfera trabalhista surtirá efeitos na esfera civil e penal, porém deve-se ressaltar que tão somente a legislação penal

que aborda especificamente a conduta. Conforme dispões Alice Monteiro de Barros “No Brasil nossas leis civis e trabalhistas não abordam o tema de forma específica” (BARROS, 2011, p.748). Na esfera constitucional o assédio sexual é ato que viola os princípios estabelecidos no art. 5º, I e X e também o art. 7º, XXX, ambos da Constituição Federal, ou seja, é uma violação aos princípios da igualdade, intimidade e da não discriminação.

O assédio sexual implica violação de alguns direitos fundamentais, entre eles o direito à igualdade e à intimidade. Embora o assédio sexual possa ter como sujeito ativo as mulheres, ou pessoas do mesmo sexo, as pesquisas demonstram que estamos diante de uma forma de discriminação indireta, em razão de sexo. Sob essa perspectivas, o assédio sexual implica violação do art. 5º, I e X, e 7º, XXX da Constituição da República Federativa do Brasil, que é um Estado Democrático de Direito. (BARROS, 2000, p.30).

Além desses princípios há quem afirme que a conduta do assédio sexual viola o direito fundamental da dignidade da pessoa humana, e o direito a um meio ambiente laboral saudável e à integridade moral e física do trabalhador.

A doutrina identifica cinco direitos fundamentais, tipificados na Constituição, como vulnerados pela prática do assédio sexual. São eles: o direito ao respeito da dignidade da pessoa humana; o direito à igualdade e a não ser discriminado em razão de sexo; o direito à integridade física e moral; o direito à liberdade sexual, e por via indireta, o direito a um meio ambiente do trabalho íntegro e sadio. (OLIVEIRA, 2007, p.110)

Ainda na esfera trabalhista poderá se utilizar do instrumento normativo o qual foi ratificado no Brasil que trata do assédio sexual ao cuidar da matéria de discriminação na relação de emprego, a Convenção nº 111 da Organização Internacional do Trabalho. Conforme dispõe Thereza Cristina Gosdal “As legislações civis e trabalhistas não abordam especificamente a matéria. Mas a

Convenção nº 111 da OIT, ratificada pelo Brasil, comporta o assédio sexual, ao tratar da discriminação no emprego” (GOSDAL, 2003, p.235-236).

Para efeitos trabalhistas o assédio sexual deve haver uma dependência com o contrato de trabalho, essa relação poderá ser aceita ainda que indiretamente, inclusive na fase pré-contratual. Segundo Thereza Cristina Gosdal “para produzir efeitos em âmbito trabalhista o assédio precisa estar relacionado com o contrato de trabalho, direta ou indiretamente, ainda que na fase pré-contratual” (GOSDAL, 2003, p.235).

Apesar de não estar taxativamente tipificada como forma de rescisão do contrato de trabalho, a jurisprudência e doutrina tem entendido que a conduta do assédio sexual laboral poderá ensejar a vítima o direito pleitear pela rescisão indireta do contrato de trabalho, com fulcro no art. 483 da CLT.

O legislador pátrio não tipificou de forma taxativa o assédio sexual no trabalho como causa motivadora para a rescisão do contrato de trabalho. Não obstante essa anomia, a doutrina e a jurisprudência, dependendo do caso analisado reconhecem o direito do empregado de pleitear a rescisão indireta do contrato de trabalho. (OLIVEIRA, 2007, p.115-116)

Segundo Oliveira os pedidos de rescisão indireta por prática do assédio sexual que estão sendo deferidos são os quais estão amoldados nas alíneas “c” e “e” do art. 483 da CLT, as quais serão elegidas em conformidade da maneira que se desenvolveu a conduta repreendida.

Utilizando-se ora da alínea “c” ora da “e”, do indignato artigo, dependendo do tipo e forma de assédio, fundamenta a sua pretensão alegando que, em virtude da conduta nociva do assediante, corre perigo de mal manifesto ou menciona que contra si está sendo praticado pelo empregador ou seus prepostos ato lesivo de sua honra. (OLIVEIRA, 2007, p. 116)

A prática do assédio sexual irá se enquadrar na alínea “e”, a qual dispõe “praticar o empregador ou seus prepostos, contra ele ou pessoas de sua família, ato lesivo da honra e boa fama” (BRASIL, 1943), uma vez que tal conduta fere a dignidade pessoal do trabalhador. Conforme dispõe Alice Monteiro de Barros (2011, p.750) “considerando-se que o assédio sexual poderá traduzir também ato lesivo da honra e da boa fama do empregado, posto que a figura faltosa magoa o trabalhador na sua dignidade pessoal, a falta enquadra-se, ainda na alínea ‘e’, do art. 483 da CLT”.

No que concerne a alínea “c”, a qual consiste na “correr perigo manifesto de mal considerável” (BRASIL, 1943) será o embasamento da rescisão indireta quando pela atitude do assediante gerar abalos a ordem psíquica da vítima. De acordo com Alice Monteiro de Barros (2011, p.750) “tendo em vista que do assédio sexual podem resultar sequelas de ordem psíquica, vista sob esse prisma a falta poderá enquadrar-se na alínea ‘c’ do art. 483”.

Para Alice Monteiro de Barros (2011, p.750-751) e Thereza Cristina Gosdal, além da possibilidade de rescisão indireta contratual pelas alíneas supracitadas, poderá o empregado pleitear pela alínea “d”, uma vez que o empregador tem o dever de assegurar ao obreiro um ambiente de trabalho saudável.

A falta ensejadora da rescisão indireta se situa tanto na alínea “d”, como nas alíneas “e” e “c” do art. 483 da CLT. Isso porque uma das principais obrigações do empregador é zelar pela segurança e decência no local de trabalho, preservando respeito à vida privada do empregado. Logo, sendo o assédio sexual uma violação desse dever, enquadra-se a conduta faltosa na alínea “d” do art. 483 da CLT (descumprimento da obrigação contratual)

A conduta do assédio sexual também irá ensejar ao empregador, quando esse não for sujeito ativo das incitações sexuais, o direito de voltar-se ao empregado assediante, por rescisão por justa causa, fundamentada nas alíneas “b” e “j” do art.482 da CLT, as quais respectivamente dispõem:

Art. 482 - Constituem justa causa para rescisão do contrato de trabalho pelo empregador [...] b) incontinência de conduta ou mau procedimento; [...] j) ato lesivo da honra ou da boa fama praticado no serviço contra qualquer pessoa, ou ofensas físicas, nas mesmas condições, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem; (BRASIL, 1943)

Segundo Oliveira o enquadramento em cada uma das alíneas geralmente irá depender de qual tipo de assédio sexual ocorreu na situação fática, por intimidação ou por chantagem, sendo que aquele será a incontinência de conduta ou mau procedimento, ou seja, alínea “b”. Ao passo que será por chantagem quando as incitações sexuais se derem por ato lesivo da honra ou da boa fama, ou seja, a alínea “j”.

Regra geral, nos casos de assédio sexual por intimidação ou ambiental a rescisão do autor do delito se opera com base no seu desregramento sexual tipificado na incontinência da conduta, alínea b. No caso de assédio sexual por chantagem ou *quid pro quo* a rescisão é baseada na alínea j do citado dispositivo legal. (OLIVEIRA, 2007, p.116)

Pelo exposto, se verifica a importância da temática na relação de emprego, uma vez que a prática do assédio sexual pode ter repercussões tanto para o empregador, quanto ao empregado assediante e empregado assediador.

Sendo assim, apesar das mulheres ao decorrer dos anos lutarem pela a sua posição de detentora de direitos, especialmente após os movimentos feministas, com os avanços de igualdade de tratamento, ainda se encontra resquícios no imaginário social que as mulheres são mais frágeis que os homens, que devem ser submissas, sendo o assédio sexual um meio para a demonstração do papel de dominância do homem sobre a mulher.

Essa depreciação da figura da obreira se verifica nas origens do assédio sexual, o qual era conhecido como coerção masculina,

no qual queda evidente o pensamento masculino por se achar superior que as mulheres, pode conferi-las tratamento discriminatórios, como no caso do assédio sexual.

Também deve-se ressaltar o papel do movimento feminista pela concretização da igualdade entre os gêneros, o qual trouxe destaque a sociedade da prática do assédio sexual, havendo um câmbio de uma posição de permissividade para a censura dos atos de incitações sexuais.

O assédio sexual não é um ato de ocorrência verificável apenas nos tempos atuais. O que há de novo é fato do surgimento do feminismo ter realçado a luta pela igualdade entre os sexos, o que resultou por dar relevância ao assédio sexual no mundo do trabalho. (COUTINHO, 2014)

O assédio sexual na atualidade se configura como mais uma forma de discriminação de gênero, a mulher ao adentrar ao mercado muda as relações entre os gêneros num novo ambiente, que até então era de dominância masculina. Para reafirmar essa posição de hierarquia dos homens em relação as mulheres, numa sociedade com origens culturais machistas, o assédio sexual se mostra um instrumento eficiente para a imposição desse pensamento. Deve-se ressaltar que apesar das tentativas legislativas para exterminar tal conduta, continua a persistir no cotidiano laboral.

6. Conclusão

Diante de toda a exposição colacionada nesta pesquisa, é possível concluir que o assédio sexual é uma prática que ocorre no cotidiano laboral, as mulheres ao ingressar em num ambiente que era de dominância masculina acabam por transformar as relações entre gêneros na relação de trabalho. Essa mudança no meio laboral trouxe novas situações, uma delas o assédio sexual.

Deve-se ressaltar que através da análise feita verificou-se que o assédio sexual estava presente no cotidiano das obreiras muito antes

do interesse que tal conduta obteve na atualidade. Antes era visto como um exemplo de coerção masculina, com a evolução do trabalho feminino aliado com a edição de leis em prol da igualdade e os movimentos feministas a prática do assédio sexual passa a chamar atenção e a partir do final dos anos setenta começa nos Estados Unidos o julgamento das primeiras decisões acerca do tema.

Outra problemática discutida nessa pesquisa foi a conceituação do assédio sexual, uma vez que se trata de uma manifestação social, o que para determinado indivíduo não passa de um simples galanteio, outro indivíduo pode ter outra percepção da conduta. Entretanto verificou-se na doutrina que usualmente há a necessidade da presença de três elementos para a configuração do assédio sexual: deverá haver conotação de intenções sexuais, ser repelida pela parte passiva, e que essa conduta de alguma forma seja prejudicial na relação de trabalho.

No que diz respeito às relações de trabalho essa proporcionar um ambiente ideal para o desenvolvimento da prática do assédio sexual, devido a sua característica de imposição, de dominância do sujeito ativo sobre a vítima. Uma vez que na relação de emprego está presente o poder de subordinação, relação de dominância a qual se submete todo trabalhador, poderá esse poder ser utilizado como meio de obtenção de vantagens sexuais.

Buscou-se ainda demonstrar quão incidente é a prática do assédio sexual em relação às mulheres. Segundo dados buscados nas mais diversas doutrinas sobre o tema constatou-se um percentual alto de obreiras que já tiveram que suportar alguma forma incitação sexual indesejada a qual foi repelida pela vítima.

Dessa forma verificou ser o assédio sexual um dos grandes instrumentos disponíveis de discriminação da mulher na relação de trabalho, e que apesar da relevância que o tema obteve a partir da década de 70 continua a ser um problema recorrente nas relações empregatícias tanto no Brasil quanto mundialmente.

7. Referências

- AIEXE Egídia Maria de Almeida. Uma conversa sobre direito humanos, visão da justiça e discriminação. In: VIANA, Márcio Tulio; RENAULT, Luiz Otávio Linhares (Coords.). **Discriminação**. São Paulo: LTr, 2000.
- BARBOSA JUNIOR, Floriano. **Direito à intimidade como direito fundamental e humanos nas relações de emprego**. São Paulo: LTr, 2008. p.74.
- BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 7. ed., rev. e atual. São Paulo: LTr, 2011.
- _____. Discriminação no emprego por motivo de sexo. In: VIANA, Márcio Tulio; RENAULT, Luiz Otávio Linhares (Coords.). **Discriminação**. São Paulo: LTr, 2000.
- _____. O assédio sexual no direito comparado. In: SENTO-SÉ, Jairo (Coord.). **Desafios do direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2000.
- BRASIL. Decreto lei n.5.452, 1943.
- BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de. **Discriminação no trabalho**. São Paulo: LTr, 2002.
- CALIL, Léa Elisa Silingowschi. **História do direito do trabalho da mulher: aspectos histórico-sociológicos do início da República ao final deste século**. São Paulo. LTr, 2000.
- COUTINHO, Maria Luiza Pinheiro. **Discriminação no Trabalho: Mecanismos de Combate à Discriminação e Promoção de Igualdade de Oportunidades** Disponível em: < http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/discrimination/pub/oit_igualdade_racial_05_234.pdf > Acesso em 09 de abril de 2014.
- DELGADO. Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012.
- _____. Maurício Godinho. Proteções contra discriminação na relação de emprego. In: VIANA, Márcio Tulio; RENAULT, Luiz Otávio Linhares (Coords.). **Discriminação**. São Paulo: LTr, 2000.

GENEBRA. Convenção n.111, 1958.

GOIS, Luiz Marcelo F. de. Discriminação das relações de trabalho In: PIOVESAN, Flávia; CARVALHO, Luciana Paula Vaz de (Coords.). **Direitos Humanos e direito do trabalho**. São Paulo: Atlas, 2010.

GONZATTO, Mabel Flório Real. Assédio sexual nas relações de emprego: uma questão de discriminação em razão do sexo. In: POMBO, Sérgio Luiz da Rocha; DALLENGRAVE NETO, José Affonso; GUNTHER, Luiz Eduardo (coords.). **Direito do trabalho: reflexões atuais**. Curitiba: Juruá, 2007.

GOSDAL, Thereza Cristina. **Discriminação da mulher no emprego: relações de gênero no direito do trabalho**. Curitiba. Genesis, 2003.

HOUAISS, Antonio; VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

HUSBANDS, Robert. **Análisis internacional de las leyes que sancionam el acoso sexual**. Revista Internacional del Trabajo. Ginebra., v.112, n.01 (jan./nov. 1993).

KIPER, Claudio Marcelo. **Derechos de las minorías ante la discriminación**. Buenos Aires: Hammurabi, 1998.

OLIVEIRA, Lamartino França de. **Assédio sexual no trabalho**. In: CESÁRIO, João Humberto (Coord.). Justiça do trabalho e dignidade da pessoa humana: algumas relações do direito do trabalho com os direitos civil, ambiental, processual e eleitoral. São Paulo: LTR, 2007.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **O assédio sexual na relação de emprego**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2011.

PINHO, Leda de Oliveira. **Princípio da igualdade: investigação na perspectiva de gênero**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005.

SANTOS, Aloysio. **Assédio sexual nas relações trabalhistas e estatutárias**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

PINHO, Leda de Oliveira. **Princípio da igualdade: investigação na perspectiva de gênero**. Porto Alegre.

A igualdade de gênero como um direito humano fundamental nas relações sociais de trabalho

Naomi Sugita Reis¹

1. Introdução

O princípio da igualdade já está consagrado no âmbito dos Direitos Humanos, o que implica em uma irradiação deste para outras áreas do Direito, as quais se mostram vinculadas intrinsecamente entre si.

A igualdade, apesar de ser algo que, há tempos, está presente na base da sociedade, sempre foi (e continuará sendo) alvo de inúmeras reinterpretações e modificações, eis que, no seu início, tratava de igualdade entre “cidadãos”, termo esse que abrangia, meramente, os homens com certo poder econômico. Então, passados os anos, essa igualdade entre cidadãos foi sofrendo alterações para sempre ir se adequando à realidade social, abrangendo, pouco a pouco, as pessoas que seriam enquadradas como, efetivamente, “iguais”. E de que se trata o Direito, se não de uma ciência que vai se reinventando a cada avanço que a humanidade dá?

No início do século XX, essa humanidade que, por um lado, sofrera grandes perdas, sejam elas populacionais, sociais ou políticas, tendo em vista as duas Guerras Mundiais; também

¹ Graduada na Faculdade de Direito do Centro Universitário Curitiba. Membro da delegação brasileira na *Commission on the Status of Women 63* promovida pela Organização das Nações Unidas - ONU.

contou com uma maior tutela no âmbito do trabalho, que passou a ter representação a nível internacional com a instituição da Organização Internacional do Trabalho, assim como presenciou o nascimento dos direitos humanos, com as Nações Unidas e, principalmente, com a Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Tanto o Direito do Trabalho, quanto os Direitos Humanos foram desenvolvidos *pela* humanidade e *para* a humanidade. Ambos são ramos do Direito que tratam de uma melhor qualidade de vida para os indivíduos, bem como uma melhor vivência, uma melhor relação social e, em linhas gerais, tratam de uma sociedade mais sã e bem amparada. E de que se trata o Direito, se não de uma ciência que tutela a humanidade, visando ao seu melhor?

A relação que o Direito do Trabalho tem para com os Direitos Humanos, a grosso modo, pode não parecer tão latente, entretanto, ela se apresenta como uma das relações entre áreas do Direito mais necessárias.

2. A importância da organização internacional do trabalho para a consolidação da justiça social e dos direitos humanos

A partir da primeira Revolução Industrial, datada do século XVIII, a sociedade ocidental inseriu-se, fortemente, em uma condição laboral. A vida rural cedeu espaço às cidades e pólos urbanos, que passaram a contar com a maior parte das populações e, com isso, essa sociedade, que antes era substancialmente rural e agrícola, passou a ser urbana e, conseqüentemente, laboral, a qual contava com duas figuras de destaque: a burguesia e o proletariado. A primeira sendo dona da produção e a segunda sendo a classe operária.

A humanidade entrou, de maneira descoordenada, em um mundo que lhe era antes desconhecido, mundo esse que veio acompanhado de um pacote de novidades, bem como o prelúdio das relações de trabalho na forma que conhecemos hoje, eis que

fora sendo substituído, gradativamente, o trabalho artesanal pelo assalariado.

Neste mundo, despontou-se uma verdadeira exploração da mão de obra, com condições de trabalho insalubres e uma enormidade de serviço direcionadas a cada trabalhador, cuja principal função era de gerar lucro para seus patrões, o que acarretava em longas horas de jornada combinadas a remunerações irrisórias. Remunerações essas que se mostravam diminutas, caso sua receptora fosse uma mulher.

Sendo assim, ressalta-se a enorme necessidade que a sociedade tinha de uma regulamentação proveniente por parte do Direito, o qual sofrera uma ramificação, para especializar-se na temática trabalhista, a fim de que pudessem ser estabelecidos parâmetros de um trabalho digno, necessário para uma vida digna, conseqüentemente.

O Direito do Trabalho foi se estabelecendo, ao longo do tempo, por meio de reivindicações e lutas sociais por parte dos trabalhadores, as quais impulsionaram o Estado, bem como seus empregadores, a irem tomando medidas cada vez mais protetivas e assecuratórias.

A partir do momento em que o trabalho passou a se institucionalizar, trabalho esse cuja função era de “dignificar o homem” (FRANKLIN, Benjamin), podemos perceber que, em realidade, a dignidade pouco tinha relação com os serviços e tarefas realizados pelos trabalhadores, os quais passavam a maior parte de teu tempo hábil em condições degradantes, o que incorria em uma vida, puramente, degradante.

O Direito do Trabalho se instituiu, justamente, para apaziguar os ânimos da população, bem como para tentar trazer um pouco dessa dignidade perdida de volta ao proletariado, o qual se via enclausurado em uma situação de puro desespero.

Sendo assim, em um cenário pós-guerra hostil, porém esperançoso, surgira, em meio a diversas outras medidas de incentivo e afirmação à salvaguarda da vida e da dignidade

humana, a Organização Internacional do Trabalho, na Conferência da Paz como parte do Tratado de Versalhes, no ano de 1919.

Os fundamentos da OIT apresentam-se como a consolidação da justiça social em prol da paz mundial, assim como a implementação e a efetividade internacional dos Direitos Humanos, em especial os de 2ª geração, representados pelos direitos econômicos, sociais e culturais.

Para a promoção da supramencionada “justiça social” e, conseqüentemente, para que possa ser atingida a paz mundial, a OIT se utiliza de formulações e aplicações de normas internacionais atinentes ao trabalho realizado por homens e mulheres, representadas por suas Convenções e Recomendações que, ao serem ratificadas, passaram a integrar o ordenamento jurídico de cada Estado-membro.

O contexto social da primeira metade do século XX fora marcado por inúmeras atrocidades cometidas ao ser humano, pautadas na intolerância, na discriminação, assim como na superioridade de uma parcela da sociedade em detrimento das outras, portanto, as Organizações Internacionais que surgiram nessa época são um reflexo do cenário de desordem social que instalara-se, fazendo com que elas prezassem, justamente, pela “reconstrução dos valores éticos e morais em favor da internacionalização dos direitos sociais, destinados a *todo ser humano*” (GURGEL, 2010).

2.1 A Declaração de Filadélfia de 1944

No ano de 1944, em uma das diversas Conferências Internacionais do Trabalho realizadas, fora adotada a Declaração de Filadélfia como um anexo à Carta constitutiva da Organização Internacional do Trabalho, cujo objetivo era implantar princípios e objetivos que permeassem suas atividades, tais como Convenções e Resoluções.

Diante de toda essa conjuntura, podemos ver que a Declaração de Filadélfia mostrou-se tão fidedigna a preceitos atinentes aos Direitos Humanos que, inclusive, servira como referência para a elaboração da Carta de São Francisco, a qual instituiu as Nações Unidas no ano de 1945 e para a elaboração da Declaração Universal dos Direitos Humanos, assinada três anos depois.

Com o surgimento e consolidação de uma Organização Internacional como as Nações Unidas, que visa à proteção dos Direitos Humanos, a Organização Internacional do Trabalho, de certo modo, ajustou-se aos moldes dessa nova potência internacional e intergovernamental para integrá-la, no ano de 1946, como sua primeira agência especializada.

Em linhas gerais, percebe-se, portanto, que a OIT não apenas precedeu à ONU, mas a inspirou a ter seus objetivos pautados em Direitos Humanos, os quais mostram-se tão necessários à sociedade como um todo.

Estabeleceram-se, na mesma fonte normativa, quatro ideias fundamentais, as quais dão a essência da OIT, desde a década de 1940 até os dias atuais, quais sejam: o trabalho deve ser fonte de dignidade; o trabalho não é uma mercadoria; a pobreza, em qualquer lugar, é uma ameaça à prosperidade de todos; todos os seres humanos têm o direito de perseguir o seu bem estar material em condições de liberdade e dignidade, segurança econômica e igualdade de oportunidades.

Um dos objetos centrais da Declaração de 1944 é, especialmente, o combate à discriminação, especialmente quanto à raça, ao sexo ou ao credo. No que tange a questão de gênero, o mundo surge perante as mulheres em dois âmbitos distintos: o público e o privado, sendo elas excluídas desse e enclausuradas neste (RAPOSO, 2004).

A proeminência da Organização no que tange a proteção dos direitos sociais e humanos fora tanta que, no ano de 1969, recebera o Prêmio Nobel da Paz e, junto a ele, a consolidação sua influencia

global em virtude da afirmação do Presidente do Comitê no sentido de que “a OIT tem uma influência perpétua sobre a legislação de todos os países” e deve ser considerada “a consciência social da humanidade”.

2.2. A Declaração sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho, de 1998

A Conferência Internacional do Trabalho, em sua 87^a Sessão, adotou a Declaração dos Direitos e Princípios Fundamentais no Trabalho, direitos esses representados por oito Convenções da OIT, as quais dispõem sobre: liberdade sindical, direito de sindicalização e negociação coletiva, erradicação do trabalho infantil, abolição do trabalho forçado e obrigatório, não discriminação nas relações de trabalho e, por fim, igualdade salarial entre homens e mulheres.

Cada uma das Convenções mencionadas pela Declaração possui como base jurídica os Princípios da Dignidade da Pessoa Humana e da Igualdade e Não Discriminação, fazendo com que tenham a qualidade de Tratado de Direitos Humanos.

A Conferência também definiu a ratificação universal dessas Convenções como um objetivo e estabeleceu as bases para um amplo programa de cooperação técnica da OIT com seus Estados Membros, visando contribuir à sua efetiva aplicação e criando um mecanismo de monitoramento dos avanços realizados.

Neste tema, cumpre salientar as Convenções ns. 100 e 111 da OIT, as quais versam sobre os temas de “Igualdade de remuneração entre homens e mulheres para trabalho de igual valor” e “Não discriminação nas relações de trabalho”, respectivamente. Ambas constam na Declaração sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho de 1998, fazendo com que os Princípios da Dignidade da Pessoa Humana e da Igualdade e Não Discriminação tivessem “plena efetividade” (GURGEL, 2010).

A maior parte da população mundial está acobertada pelas Convenções da OIT, em especial a n^o 100 e a n^o 111, ou seja, a proteção à igualdade de gênero está bem assentada no âmbito laboral internacional e, em decorrência, nacional.

A Convenção n^o 100 veio como um importante aparato no combate à discriminação, tendo em vista que trata, especificadamente, acerca de igualdade de remuneração entre homens e mulheres que exerçam a mesma função, fundada no Princípio da Igualdade e Não Discriminação.

A Declaração de 1998, ao aclamar a Igualdade e Não Discriminação, instituiu a necessidade de medidas afirmativas nas relações laborais, como forma de combater a desigualdade econômica e a exclusão social (GURGEL, 2010).

2.3. Declaração da OIT Sobre Justiça Social para uma Globalização Justa

A Conferência Internacional do Trabalho implementou, no ano de 2008, a Declaração da OIT Sobre Justiça Social para uma Globalização Justa, a qual versou, especialmente, sobre o processo de cooperação e integração econômicas, bem como a integração econômica mundial. Nesse sentido, ela previu a necessidade de uma distribuição equitativa entre os indivíduos para que pudesse ser alcançada a justiça social, conceito sociológico pautado na igualdade de direitos e na solidariedade coletiva.

A igualdade entre homens e mulheres e a não discriminação, são temas que demonstraram grande crescimento no âmbito da Organização Internacional do Trabalho, tendo em vista que, suas duas últimas Declarações trouxeram, em seu bojo, menção à não discriminação em virtude do gênero, enquadrando a igualdade de gênero, bem como a não-discriminação como uma questão de Direitos Humanos por meio da Declaração sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho, de 1998 e, ao implantando-a

como um dos objetivos para o alcance da Justiça Social para uma Globalização Justa, por meio da Declaração de 2008.

Sendo assim, pode ser traçado um paralelo e, conseqüentemente, pode ser estabelecido que a igualdade de gênero entre homens e mulheres e a não-discriminação são "questões transversais" no estabelecimento e perfazimento dos objetivos supramencionados, sendo, portanto, essenciais para a construção de uma sociedade que preconize a igualdade.

3. O princípio da igualdade

Em virtude de sua ampla conotação, o princípio da igualdade, conforme Claudio Petrini Belmonte, figura como base de diversos direitos fundamentais, a exemplo do artigo 5º da Constituição Federal de 1988. O renomado jurista, ainda ressalta que a igualdade não pode ser vista como algo absoluto, em virtude de sua tendência ao relativismo, por implicar uma série de fatores que influenciam em sua concepção, impossibilitando a igualdade plena em todos os aspectos do ser humano (BELMONTE, 1999).

Nesse sentido, Luiz Henrique Barbugiani conclui que a essa relatividade é que legitima a análise de sua constante evolução e aplicação de seu conteúdo na sociedade, a fim de deixá-la cada vez mais de acordo com os preceitos da justiça social e liberdade (BARBUGIANI, 2015).

3.1 Igualdade de gênero e Direitos Humanos

Existem certos direitos que são considerados como "essenciais e indispensáveis" para uma vida digna por causa de toda a carga axiológica que possuem. Em consequência da sua importância em relação aos demais direitos, alguns deles se sobressaem e atingem o patamar de *princípio*.

A ideia de que o ser humano deve ser valorizado está atrelada diretamente com o Princípio da Dignidade da Pessoa

Humana. Esse princípio preconiza que os homens e mulheres, entre si e entre seus iguais, não podem sofrer nenhuma comparação ou distinção. A dignidade atribuída aos seres humanos deve ser, conforme afirma Yara Maria Pereira Gurgel, “destituída de qualquer fator moral, religioso ou econômico” (GURGEL, 2010), fazendo com que esse conceito seja abrangente, ao ponto de ser destinado aos seres humanos em si, despidos de qualquer qualidade além dessa.

O filósofo alemão Immanuel Kant, a dignidade somente poderá ser atribuída ao que for insubstituível, que possua valor absoluto. Em outras palavras, a dignidade só poderá ser atribuída ao ser humano, dada a sua qualidade de ser único.

A dignidade da pessoa humana possui intrínseca relação com o princípio da igualdade, eis que esta é revestida de certos princípios jurídicos, quais sejam: Princípio da Integridade Física e Moral Psico-Física, Princípio da Liberdade, Princípio da Solidariedade e , por fim, Princípio da Igualdade.

Os princípios passaram a ser dotados de importância jurídica com o advento da Declaração Universal dos Direitos do Homem, no ano de 1948, instrumento normativo qualificado como *soft law*, mas que trouxe profundas mudanças para o contexto social do século XX – mudanças essas que continuam surtindo efeito até os dias atuais. Antes desse marco, os princípios, por mais que fossem algo presente na seara jurídica; eram “despidas de normatividade” (GURGEL, 2010).

Desde a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, o trabalho passou a ser considerado como um "direito inalienável" e, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, a qual teve seu texto embasado nos preceitos erigidos pela OIT, seguiu no mesmo entendimento ao consagrar o Direito do (e ao) Trabalho como algo inerente aos seres humanos, sejam eles homens ou mulheres, apesar de ambas as Declarações se referirem apenas a uma figura central, qual seja, o "homem", como pode ser analisado tanto no próprio título da Declaração de 1789, quanto no

artigo 23 da Declaração de 1948 ao mencionar, por exemplo, que "todo o homem, sem qualquer distinção, tem direito a igual remuneração por igual trabalho".

O problema acima relatado é reflexo de um machismo institucional, presente desde os primórdios da humanidade e presente até o presente momento, vez que até em nossos dicionários atuais (ainda) encontramos a exaltação do substantivo "homem" a sinônimo de "humanidade" como um todo.

O papel da mulher, conforme os ditames da sociedade na qual o sujeito masculino se prepondera, é de figurar como uma versão – inferior – do homem, cujo objetivo principal assim como função existencial seria conceber ou parir outros homens, eis que uma de suas funções subsidiárias seria a de figurar como parceira sexual do homem como cônjuge, esposa, e até como amante, ou "concubina".

Com a aquisição do status de “proposições embasadoras de todo o Sistema Jurídico” (GURGEL, 2010), os princípios da Dignidade da Pessoa Humana, da Igualdade e da Não-Discriminação passaram a figurar nesse sistema, como normas condutoras, fazendo com que todas as demais normas tenham que se adequar a elas, a fim de que se instaure efetiva harmonia.

A igualdade de gênero é considerada por muitas organizações internacionais, tal qual a UNESCO, como "um elemento essencial na construção da justiça social e uma necessidade econômica" (UNESCO, 2017).

Portanto, cumpre trazer o entendimento de Boaventura de Souza Santos, no sentido de que "a hegemonia dos direitos humanos como linguagem da dignidade humana é hoje incontestável. No entanto, esta hegemonia convive com uma realidade perturbadora. A grande maioria da população mundial não é sujeito de direitos humanos. É o objeto de discurso de direitos humanos" (SANTOS, 2013).

3.2 Igualdade de gênero no Direito do Trabalho

Por mais que a disparidade de tratamento dada aos homens e às mulheres, no ambiente laboral, seja gritante, pode-se dizer que o compilado de normas trabalhistas, efetivamente, "considerou a mulher enquanto trabalhadora, *despreocupando-se* com a mulher dona de casa, mãe de família e esposa" (LIMA, 1993) em função de ela ser equiparada aos homens como "titular de força de trabalho".

Entretanto, sabe-se que, na prática, essa despreocupação — que deveria se restringir à sua vida íntima — é evidenciada também no âmbito social, pela sua simples e inerente condição de *mulher*, fazendo com que seja desconsiderada e menosprezada, como prática corriqueira de uma sociedade, tradicionalmente, machista.

Ao ser equiparada ao homem no âmbito laboral, a mulher acaba por perder boa parte das oportunidades de emprego e, inclusive, acaba auferindo menos renda em virtude, simplesmente, da sua condição de mulher.

Em virtude disso é que a implantação e efetivação da igualdade material na sociedade mostra-se tão essencial, eis que não basta simples equiparação entre os indivíduos dos diferentes gêneros, mas sim, *ações afirmativas*.

A justiça social, no âmbito laboral, é amplamente associada à discriminação. Embora possa parecer, em um primeiro momento, que a justiça social e, conseqüentemente, a ideia de igualdade sejam incompatíveis com práticas discriminatórias em diversos níveis da sociedade, esta se mostra, de fato, tão necessária quanto a não discriminação, resguardada na forma de princípio.

Desta forma, cumpre evidenciar os dois tipos de discriminação (COSTA, 1998): a positiva, que é efetivamente benéfica para uma sociedade equilibrada, pautada na igualdade material e na equidade, resultando em ações afirmativas; e a negativa, caracterizada pela realização de práticas discriminatórias

e ocasionando as chamadas "injustiças sociais", norteadas pelo preconceito.

4. A mulher nas relações sociais de trabalho

A Organização Internacional do Trabalho e, em consequência, o Direito do Trabalho, possuem intrínseca relação para com os Direitos Humanos que, por serem universais e absolutos, prevêm um senso de proteção incontestável. Destarte, os "direitos humanos sociais-trabalhistas" (SÜSSEKIND, 2000), segundo Arnaldo Süssekind, comprovam a complementação realizada entre o direito natural e o direito positivo.

Alguns dos Direitos Humanos, ao serem adaptados para o âmbito laboral, adquirem o status de "Direitos Humanos do Trabalho", tal como o direito à vida, à liberdade, à privacidade, à integridade física e, ao nosso objeto de análise, qual seja: o direito à igualdade, como pode ser percebido pela Convenção n. 100 da OIT, que prevê a igualdade de remuneração a homens e mulheres por trabalho de igual valor.

A figura da mulher na sociedade é vista como secundária em relação à figura do homem e isso não é algo a ser contestado. A disparidade que fora sendo criada entre os gêneros ao longo da história nos colocou em uma posição que vem se mostrando difícil de ser revertida – mas não impossível.

Os movimentos feministas, cujo escopo sempre fora a busca por igualdade, vieram tomando cada vez mais força nos últimos séculos. A mulher, que antes era vista como um ser relativamente (quando não absolutamente) incapaz à luz do Direito, como impura à luz da Religião e como inferior à luz da sociedade tratou, a duras penas, de se auto afirmar e de lutar por direitos iguais, sejam eles quais forem.

Uma das reivindicações de mais peso fora, sem sombra de dúvidas, aquela no âmbito laboral. O trabalho da mulher, que antes era quase exclusivamente de índole doméstica ou agrícola, passou

a ocupar, com a industrialização, uma posição mais próxima àquela do homem. E, com o advento das Guerras Mundiais, essas posições acabaram por se aproximar de uma maneira nunca antes vista: em decorrência da falta de homens nas fábricas, as mulheres assumiram posições não ocupadas tradicionalmente por elas — o que as provou capazes de realizar os trabalhos que, originalmente, eram direcionados apenas para os homens.

Ao término das guerras que assolaram o mundo no início do século XX, a figura feminina, já havia se consolidado no âmbito laboral como nunca antes visto. Os homens, que estavam de volta a sua rotina, depararam-se com uma nova força de trabalho — a força feminina. A sociedade se reinventara sem nem perceber.

Sendo impossível de retornar ao *status quo ante*, tiveram que ser feitas diversas adaptações para que pudesse existir uma harmonia entre homens e mulheres no espaço de trabalho. A mulher havia assumido um posto de suma importância e não abriria mão dele tão facilmente.

Consequentemente, foram sendo criadas novas funções e, com o rápido desenvolvimento, tanto industrial, como social, que o século XX presenciou, fora nascendo, inclusive, certas funções dentro do ambiente laboral. Dentre essas funções, o mercado acabou por direcionar algumas especificamente para mulheres, como a de secretária, de assistente, de empregada doméstica, de babá etc.

Voltamos, mais uma vez, ao cerne do problema: a mulher, que sempre se encontrou, tradicional e endemicamente em uma posição de menos destaque, acabou por sofrer uma discriminação também em seu local de trabalho. Apesar de o sexo feminino ter conquistado, supostamente, uma posição de igualdade com os homens por um breve período de tempo ao substituí-los nas indústrias, seria apenas em função da falta de mão de obra masculina pois, ao competir, frente a frente, com um homem, a mulher perde vez e acaba por ser colocada em uma posição, como

já mencionada, secundária, seja na função, seja na percepção da remuneração.

Nesse sentido, pode-se dizer que a Convenção n. 100 da OIT veio em boa hora, eis que, nos anos 50, tem-se o início da vida da mulher carreirista, da mulher que passou a, finalmente, ter uma possibilidade de ingressar no mesmo espaço de trabalho que os homens.

A população feminina pode apenas ser enquadrada como "minoria" em relação à sua desvantagem social, eis que, no aspecto populacional, elas são, efetivamente, maioria. E isso faz com que as mulheres passem a ter uma maior representação em diversos aspectos da sociedade, dentre eles, no mercado de trabalho. A demanda por trabalho acaba sendo um impulsionador na entrada de mulheres no âmbito laboral, eis que elas representam o maior núcleo de mão de obra.

Por mais que os números atuais e a situação pareçam favoráveis a uma maior representatividade feminina no mercado de trabalho, o desemprego voltado a essa parcela da sociedade ainda se sobressai. A taxa de desemprego das mulheres em relação à dos homens é superior na maior parte do mundo, o que é um reflexo direto das políticas sociais (BARBUGIANI, 2015).

No que se refere as políticas sociais, podem ser tomadas como exemplo às de fomento da igualdade de gênero reconhecidas pela ONU e implementadas pelos países nórdicos no final do século XX. Somando tais políticas a um nível de educação elevado, pode-se atingir uma *maior igualdade* de participação de homens e mulheres no mercado de trabalho e é o resultado que tais políticas obtiveram no século XXI (MELKAS, Helina; ANKER, Richard).

Contudo, igualdade de participação não significa, necessariamente, que homens e mulheres teriam igualdade de concorrência, eis que é percebida uma maior incidência de homens em profissões envolvendo engenharia, matemática, cargos diretivos e de alta proeminência, enquanto mulheres se voltam mais para aquelas que compreendem um nível mais baixo de

estudo, em atuações como governantas, babás, secretárias, funcionárias de escolas infantis etc.

Salienta-se, contudo, que existem, sim, homens que ocupam cargos menos avantajados na sociedade, bem como existem mulheres que ocupam cargos de direção e destaque. Entretanto, essa é a exceção. O que se vislumbra é o fato de as mulheres, muitas vezes, não possuírem o mesmo acesso a determinadas profissões do que os homens inseridos em uma mesma "classe" social, seja pela pouca educação, seja pela discriminação negativa.

Essa disparidade se dá em virtude de a mulher ser a pessoa encarregada pela sociedade para cuidar da casa e de seus filhos, ou seja, a figura feminina fica conformada ao ser automaticamente relacionada ao ambiente doméstico, enquanto a figura masculina é que teria maior facilidade de acesso ao mercado de trabalho, eis que seria a sua função social prover para o lar.

As dificuldades apresentadas às mulheres em sua vida ativa são inúmeras, visto que não se restringem meramente a um acesso ao mercado de trabalho dominado pela figura masculina mas, se perfazem por toda sua vida laboral. No momento em que a mulher ultrapassa a primeira barreira de competitividade para ingressar em um emprego, ela será inserida em um ambiente de trabalho que é, na maioria das vezes, hostil à sua condição de mulher. E essa dificuldade diária de autodeterminação e aceitação pode ser vista nos mais diversos locais de trabalho, podendo ser em uma micro-empresa e até mesmo em multinacionais.

Com isso, nota-se que a igualdade possui uma grande rival: a segregação. A sociedade, seja aquela nos anos pós-guerra, seja a atual, tem um vício de conformar determinadas profissões a um gênero específico.

Por mais que, cientificamente, tenha sido comprovado que homens e mulheres possuem diferenças fisiológicas, bem como na estruturação do cérebro e, inclusive na forma de pensar e de resolver problemas, essas diferenças não justificam a referida segregação de gênero que encontramos no mercado de trabalho,

eis que ambos os sistemas nervosos possuem ampla competência para qualquer atividade intelectual (BENTIVOGLIO, Marina).

A neurocientista italiana Marina Bentivoglio afirma que as aptidões próprias dos homens e das mulheres, ao invés de se apresentarem como um empecilho, é, em verdade, algo benéfico para a sociedade, eis que elas não privilegiam um gênero sobre o outro, mas estimulam uma complementaridade" (BENTIVOGLIO, Marina).

Essa complementariedade entre os gêneros está, de certa maneira, inserida na própria Convenção n. 100 da OIT, ao passo que esta previu que tanto o homem quanto a mulher têm a aptidão de realizar um trabalho de igual valor e, ainda, têm o direito de receber uma mesma remuneração por este trabalho.

Em linhas gerais, esta Convenção, datada da década de 50 atesta e consolida o que vem sendo defendido há séculos, bem como consolida uma luta que ainda se mostra relevante na defesa dos direitos humanos: a igualdade de gênero.

5. Conclusão

Apesar de todo o arcabouço legal e social que ampara e enaltece a igualdade entre homens e mulheres, pode-se perceber que este ainda é um problema que deve ser defendido com afinco, tendo em vista sua extrema importância para os outros aspectos da vida em sociedade.

Existe um motivo pelo qual a igualdade, em si, é considerada como um Princípio de Direitos Humanos e isso se dá em função de o tratamento igualitário a todos ser o pontapé inicial para a efetivação de outros direitos, sejam eles quais forem. Sem uma sociedade igualitária, não pode ser vislumbrada uma sociedade justa e sem uma sociedade justa, não há segurança em existir.

No âmbito da igualdade de gênero, cumpre ressaltar que as lutas sociais femininas mostram-se necessárias para uma maior igualdade entre homens e mulheres. Igualdade esta que ainda não

está amplamente disseminada e nem consolidada pelas sociedades atuais.

Pode-se perceber que as mulheres vêm percorrendo um longo e árduo caminho em busca de uma plena aceitação de sua condição feminina, bem como de uma igualdade de chances para com os homens, especialmente no âmbito laboral.

A cada ano de resistência, as mulheres conquistam, cada vez mais na sociedade, um espaço que, na realidade, é delas por direito. E esses avanços sociais são nítidos. Foram obtidos inúmeros direitos que, em momento anterior, eram inimagináveis, mas que hoje são vistos com extrema normalidade como o voto, a propriedade, locomoção, sucessão etc.

E é em função desses avanços em termos de conquistas de direitos é que a Convenção n. 100 da OIT, elaborada na década de 1950, foi um marco para as lutas feministas, vez que, ela fora erigida como um reflexo do embate entre uma sociedade machista e uma sociedade justa. E essa justiça, aqui, é traduzida, simplesmente, por uma igualdade de remuneração para trabalho de igual valor realizado por homens e mulheres.

Mais de meio século se passou desde a Convenção n. 100 e o que pode ser percebido é que tiveram, sim, avanços no que tange a igualdade remuneratória entre homens e mulheres, assim como em outros aspectos sociais. Entretanto, esses avanços foram, apenas, no sentido de reduzir a drástica diferença entre ambos os gêneros e não no sentido de, efetivamente, igualiza-los.

6. Referências

BELMONTE, Claudio Petrini. **O sentido e o alcance do princípio da igualdade como meio de controle da constitucionalidade das normas jurídicas na Jurisprudência do Tribunal Constitucional de Portugal e do Supremo Tribunal Federal do Brasil.** 1999 In: BARBUGIANI, Luiz Henrique Sormani. **Igualdade de gênero: o redimensionamento da concepção da igualdade material no âmbito laboral,** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

BARBUGIANI, Luiz Henrique Sormani. **Igualdade de gênero: o redimensionamento da concepção da igualdade material no âmbito laboral**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

COSTA, Sandra Morais de Brito. **Dignidade humana e pessoa com deficiência: aspectos legais e trabalhistas**. São Paulo: LTr, 2008. p. 46.

EUROPA. Disponível em: <<http://europa.eu/scadplus/leg/es/cha/c10153.htm>> Acesso em: 8 mar. 2007. In: GURGEL, Yara Maria Pereira. **Direitos Humanos, princípio da igualdade e não discriminação: sua aplicação às relações de trabalho**. São Paulo: LTR, 2010.

GURGEL, Yara Maria Pereira. **Direitos Humanos, princípio da igualdade e não discriminação: sua aplicação às relações de trabalho**. São Paulo: LTR, 2010.

KYRIAKIS, Norma; GRAGNANI, Adriana. **Igualdade**. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, n 41, p. 314, 1994.

LIMA, Paulo Roberto de Oliveira. **Isonomia entre os sexos no sistema jurídico nacional**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1993. p. 13.

MELKAS, Helina; ANKER, Richard. **La segregacion profesional entre hombre y mujeres: investigacion empirica sobre los paises nordicos**. *Revista Internacional del Trabajo, Ginebra*, v. 116, n. 3, p. 371-394, 1997. In: BARBUGIANI, Luiz Henrique Sormani. **Igualdade de gênero: o redimensionamento da concepção da igualdade material no âmbito laboral**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

RAPOSO, Vera Lucia Capareto. **O poder de Eva: o princípio da igualdade no âmbito dos direitos políticos: problemas suscitados pela discriminação positiva**. Coimbra: Almedina, 2004.

SÜSSEKIND, Arnaldo. **Direito internacional do trabalho**. 3 ed. São Paulo: LTR, 2000.

UNIVR MAGAZINE. Disponível em: <<http://www.univr magazine.it/2011/03/25/cervello-femminile-cervello-maschile/>> Acesso em: 05/12/2018

A utilização de um estado cooperativo como proteção ao dumping social entre os Estados

*Beatriz Cobbo de Lara*¹

*Thierry Gihachi Izuta*²

1. Introdução

A ideia central do artigo, visa demonstrar a necessidade de um alinhamento dos mecanismos de proteção dos direitos sociais do Estado nacional com os instrumentos de proteção de direitos a nível internacional, fazendo com que este Estado nacional se torne um Estado Cooperativo com os demais Estados, inibindo as empresas multinacionais fazerem o dumping social.

Em decorrência da globalização da economia e a internacionalização do capital, é necessário o Estado atuar como um mediador das relações, utilizando o Direito para regulamentar essa relação.

Contudo, com a globalização, as empresas sempre visam criar mecanismos para obter uma maior eficiência na sua

¹ Possui graduação em Direito pela Universidade Positivo (2013). Especialista em Direito Tributário (UP). Especialista em Relações Internacionais e Diplomacia (UNICURITIBA). Especialista em Direito Aplicado (EMAP). Especialista em Direito Civil (LFG). Especialista em Direito Público (ESMAFE). Mestranda em Direitos Fundamentais e Democracia (UNIBRASIL).

² Mestrando em Direitos Fundamentais e Democracia pelo Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário Autônomo do Brasil - UNIBRASIL (2018). Advogado. Possui graduação em Direito pelo Centro Universitário UniDOM em Curitiba (PR) (2015). Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUCPR (2016-2017). Membro do Grupo de Pesquisa do Núcleo de Estudos Avançados de Direito do Trabalho e Socioeconômico (NEATES) da PUCPR (2017). Membro do Grupo de Pesquisa do NUPECONST - Núcleo de Pesquisas em Direito Constitucional da UniBrasil (2018)

produção e, com a constante busca na redução dos custos, fazendo com que as empresas busquem lugares onde os custos de produção sejam os mais baixos possíveis e conseqüentemente, obter maior lucratividade.

Esta prática é conhecida como dumping social, que é quando as empresas fecham as operações em um determinado local, por conta do custo da mão de obra ter se tornado um empecilho para a lucratividade da empresa.

Ou seja, as empresas multinacionais que detêm um alto poder com o capital, buscam se instalar em países, onde não há uma legislação/fiscalização rígida de proteção dos direitos trabalhistas, pois, esses Estados dependem daquele capital para desenvolver sua economia, se tornando refém deste capital, precarizando as condições e os direitos dos cidadãos.

Para isso, há a necessidade da abertura e cooperação dos Estados, transformando em Estado Constitucional Cooperativo, para que estes Estados que não possuem poder suficiente, possam competir com o capital de uma empresa multinacional, por exemplo. Alinhando mecanismos de proteção com os demais Estados, evita-se que as empresas se aproveitem da fragilidade dos países que não detêm o capital.

2. Evolução tecnológica de modelos de produção e a globalização

A globalização das economias e as empresas transnacionais que temos atualmente, decorre da máquina a vapor, que preliminarmente nas fábricas, em detrimento ao setor agrícola, criando o trabalho industrial. Com advento da Primeira Revolução Industrial e o uso da eletricidade e motor a combustão, o homem ainda tinha poder sobre a máquina.

Com a Primeira Revolução Industrial que persistiu até o final do sec. XIX, ocorreu uma acentuada mecanização da produção industrial, ainda existia hierarquia nas relações de trabalho entre

superior e subordinado no sistema produção, um engenheiro norte-americano Frederick Taylor implantou um modelo de produção, que consistia na administração do trabalho no viés dos princípios de gerenciamento e organização, conforme leciona Cadidé (2010, p. 567)

A autora Miraglia (2008, p.64) destaca que o modelo de produção nas fabricas que persistiu até a Primeira Guerra Mundial foi modelo taylorismo, pois baseava em apenas no controle do tempo e rendimento do trabalho, fixando ele em apenas uma função, em que obreiro desempenhava esta tarefa específica em um determinado ponto.

Após a Segunda Guerra Mundial, inicia-se o modelo fordista, implementado nos EUA, pelo Henry Ford da indústria automobilística, visando melhorias no sistema de produção de sua empresa, enfatizando o modelo do taylorismo na divisão de trabalho com a otimização do tempo de trabalho e da produção, implementando linhas de produção da empresa, a produção teve um salto tecnológico com a utilização da energia elétrica. Sendo esse modelo de produção que marcou a Segunda Revolução Industrial, contudo, a produção era feita nos países onde estava situada a empresa e exportada para outros países, fazendo com que as empresas da nação de origem, tivesse contato se estabelecesse em outros países para atender a demanda local, tornando-se multinacionais.

O modelo fordista durou até a década de 1970, com os efeitos da Crise do Petróleo, ergue-se um novo modelo de produção industrial, modelo implementado na fábrica de veículos Toyota, o toyotismo conforme conceitua Miraglia (2008, p. 65) “O modelo toyotista de produção impõe às empresas uma concentração maior na sua atividade fim e torna a estrutura mais enxuta, com a desconcentração dos serviços não essenciais”.

O toyotismo permitiu a automação da produção das empresas, com a informatização (computadores pessoais e a internet) entram na fábrica para automatizar tarefas mecânicas e

repetitivas, possibilitando a globalização das economias e das empresas. Desta maneira, permitiu-se flexibilizar a produção, bem como, as normas trabalhistas, com a finalidade de aumentar a produtividade e reduzir custos operacionais, para ter maior competitividade no mercado global.

Nesta toada, o professor Gomes (2011, p.205) ressalta a mudança decorrente da Revolução Tecnológica, afetando a concepção do Direito do Trabalho:

O vertiginoso avanço da automação, aliada à informática e à comunicação para dar lugar a um impulso típico da Revolução Industrial, que vem sendo identificado como Revolução Tecnológica, feriu fundo o núcleo tutelar presente no conteúdo básico do contrato individual de emprego, a ponto de, sob a denominação circunstancial de flexibilização, estar forçando uma revisão conceptual da própria principiologia do Direito do Trabalho.

Corroborado neste entendimento, a autora Bomfim (2010, p.39) destaca os pontos sobre a revolução tecnológica e globalização:

A revolução tecnológica, a globalização da economia e a crise econômica enfrentada por alguns países, acirraram as disputas entre os mercados internacionais, aumentando a competitividade, demandando inovações constantes e revisão da legislação interna, obrigando a redução de custos, na busca de melhores preços e qualidade de produto. Por outro lado, a união entre as telecomunicações e a informática permitiu acelerar o acesso às informações, aumentar as negociações financeiras, que podem até ser simultâneas e quebrar barreiras internacionais para facilitar a compra e venda de qualquer produto, mesmo que oferecido em outro país. Todos esses processos favorecem a integração dos mercados.

Com a globalização, surge a flexibilização dos direitos trabalhistas, com a finalidade de reduzir custos trabalhistas nas

empresas. Entretanto, cabe ressaltar o entendimento do professor Martins (2015, p.584), defendendo que a flexibilização surge para aproximar e acelerar o dinamismo das modificações do Direito do Trabalho com a realidade laboral:

O Direito do Trabalho é um ramo da ciência do Direito muito dinâmico, que vem sendo modificado constantemente, principalmente para resolver o problema do capital e do trabalho. Para adaptar esse dinamismo à realidade laboral, surgiu uma teoria chamada de flexibilização dos direitos trabalhistas.

Em consonância ao entendimento acima, o autor Gomes (2011, p.205) defende o instituto supramencionado, fazendo com que haja a necessidade do Direito do Trabalho acompanhar esta evolução:

Visto que o fenômeno da flexibilização não é causa e sim efeito jurídico de outro, mais amplo, nascido de um inédito potencial de mobilidade do investimento e dos meios de produção industrial, a que se vem denominando de globalização da economia, a pressão dos fatos para a readaptação do Direito de Trabalho se tem feito sentir em todos os quadrantes do globo, variando de intensidade e oportunidade na medida apenas do estágio de evolução de cada grupo.

Pontificando o tema sobre pelo qual surgiu a flexibilização, o autor Nascimento (2011, p.54) destaca:

Os principais fatos que o motivaram são conhecidos: as modificações dos processos de produção, a nova tecnologia, a robotização industrial, o desemprego e o subemprego, o desenvolvimento do setor de serviços, a economia de mercado e a evidência do desgaste da legislação operária ou industrial para uma sociedade nova.

A flexibilização trouxe a possibilidade de precarizar as condições de trabalho, evidenciando as desigualdades sociais dos

países e a ineficiência dos Estados de impedir que seja feita a flexibilização, neste sentido, os autores Izuta e Knihs (2018, p. 333) destacam a realidade brasileira:

As desigualdades sociais, desde do século XXI é considerado um fator de retrocesso ao desenvolvimento econômico de um país, pois a desigualdade social consiste em alguns tipos de desigualdades como: de gênero, racial, etária, de classes, por exemplo. Sendo que, no Brasil a desigualdade social ainda é notória, tendo como principais causas a falta de ensino de qualidade, baixos salários e dificuldade a acesso de serviços básicos; por consequência gera uma favelização, pobreza, desempregos ou sub-empregos, violência, entre outros problemas.

Com isso, o Direito entra em um papel central, como um mecanismo para regulamentar e reduzir as desigualdades sociais, um dos exemplos de equilíbrio que o Estado traz para o privado é o Direito do Trabalho. Pois, ele visa compensar a inferioridade jurídica do trabalhador, lhe conferindo direitos mínimos, impostos por uma legislação rígida, ou seja, o Estado passa a proteger este hipossuficiente.

Em consonância a este entendimento, os Izuta e Knihs (2018, p.335) entendem a importância da constitucionalização dos direitos sociais, bem como destacam o reconhecimento dos tratados internacionais no direito interno:

A constitucionalização dos direitos sociais foi de extrema importância, pois é a comprovação que o Estado busca por meio de intervenção, uma igualdade mínima com intuito de equilibrar a balança do conflito das partes, além de impor uma obrigação ao Estado de criar políticas públicas para se efetivar direitos mínimos para todos. Insta destacar que o Brasil internalizou o pacto San Salvador via decreto nº3321/99, reafirmando o interesse em adotar medidas necessárias no direito interno para efetivar esses direitos.

Ocorre que a globalização das economias e a concorrência, gera uma disputa entre os Estados e as empresas, causando o chamado dumping social, tema que será abordado no próximo tópico, para piorar, atualmente as empresas estão passando por uma nova transformação, a chamada Indústria 4.0³, que é uma evolução do modelo de produção do toyotismo, caracterizada por um conjunto de tecnologias que permitem a fusão do mundo físico, digital e biológico.

3. O dumping social internacional

Conforme já destacado anteriormente, a globalização nasceu em decorrência da evolução dos modelos de produção nas empresas. Permitindo as empresas aumentar sua lucratividade com acesso a diversos mercados em outros países, mas para isso, muitas vezes as empresas precisam se instalar em determinados países estratégicos, para atender uma região, vez que a produção de seu produto no país de origem para exportação não compensaria se fosse produzido localmente.

Com isso, cabe destacar os ensinamentos dos autores Souto Maior, Moreira e Severo (2014, p.18) atualmente sobre a globalização e a empresas:

O panorama hoje é diverso. A sustentabilidade do sistema capitalista passa pela regularidade dos mercados internos, o qual reflete as antigas práticas internacionais, na medida em que, no geral, são impulsionados por capital estrangeiro. Os mercados internos, dada a globalização econômica, são formados por multinacionais e mesmo por empresas nacionais bancadas por capital estrangeiro. Há certa desnacionalização do capital – embora não de forma absoluta – que se comprova pelo fato de que em todo o mundo a produção na indústria de bens da grande circulação está nas mãos de cerca de quinhentas empresas.

³ <http://www.industria40.gov.br/> Acesso em 20/08/2018

Neste sentido, cabe ressaltar o entendimento dos autores Alkimin e Nascimento (2016, p.241) sobre a globalização do capital:

Outro efeito da globalização foi a internacionalização do capital e redução de barreiras do comércio, com abertura das fronteiras comerciais para livre exportação e importação, além da internacionalização da mão de obra com livre circulação de trabalhadores nacionais e estrangeiros.

Ocorre que para que esses países recebam estas empresas, utilizam mecanismos para atrair este capital estrangeiro ou fomentar a empresa regional perante ao mercado internacional, para que haja uma redução no custo final do produto da empresa perante a concorrência. Corroborado com este entendimento, cabe destacar o conceito de dumping segundo o governo brasileiro⁴:

Considera-se que há prática de dumping quando uma empresa exporta para o Brasil um produto a preço (preço de exportação) inferior àquele que pratica para o produto similar nas vendas para o seu mercado interno (valor normal). Desta forma, a diferenciação de preços já é por si só considerada como prática desleal de comércio.

Contudo, o objeto de estudo, está relacionado aos efeitos do dumping, mas em relação a legislação trabalhista, a prática é conhecida como dumping social, neste sentido, as autoras Casagrande e Antunes (2014, p.364) conceituam o entendimento acerca do tema:

O dumping social é utilizado como prática de concorrência desleal, objetivando a diminuição do preço final do produto mediante a redução de custos com a mão de obra, em função da aplicação de legislações trabalhistas brandas ou, até mesmo, inexistentes, com implicações que denotam o desrespeito à

⁴ <http://www.mdic.gov.br/index.php/comercio-externo/defesa-comercial/205-o-que-e-defesa-comercial/1768-dumping> Acesso em 03/09/2018

dignidade da pessoa humana e aos direitos e benefícios trabalhistas mínimos.

Os autores Dutra e Santos (2017, p. 193) destacam os problemas que causam ao trabalhador que sofre da empresa pratica o dumping social:

Este tipo de prática não só desequilibra a livre concorrência entre as empresas, como tem seus efeitos irradiados em outros campos da vida social. À medida que um empregador negligencia os direitos trabalhistas (que são uma medida de equalização frente ao seu poder de barganha contra a fragilidade do trabalhador que necessita prover sua subsistência), ele atinge toda a ordem econômica de um segmento social, interferindo até mesmo em aspectos comportamentais que impedem que o trabalhador desenvolva-se enquanto ser pensante, já que muitas vezes passa a não obter o mínimo para sua subsistência e de seus familiares, sacrificando assim o acesso a informação e cultura.

Essa globalização trouxe muitos avanços, mas também problemas na seara econômica e trabalhista, principalmente por causa da concorrência das empresas em ter maior fatia do mercado internacional. Destes avanços e problemas, os autores Alkimin e Nascimento (2016, p.241) relatam as consequências da globalização:

Contudo, esse efeito se tornou maléfico, pois aumentou a competitividade global permitiu a pratica do dumping social, com baixos salários e outras condições desiguais e indignas de trabalho, ficando muitos estrangeiros, além dos trabalhadores brasileiros, é logico, na clandestinidade, sem todas as garantias trabalhistas e sem nenhuma aplicabilidade os princípios da proteção ao trabalhador, trazendo à tona a questão social da era globalização. Além disso, o deslocamento de trabalhadores de regiões ou países com nível de vida mais elevado, com salário mais alto, para região ou país, com salários ou regulamentação laboral de baixo nível.

Neste sentido, os autores Casagrande e Antunes (2014, p.379) pontifica os danos causados pelo dumping social para o trabalhador:

A redução dos custos da mão de obra pode ser obtida tanto pela violação direta dos direitos dos trabalhadores de determinada empresa, como pela prática cada vez mais frequente de transferência de unidades produtivas para países ou regiões nos quais não são respeitados padrões laborais mínimos.

Corroborando com este entendimento, o fator econômico se sobrepõe ao trabalho, mercantilizando a mão de obra deste trabalhador, neste sentido, os autores Dutra e Santos (2017, p. 195) entendem que:

O dumping social mostra que mesmo o Direito ainda encontra dificuldade em regular a atuação daqueles que detêm o poderio econômico e encontram-se dispostos a arriscar a ordem social em detrimento do lucro, usando o trabalhador como matéria prima abundante e barata de uma sociedade carente de políticas de afirmação social.

Para os autores Souto Maior, Moreira e Severo (2014, p.20) entendem que esta prática deve sofrer alguma sanção:

Não estamos, pois, tratando de mera delinquência patronal, de um ato que tenha repercussão apenas nas esferas individuais do agressor e o ofendido, ainda que receba repúdio social. Trata-se de uma prática organizada, deliberada, que atinge, reflexamente, o sistema econômico, com prejuízo difuso para toda a sociedade

Cabe ressaltar que no Brasil, que a proteção ao trabalho e ao trabalhador, está positivado pela Constituição de 1988 e pela Consolidação das Leis do Trabalho, sempre visando reconhecer a hipossuficiência do trabalhador perante ao capital da empresa.

Neste sentido, o autor Marmelstein (2014, p.190) ressalta a importância dos direitos fundamentais sociais, principalmente o do trabalho, vez que permite efetivar o princípio da dignidade da pessoa humana:

Por isso, o constituinte brasileiro foi bastante feliz ao positivar, junto com os demais direitos fundamentais, os chamados **direitos econômicos, sociais e culturais**, que são inegavelmente instrumentos de proteção e concretização do princípio da dignidade da pessoa humana, pois visam garantir as condições necessária à fruição de uma vida digna (grifo do autor)

Entretanto, os autores Alkimin e Nascimento (2016, p.241) alertam que a prática do dumping social, causaria um retrocesso social:

O dumping social retira do Direito do Trabalho a característica de conquista histórica das garantias mínimas do trabalhador para condições de vida digna, representando um retrocesso social e histórico, pois se o Direito do Trabalho concebeu o trabalho como valor social, moral, ligado à dignidade da pessoa humana e que torna a relação capital x trabalho duradoura, estável e vinculativa, com a garantia dos direitos sociais e do acesso à cidadania plena, permitindo o desenvolvimento econômico e o bem-estar social, não pode passar por essa metamorfose para tornar as relações trabalhistas um fator de insegurança, instabilidade e de degradação das condições de trabalho e das condições de vida digna do trabalhador.

Seguindo nesta toada, os autores Dutra e Santos (2017, p. 196) também entendem que o dumping social causa um prejuízo aos direitos fundamentais positivados pela nossa Constituição de 1988:

Sendo assim, a prática de dumping social, como demonstrado, causa a ofensa à dimensão objetiva dos direitos fundamentais por

se estender além das relações patronais e atingir a ordem socioeconômica e cultural de não um, mas vários países

Portanto, denota-se que o Brasil possui um sistema constitucional de proteção ao trabalhador, caso haja pela parte das empresas o dumping social. Ocorre que, problema surge na questão dos países que não possuem poderio econômico suficiente para combater essas práticas pelas empresas transnacionais.

Cabe destacar que há em discussão pelos organismos internacionais como OIT e OMC, a aplicação da cláusula social, que seria um remédio de antidumping, em que seria uma tentativa de uma cláusula dentro das regras multilaterais de comércio, com exigência de um padrão mínimo das regras trabalhistas.

A autora Patzlaff (2016, p.99) destaca qual é o intuito da cláusula social nos contratos de comércio entre os Estados:

Buscava-se com isso, a possibilidade de se aplicar sanções aos Estados Membros que descumprissem as normas impressas nas cláusulas sociais – o principal argumento que justifica a inclusão das medidas antidumping no seio da OMC é o fato de que esta Organização possui poder sancionador, diferentemente da OIT.

Para autora Lau (2015, p.195) “A cláusula social é, em poucas palavras, uma investida em busca de minimizar os efeitos selvagens das práticas concorrenciais nesta era globalizada, estabelecendo padrões trabalhistas mínimos a serem observados nas relações comerciais.

O presente tema é bastante controvertido, estando longe de uma solução, ocorre que essa medida seria uma forma impositiva de um organismo internacional e não a partir das relações horizontalizada dos Estados que estão negociando, cabe ressaltar que o tema não é foco da presente obra.

Com a responsabilização dos Estados que praticam o dumping social, denota-se que tal remédio não é suficiente para inibir a prática pelas empresas transnacionais, vez que muitas

empresas têm poder econômico maior que muitos Estados e que, não há uma responsabilização para as empresas que cometem dumping social, necessitando que haja entre os Estados uma integração para combater esse mal, conforme o próximo tópico a ser abordado.

4. O Estado Constitucional Cooperativo, a cooperação entre os Estados como forma de proteção contra o dumping social

Conforme já abordado nos tópicos anteriores, com a globalização o dumping social causa muitos problemas, entre os Estados e que os interesses das empresas se sobrepõe ao interesse da sociedade e do trabalhador.

Neste sentido, a autora Bomfim (2010, p.39) destaca que:

Como resultado do cenário atual decorrente da globalização da economia as instituições estão passando por uma redefinição política, afetando a função do Estado, sua competência, liberdade e capacidade de decisão.

(...)

As forças do mercado colaboram para aumentar as diferenças sociais entre os países e diminuir as forças dos Estados menos favorecidos.

Sendo que, a clausula social não é suficiente para resolver os problemas do dumping social, necessitando de novos mecanismos para impedir esta pratica, conforme pontifica a autora Lau (2015, p.203)

O dumping social, ao revelar-se uma prática intersubjetivamente danosa, promovendo uma latente concorrência desleal e desrespeitando direitos humanos elementares, clama por instrumentos que combatam efetivamente seus efeitos devastadores. Diante da lógica capitalista de mercado, as empresas – não obstante a nocividade da prática – utilizam-na

com frequência a fim de driblarem a concorrência e garantirem seus espaços no competitivo cenário internacional.

Pois o dumping social, causa problemas para os Estados desenvolvidos e em desenvolvimento, pois ficam reféns do capital destas empresas transnacionais, sobre ameaça de sair do país em que está situado e gerar desempregos nesses países.

A autora Patzlaff (2016, p.95) entende que a mudança da sede está ligada a redução dos custos, indo para países onde a legislação trabalhista é mais branda e o Estado mais fraco economicamente, causando impactos também nos países mais desenvolvidos:

A prática do dumping social aliada à alteração da sede das empresas transnacionais para países onde as leis trabalhistas são mais flexíveis tem causado impactos aos países mais ricos, tais como desemprego e perda de mercado

Pois, as empresas transnacionais têm poder suficiente para interferir no Estado, conforme destacam os autores Kaway e Vidal (2016, p. 270):

Considerando esses aspectos, podemos afirmar que as empresas multinacionais podem interferir diretamente nas legislações trabalhistas nacionais, já que possuem um poder de barganha muito grande, principalmente nos países em desenvolvimento e carentes de investimento externo. Estas empresas pressionam os Estados a não acordarem entre si sobre uma legislação trabalhista internacional, pois com ela o “mercado de legislações trabalhistas” desapareceria, e todo investimento feito em países com base nesse dado de legislação vantajosa às empresas perderia.

Neste ponto, cabe destacar que as maiores empresas transnacionais, possuem mais capital do que muitos PIB's de

Estados e que, de acordo com uma organização ⁵britânica sem fins lucrativos, analisou que as 10 maiores empresas do mundo somadas, possuem o equivalente ao PIB de 180 países mais pobres somados⁶.

Neste sentido, cabe destacar Maliska (2006, p.65) sobre os efeitos do capital exerce sobre os Estados:

A globalização econômica, dessa forma, é um fator que participa do processo de alteração das características do Estado Moderno. Ela intensifica o enfraquecimento das decisões políticas nacionais, através da pressão econômica que exerce o Capital sobre os governos, em especial, mas não exclusivamente, dos chamados países em desenvolvimento. É necessário anotar que o processo é contraditório, pois, quanto mais os Estados se adaptam aquilo que o chamado “Mercado” exige, mais eles retiram poder de suas competências. Quanto mais desregulação, menos poder aos Estados. Nos momentos de crise, os Estados percebem muito bem o quanto diminuiu o campo de atuação estatal.

Portanto, só o Estado sozinho, não tem poder suficiente para combater o dumping social vez que, de nada adianta ter um sistema de proteção nacional ao trabalhador e respeitar os tratados e convenções internacionais, se um outro país que possui uma legislação trabalhista mais flexível ou que os sindicatos são poucos representativos. Isto faz com que a efetividade dos direitos fundamentais, se torne pouco efetiva ou limitada, sendo necessário uma cooperação a nível constitucional entre os Estados, para que seja mais efetiva a proteção do trabalho e equilibrar a disputa entre o dumping social.

⁵ <https://www.globaljustice.org.uk/news/2016/sep/12/10-biggest-corporations-make-more-money-most-countries-world-combined> Acesso em 02/09/2018

⁶ <https://www.jn.pt/economia/interior/dez-multinacionais-mais-ricas-do-que-180-paises-5418142.html> Acesso em 02/09/2018

Transformando o Estado Constitucional, em Estado Constitucional Cooperativo, neste sentido, cabe destacar os ensinamentos do professor Maliska (2013, p.60):

Assim é possível se falar de uma dupla função legislativa do Estado Constitucional, ou seja, a cooperação normativa agrega novos elementos ao processo de produção legislativa estatal, visto que o Estado, ao lado da produção normativa que realiza de modo exclusivo no plano interno, coopera com outras ordens constitucionais na produção normativa externa, cujo resultado apresenta uma síntese das vontades de diversas ordens soberanas.

Os sentidos de incompletude que possibilitam se falar em cooperação no plano interno são de diversas ordens. Por certo que não se trata de questionar os atributos formais da soberania de um país em seu território. Essa constatação está vinculada a necessidade de os Estados hoje cooperarem na busca de eficiência de suas políticas públicas tanto no plano internacional como no interno. Assim, assume relevo o papel da Sociedade civil em seus mais diversos segmentos, que engajados com as coordenadas delimitadas pela Constituição, estão aptos para contribuir com o Estado na concretização da Constituição.

Contudo, cabe destacar o conceito de Estado Constitucional Cooperativo se realiza pela cooperação política e jurídica com o desenvolvimento de um Direito Internacional Cooperativo, muito diferente do modelo de Direito Internacional que temos atualmente, com isso o autor Häberle (2007, p. 10) conclui que: “O Estado Constitucional Cooperativo é a resposta interna do Estado Constitucional ocidental livre e democrático à mudança no Direito Internacional e ao seu desafio que levou a formas de cooperação.”.

Sendo que, o sentido de cooperação se torna extremamente relevante atualmente, conforme ensina Maliska (2013, p. 84):

A cooperação no campo da economia se intensificou nos últimos anos em razão da globalização econômica. A visibilidade das desigualdades de certa forma imprimiu um conjunto de ações e iniciativas que visam enfrentar a questão. Igualmente é digna de referência a interdependência das economias. Assim, ao lado do comércio mundial e das organizações internacionais que estão envolvidas nesse processo, apresentam-se relações econômicas pontuais, como a transferência de tecnologia.

O referido autor (2006, p.209), em outra obra, destaca a importância da cooperação e a integração dos Estados:

A cooperação e a integração supranacional propiciam um alargamento da função reguladora do Estado, pois esse deixa de possuir o monopólio da produção jurídica e passa compartilhar essa tarefa com instituições públicas supranacionais e internacionais. A integração dos Estados em organizações regionais e globais é imperativo do mundo atual, onde, cada vez mais, os problemas tomam dimensões para além das fronteiras do Estado.

Desta maneira, a cooperação a nível constitucional entre os Estados por uma legislação comum no tocante das relações trabalhistas, estabelecendo padrões mínimos, possibilitaria que evitasse que as empresas praticassem o dumping social nos países. Mas que para isso, deve ser feita em comum acordo entre os Estados e, não por imposição de um organismo internacional que quer atender os interesses de um grupo ou de algum país específico.

Somente desta forma que será possível que haja uma integração entre os Estados fortalecendo os países para manter equilibrado a balança entre capital x trabalho, impedindo que haja uma precarização no sistema de proteção dos direitos fundamentais sociais dos trabalhadores.

5. Conclusão

Neste breve ensaio, foram analisados importantes temas ligados à efetividade dos direitos fundamentais, no tocante aos direitos sociais, em que há uma necessidade de uma integração e cooperação entre os Estados, para combater o dumping social.

Com isso, foi possível verificar que a importância de uma evolução da efetividade da proteção dos direitos fundamentais, em que o Estado não possui força suficiente para poder combater a força do capital das empresas transnacionais.

Contudo, com a globalização, as empresas sempre visam criar mecanismos para obter uma maior eficiência na sua produção e, com a constante busca na redução dos custos, fazendo com que as empresas busquem lugares onde os custos de produção sejam os mais baixos possíveis e conseqüentemente, obter maior lucratividade.

Esta prática é conhecida como dumping social, que é quando as empresas fecham as operações em um determinado local, por conta do custo da mão de obra ter se tornado um empecilho para a lucratividade da empresa.

Para isso, há a necessidade da abertura e cooperação dos Estados, transformando em Estado Constitucional Cooperativo, para que estes Estados que não possuem poder suficiente, possam competir com o capital de uma empresa multinacional, por exemplo. Alinhando mecanismos de proteção com os demais Estados, evita-se que as empresas se aproveitem da fragilidade dos países que não detém o capital.

Referências bibliográficas

- ALKIMIN, M. A. ; NASCIMENTO, G. A. F. . **Dumping social: análise à luz da eficácia dos direitos fundamentais dos trabalhadores e das medidas antidumping**. In: Lincoln Zub Dutra. (Org.). *Dumping Social no Direito do Trabalho e no Direito Econômico*. 1ed.Curitiba: Juruá, 2016, v. 1, p. 227-256.

BOMFIM, Vólia. **Princípios Trabalhistas, novas profissões, Globalização da Economia e Flexibilização das Normas Trabalhistas.** Niterói, RJ: Editora Impetus, 2010

CADIDÉ, Iracema Mazetto. **A Subordinação Estrutural no contexto da Terceirização.** Revista LTr. Vol. 74, nº05, p 566- 575, maio/2010

CASAGRANDE, Lilian Patrícia; ANTUNES, T. C. M. . **O dumping social e a proteção aos direitos sociais dos trabalhadores.** Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito - PPGDir./UFRGS, v. 9, p. 1, 2014.

DUTRA, L. Z.; SANTOS, Samuel Lima dos . **A prática do dumping social como ofensa à dimensão objetiva do direito fundamental ao trabalho.** In: Lincoln Zub Dutra. (Org.). Direito Fundamental ao Trabalho: O Valor Social do Trabalho. 1ed.CURITIBA: Juruá, 2016, v. 1, p. 177-202.

GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Élson; PINTO, José Augusto Rodrigues; SOUSA, Otávio Augusto Reis de. **Curso de direito do trabalho.** 19. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

Häberle. Peter. **Estado Constitucional Cooperativo.** Rio de Janeiro: Renovar, 2007 (72 p.)

IZUTA, Thierry G; KNIHS, K. K. . **Trabalho Decente como escopo para reduzir as desigualdades sociais no Brasil.** In: Camila Salgueiro da Purificação Marques (Cord.); Maria Augusta Oliveira de Souza (Org.); Bibiana Fontana (Org.); Olga Maria Queiroz Krieger (Org.). (Org.). Questões Sociais e Jurídicas na Efetivação da Democracia no Brasil. 1ed.Florianópolis: Habitus, 2018, v. 1, p. 325-344.

LAU, Ana Isabella Bezerra. **A cláusula social no comércio internacional: a interação entre a OMC e a OIT no combate ao dumping social.** Direito e Desenvolvimento, v. 6, p. 189-206, 2015.

MALISKA, Marcos Augusto. Estado e Século XXI. A integração supranacional sob a ótica do Direito Constitucional. Rio de Janeiro. Renovar.2006 (213 p.)

_____. **Fundamentos da Constituição. Abertura. Cooperação. Integração.** Curitiba: Juruá, 2013 (130 p.)

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014. 536 p. ISBN 978-85-224-8805-6.

MARTINS, Sergio Pinto. **A terceirização e o direito do trabalho**. 10. ed., rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2010.

MIRAGLIA, Livia Mendes Moreira. **A terceirização trabalhista no Brasil**. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2008.

PATZLAFF, Fernanda Tedeschi Abreu . **Discussões acerca da prática do Dumping Social**. In: Lincoln Zub Dutra. (Org.). **Dumping Social no Direito do Trabalho e no Direito Econômico**. 1ed.: , 2016, v. , p. 257

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Direito contemporâneo do trabalho**. São Paulo Saraiva 2011

REIS, Jair Teixeira dos. **A flexibilização da legislação do trabalho no Brasil**. Revista Trabalhista: direito e processo. Rio de Janeiro, v.3, n.9, p.121-144, jan./fev. 2004

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz; MOREIRA, Ranúlio Mendes; SEVERO, Valdete Souto. **Dumping social nas relações de trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2014. 157 p. ISBN 978-85-361-2809-2.

VIDAL, P. W. G. T.; KAWAY, Mina (Mina Kaway) . **Dumping Social: relação dos sujeitos de direito público interno e externo com as normas de trabalho**. In: Lincoln Zub Dutra. (Org.). **Dumping Social no Direito do Trabalho e no Direito Econômico**. 1ed.: , 2016, v. , p. 257

Direitos Humanos e sustentabilidade

Desafios à sustentabilidade e à segurança alimentar na produção e consumo de organismos geneticamente modificados

Amanda Marcondes Caldas¹

1. Introdução

No panorama atual e um contexto de reflexão acerca dos direitos humanos, a proteção da alimentação segura e adequada merece uma análise detalhada, principalmente porque foi qualificada como o segundo objetivo do desenvolvimento sustentável da Agenda 2030 das Organizações das Nações Unidas, sendo qualificada como uma das medidas essenciais para um mundo sustentável (PLATAFORMA AGENDA 2030, 2018).

O mencionado objetivo define em linhas gerais que seu escopo é acabar com todas as “formas de fome e má-nutrição até 2030, de modo a garantir que todas as pessoas tenham acesso suficiente a alimentos nutritivos durante todos os anos” (PLATAFORMA AGENDA 2030, 2018). Ainda, observa-se que juntamente com tais objetivos foram traçadas algumas metas relativas ao melhoramento da produção agrícola, da nutrição, dos níveis de segurança alimentar, e a promoção da agricultura sustentável, a serem implementadas e cumpridas pelos Estados signatários.

¹ Mestranda em Direito Socioambiental e Sustentabilidade pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Pós-graduada pela Fundação Escola do Ministério Público do Paraná – FEMPAR e Graduada pela UNICURITIBA. E-mail para contato: amanda_m_caldas@hotmail.com.

Nesse sentido, analisa-se o contraponto existente entre o alcance da segurança alimentar conciliada a sustentabilidade, em um contexto em que o Brasil encontra-se no segundo lugar dentre os países que mais produzem alimentos geneticamente modificados (SENADO NOTÍCIAS, 2017). Verifica-se o porquê a produção de alimentos geneticamente modificados se contrapõe a promoção de a segurança alimentar, sustentabilidade e das metas definidas pela Agenda 2030.

A pesquisa será dividida em três etapas. A primeira parte centraliza a compreensão acerca dos organismos geneticamente modificados, ou denominados OGM's, sua origem, modo de produção, previsão legislativa brasileira e apresentação dos argumentos contrários a sua produção no que se refere à saúde humana e equilíbrio ambiental.

Em um segundo momento analisa-se o objetivo 02 de desenvolvimento sustentável da Agenda 2030 da ONU, a partir do viés da segurança alimentar e da sustentabilidade, a compreensão conceitual de segurança alimentar e os contornos assumidos no ordenamento jurídico brasileiro. Por fim, a análise versa sobre o contraponto existente entre a produção de OGM's e a segurança alimentar e da sustentabilidade.

A análise do presente artigo versa quanto à necessidade reflexão acerca dos objetivos apresentados pela ONU, e metas traçadas em contraponto a forma de produção atual no Brasil.

2. Organismos Geneticamente Modificados

2.1 Compreensão Científica

Os organismos geneticamente modificados envolvem desde os temas relativos à ciência, tais como a biotecnologia, engenharia genética (tecnologia do DNA recombinante), a questões jurídicas e sociais, tais como o próprio biodireito, biossegurança e previsões legislativas no bojo do ordenamento jurídico acerca do tema.

Inicialmente, no que se refere ao plano da ciência e da técnica, insta compreender que o conceito de biotecnologia envolve desde a fermentação de pães, bebidas, alimentos, fabricação de remédios, até a aplicação da engenharia genética na saúde ou na produção agrícola. Segundo Nodari (2001), “as biotecnologias em seu sentido mais amplo, compreendem a manipulação de micro-organismos, plantas e animais, objetivando a obtenção de processos e produtos de interesse”.

A definição oficial sobre “biotecnologia” foi apresentada em 1992 na Convenção sobre Diversidade Biológica (BRASIL, 2000, art. 2º), enquanto “qualquer aplicação tecnológica que usa sistemas biológicos, organismos vivos ou seus derivados, para criar ou modificar produtos e processos para usos específicos”.

Isto é, compreende-se que a biotecnologia envolve uma abordagem de variadas aplicações tecnológicas, desde o setor agrícola (produção de adubo, pesticidas, plantas e sementes modificadas – objetivo de análise), como alimentação/fermentação (queijos, pães), indústria química (biogás), meio ambiente (tratamento lixo), pecuária e saúde (antibióticos, por exemplo) (DINIZ, 2001, p. 590).

No que tange à produção de OGM’s, a biotecnologia é combinada à engenharia genética, enquanto a especialização da genética e atividade de produção e manipulação de moléculas de ADN/ARN recombinante (BRASIL, 2005), sendo originados, devido à modificação ou manipulação de segmentos do DNA/RNA do alimento que se pretende alterar, normalmente distintas do processo evolutivo natural, ou que dificilmente seriam adquiridas pelas combinações e cruzamentos tradicionais (DELDUQUE, 2018).

A doutrina define os organismos geneticamente modificados como aqueles que acumulam duas características simultâneas, possuam material genético proveniente de diferentes fontes e ter obtido tal material genético através das técnicas que compõem a tecnologia do DNA recombinante (NODARI e GUERRA, 2001). Ainda, a Lei 11.105/2005, define “OGM: organismo cujo material

genético – ADN/ARN tenha sido modificado por qualquer técnica de engenharia genética”. (BRASIL, 2005).

Acerca da formação de um organismo geneticamente modificado observa-se que, em razão da tecnologia desenvolvida referente ao DNA recombinante verificou ser possível alterar, isolar, identificar, multiplicar e transferir material genético, assim como desligar, retirar, do genoma do organismo que se pretende alterar, a fim de obter determinadas características que expressam funções específicas. Por exemplo, métodos de melhoramento de alimentos, inclusão de genes de resistência aos ataques de insetos, pragas e agrotóxicos, como é caso de alguns grãos Bt, que assim são denominados, em razão de possuírem gene da bactéria denominada *Bacillus Thuringiensis*, que produzem uma toxina letal para insetos que atacam a planta (REVISTA GALILEU, 2003).

Conforme Maria João Estorninho (2008, p. 21-26), os OGM's são uma categoria abrangente, na qual é possível visualizar a inserção e mudança de diversas características, a ocorrência em uma diversidade de seres vivos (não apenas em plantas) e também recortar várias finalidades para alimentos modificados.

É importante mencionar que a autora ainda os distingue em várias gerações, sendo a primeira de produtos agrícolas, com vistas ao aumento da produtividade, resistência, a segunda seria de alimentos funcionais, isto é, há a inclusão de determinada característica no alimento que o torna funcional e completo a saúde humana, como por exemplo, o arroz dourado, geneticamente modificado para incorporar um gene de betacaroteno e ver aumentado o teor de vitamina A (ESTORNINHO, 2008, p. 21-26). E a terceira enquanto produtos alimentares denominados biofábricas, uma vez que estes podem conter medicamentos, vacinas.

Em razão da forma como são produzidos tais organismos, e da busca pelo melhoramento da produção e dos produtos servidos aos consumidores, argumenta-se que tanto o consumo de determinados alimentos geneticamente modificados e a produção destes, pode

provocar reações no organismo humano, desde alergias, reações, bem como apresentar consequências ao meio ambiente.

No que tange as consequências ao meio ambiente, frisam-se aquelas referentes à diminuição da diversidade biológica, poluição ambiental e poluição genética, resistência de plantas a determinados produtos, e isso decorre essencialmente do impacto da propriedade do gene adicionado na planta ou de sua transferência e expressão em outras espécies (NODARI, e GUERRA, 2001.b, p. 33).

É essencial observar que as consequências da adição de um novo genótipo em determinadas plantas pode desencadear efeitos indesejáveis e desconhecidos no ambiente, sendo alguns deles, o denominado “fluxo de genes”, isto é, quando há contaminação de outras plantas de mesma ou outra espécie.

Identifica-se ainda, como consequência, a eliminação de determinadas espécies, em especial aquelas não domesticadas, em razão da seleção “natural”, a exposição de espécies a novos agentes tóxicos, aumento de plantas daninhas ou pragas resistentes (plantas resistentes, geram pragas mais resistentes), a poluição genética, a diminuição da diversidade genética, formação de plantas híbridas, contaminação de lavouras orgânicas, entre outras diversas consequências que a ciência nos apresenta. (HO, 1998; NODARI E GUERRA, 2001).

Ademais, vislumbra-se que o risco relativo à saúde humana, está relacionado tanto ao consumo de alimentos oriundos de plantas modificados, como os próprios danos ambientais. As à saúde especificamente podem ir desde manifestações de hipersensibilidade alérgica a reações metabólicas anormais. Sendo que um exemplo, mencionado por Nodari e Guerra (1999) é o fato de a maioria das plantas transgênicas de primeira geração conter genes de resistência a antibióticos.

Em linhas gerais, verifica-se que, a produção e o consumo de plantas geneticamente modificadas, podem apresentar consequências maléficas à sociedade, indivíduo e ao próprio ambiente, podendo estar ligadas a resultados imediatos como

mediatos, não se podendo negar a necessária reflexão em razão de a segurança alimentar.

2.2 Biossegurança e a regulação dos organismos Geneticamente Modificados no ordenamento jurídico brasileiro

Diante das incertezas apresentadas pelos organismos geneticamente modificados surge a necessidade de conciliar a biossegurança com a legislação a fim de regulamentar a forma de cultivo, comercialização, produção, a fim de minimizar os possíveis impactos à saúde humana e ao ambiente e assegurar níveis mínimos de segurança alimentar.

Nesse sentido, no que se refere à biossegurança, esta é um conjunto de ações voltadas para análise, minimização de possíveis impactos e prevenção dos riscos inerentes tanto às atividades de pesquisa, como às de produção, desenvolvimento e prestação de serviços. É a partir da biossegurança, juntamente com os marcos legais que é possível controlar a produção e a colocação no mercado, de forma mais segura, de organismos geneticamente modificados.

Tanto nas esferas internacional como nacional, convém ressaltar alguns instrumentos jurídicos que versam sobre a biossegurança dos organismos geneticamente modificados, bem como a regulação destes.

Fundamental ressaltar alguns documentos, dentre eles, em âmbito internacional, menciona-se que no ano de 2000, a Conferência das Partes da Convenção sobre Diversidade Biológica adotou o primeiro acordo suplementar conhecido como Protocolo de Cartagena (BRASIL, 2006).

Em linhas gerais, o protocolo regulamenta acerca da transferência, comercialização, manipulação e uso seguros dos organismos vivos modificados, assim como a necessidade de informação acerca destes. Conforme mencionado em seu próprio artigo 4º (BRASIL, 2006), “aplicar-se-á ao movimento transfronteiriço, trânsito, manipulação e utilização de todos os

organismos vivos modificados que possam ter efeitos adversos na conservação e no uso sustentável da diversidade biológica, levando também em conta os riscos para a saúde humana”.

Nesse sentido, verifica-se que o Protocolo pretende a proteção do meio ambiente e da saúde humana juntamente com a promoção do comércio e da economia, na tentativa de encontrar um equilíbrio entre economia e proteção da saúde e do ambiente. No texto do documento depreende-se, que em razão dos riscos reconhecidos na produção de OGM's, cria-se uma instância internacional a fim de debater procedimentos para a introdução destes nos territórios dos países signatários, na tentativa de assegurar que estes tenham as informações necessárias para tomar decisões conscientes antes de aceitarem a importação de organismos geneticamente modificados (OGMs) para seu território.

No que se refere ao texto constitucional, pode-se depreender em linhas gerais que a proteção da dignidade humana, da vida, liberdade, saúde, alimentação adequada, garantia do acesso à informação, liberdade de expressão e intelectual, estão diretamente ligadas a presente temática (BRASIL, art. 1º, 5º, caput e incisos XX, IX, XIV, XXII e XXXII e art. 6º, 1988).

Ainda, de maneira mais específica ligada aos OGM's é importante mencionar o artigo 225, em especial o §1º, incisos II e V acerca da responsabilidade do Poder Público em preservar a diversidade e integridade do patrimônio genético do país e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético, a fim de controlar também a comercialização, emprego de técnicas, substâncias que comportem risco à vida, qualidade de vida e ao meio ambiente.

Ainda, o ressaltam-se os artigos 196 que trata do direito à saúde e artigo art. 218, §2º da Constituição Federal as entidades ligadas à pesquisa tecnológica serão voltadas a solução de problemas brasileiros e o desenvolvimento do sistema produtivo nacional e regional,

Insta ressaltar que o tema é abordado de forma específica na Lei de Biossegurança 11.105/2005, que regulamentou os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, e possui uma gama de disposições direcionadas a diversas atividades, mas que podem ser resumidas essencialmente na regulamentação de atividades de pesquisa e atividades de uso comercial, sendo que cada uma abrange procedimentos específicos a depender de sua finalidade, estabelecendo ainda normas de segurança e fiscalização referentes à pesquisa, produção e comercialização dos OGM'S, bem como as consequentes competências administrativas.

Convém mencionar, o Código de Defesa do Consumidor (BRASIL,1990) que trata das relações de produção, distribuição e consumo, pois estabelece a garantia do direito à informação, educação, transparência, boa-fé, proteção à segurança e saúde do consumidor quanto aos atributos de qualidade do produto consumido. E, por fim, ressaltam-se as normas de rotulagem de alimentos e ingredientes alimentares destinados ao consumo humano ou animal que contenham mais de 1% de OGM's, em sua composição prevista no Decreto 4.680/2003.

3. Os Objetivos do Desenvolvimento Sustentável e a Segurança Alimentar

Fundamental para o presente artigo, compreender os elementos que circundam o objetivo 02 do desenvolvimento sustentável definidos pela Organização das Nações Unidas, no que se refere a sua apresentação e compreensão de segurança alimentar e agricultura sustentável.

Inicialmente, verifica-se que foram definidos pela ONU, 17 Objetivos do Desenvolvimento Sustentável (ODS), a partir do ano de 2015, que integram a Agenda 2030, sucedânea da Agenda 21 que estabeleceu oito Objetivos do Milênio (ODM) que teve vigência até o ano de 2015, tendo como principal foco a conciliação e equilíbrio entre o desenvolvimento da economia, da sociedade e do meio ambiente.

Prevê-se que até 2030, todos os países desenvolvam políticas medidas e ações, na tentativa de cumprimento das 169 metas, distribuídas entre os 17 Objetivos definidos. O objetivo do presente artigo é analisar o objetivo 02 da Agenda 2030. Verifica-se que o Objetivo 2 “acabar com a fome, alcançar a segurança alimentar e melhoria da nutrição e promover a agricultura sustentável” (PLATAFORMA AGENDA 2030, 2018), vincula para além da erradicação da fome, mas essencialmente que esta seja efetivada por meio também do alcance da segurança alimentar, e da promoção da agricultura sustentável, isto é da promoção da saúde humana e do meio ambiente.

Percebe-se a importância do objetivo 02, uma vez que a forma de produção agrícola atual provoca alterações no equilíbrio do solo, da biodiversidade, da fauna, flora e resulta em um intenso consumo de água, e quando conciliada a produção de alimentos geneticamente modificados, apesar de se argumentar positivamente no que se refere ao aumento da produção, esta apresenta diversos riscos à saúde humana e ao ambiente.

Desta forma, a fim de compreender o significado o objetivo 02 no aspecto da produção agrícola, em especial a referente aos OGM's, é importante compreender o significado “do alcance da segurança alimentar” e a sua correlação com sustentabilidade.

No que se refere à segurança alimentar, convém ressaltar que a possibilidade de seu efetivo cumprimento é importante compreender que esta define-se por meio da prevenção e profilaxia dos alimentos colocados no mercado, a manutenção de níveis adequados destes em qualidade e quantidade, bem como a garantia de que estes que são produzidos e colocados no mercado são seguros para o consumo dos indivíduos, contribuindo para uma existência digna.

Importante mencionar que a Lei nº 11.346, de 15 de setembro de 2006 cria o Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional – SISAN, que tem como escopo assegurar o direito humano à alimentação adequada em todo o país. A referida lei

conceitua segurança alimentar enquanto “a realização do direito de todos ao acesso regular e permanente a alimentos de qualidade, em quantidade suficiente, sem comprometer o acesso a outras necessidades essenciais,” ressaltando ainda, que “tendo como base práticas alimentares promotoras de saúde que respeitem a diversidade cultural e que sejam ambiental, cultural, econômica e socialmente sustentáveis”. (BRASIL, 2006 b, art. 3º).

Conforme define a referida Lei 11.346/2006, a segurança alimentar e nutricional abrange a ampliação de acesso aos alimentos, conservação da biodiversidade e a utilização sustentável dos recursos, promoção da saúde, da nutrição e da alimentação da população, em especial dos vulneráveis, a garantia da qualidade biológica, sanitária, nutricional e tecnológica dos alimentos, a produção de conhecimento e o acesso à informação e a implementação de políticas públicas e estratégias sustentáveis e participativas de produção, comercialização e consumo de alimentos, respeitando-se as múltiplas características culturais do país. (BRASIL, 2006, art. 4º, incisos I ao VI).

Ademais, a partir das definições da própria lei, é possível depreender que ela encontra-se diretamente ligada a sustentabilidade, uma vez que preceitua o acesso aos alimentos de forma segura em quantidade e qualidade, bem como a garantia de serão utilizadas estratégias que dão primazia à proteção do ambiente, da biodiversidade e da cultura do país.

Apesar de sustentabilidade não possuir uma conceituação única, ela carrega consigo a ideia de que devem ser adotadas práticas e condutas que valorizem tanto a própria produção de alimentos de qualidade, como a do ambiente e da sociedade, significa dizer que a produção alimenta conciliada a sustentabilidade e a segurança, visa o rompimento da total dependência da tecnologia, e coibir os impactos ambientais.

Assim, configura-se que um dos objetivos do desenvolvimento sustentável é o alcance da segurança alimentar, baseada essencialmente na sustentabilidade, em prol do equilíbrio

social, ambiental e econômico, fundamentado no aumento da produção e do consumo seguro, com vistas à manutenção da saúde e do ambiente como um todo.

4. Sustentabilidade e Segurança Alimentar em contraponto aos Organismos Geneticamente Modificados

Conforme ressaltado inicialmente, no contexto atual, o direito humano a alimentação segura merece uma análise mais detalhada, principalmente em razão da forma de produção dos alimentos, em especial da produção dos organismos geneticamente modificados.

A forma de cultivo e os seus propósitos se alteraram nos últimos anos, passando a ter relações econômicas, sociais, tecnológicas, a partir de uma intensa redução de ecossistemas e da redução de populações nativas e pequenos agricultores, sendo que tanto a forma de produção, como os insumos colocados no mercado causam impacto ambiental.

Neste sentido, a partir da necessidade de análise da segurança alimentar, analisou-se o objetivo 02 traçado pela ONU, possui como foco acabar com a fome, de forma baseada na segurança alimentar e na sustentabilidade. Interpreta-se que, se pretende erradicar a fome no mundo com vistas à manutenção de acesso a todos em qualidade e quantidade para uma vida digna, da saúde dos indivíduos, em seu sentido global, bem como a proteção do meio ambiente e da diversidade ecológica.

Nas últimas décadas, o sistema de produção, de consumo e alimentação organizou-se de modo que os indivíduos passaram, de forma cada vez mais intensa, a depender da tecnologia e da indústria química, de modo que o Brasil se tornou o segundo produtor agrícola de alimentos geneticamente modificados. Isto é, a produção agrícola atual baseada na produção de alimentos geneticamente modificados tornou-se como um desafio à produção

sustentável e às metas traçadas pelo objetivo 02 da Agenda 2030, principalmente no que se refere ao alcance da segurança alimentar.

De um lado foram traçadas 08 metas que visam, em linhas gerais, acabar com a fome e garantir o acesso de todos a alimentos seguros, aumentar a produtividade agrícola e a renda dos pequenos produtores de alimentos, garantir sistemas sustentáveis de produção de alimentos e implementar práticas agrícolas resilientes, manter a diversidade genética de sementes, plantas cultivadas, animais de criação e domesticados e suas respectivas espécies selvagens e garantir o acesso e a repartição justa e equitativa dos benefícios decorrentes da utilização dos recursos genéticos e conhecimentos tradicionais associados, como acordado internacionalmente

E, do outro, verifica-se que a produção agrícola, em especial a produção de alimentos geneticamente modificados, apesar de se argumentar que há um aumento significativo na produção de alimentos, observa-se que decorrente, essencialmente “do impacto da propriedade do gene adicionado na planta ou de sua transferência e expressão em outras espécies” (NODARI, e GUERRA, 2001.b, p. 33), os resultados ambientais e à saúde humana são significativamente negativos, em razão da redução da diversidade biológica, da poluição genética, poluição ambiental, intensa utilização da água, bem como dos riscos colocados à segurança alimentar de quem os consome.

Sendo fundamental ressaltar que a produção e o cultivo dos OGM's, necessita ser precedida de um estudo de impacto ambiental que inclua a avaliação de riscos, caso a caso e passo a passo. A abrangência desta avaliação de risco deverá ser baseada numa matriz, a qual, de um lado, inclua a escala espacial (planta, parcela, lavouras agrícolas e região) e, de outro lado, os efeitos diretos e indiretos na agricultura, ecologia e socioeconomia (NODARI, 2001; NODARI, 2001b).

Conforme ressaltado por Nodari (2001b), o mesmo ainda menciona que, uma das principais origens da controvérsia entre a segurança ou não dos OGM's estabelecida entre os ambientalistas e

os biólogos moleculares, é a de que “os primeiros referem-se aos impactos sociais e nos ecossistemas, os últimos fazem menção aos testes feitos com uma ou poucas plantas em laboratório ou em casa de vegetação”.

O que se conclui, desta forma, é que a partir da análise dos objetivos e metas traçados pela Organização das Nações Unidas, estas não correspondem com a forma de produção agrícola atual. As mencionadas metas apresentam em seu núcleo fundamental a ideia de sustentabilidade, de valorização da agricultura orgânica, baseada no conhecimento ecológico e cultural, na valorização da diversidade, utilização de meios naturais de plantação.

5. Conclusão

O objetivo da presente pesquisa era apresentar os contrapontos existentes entre as metas definidas pelo objetivo 02, do desenvolvimento sustentável com a forma de produção agrícola atual no Brasil, principalmente em razão de estar essencialmente baseada na dependência tecnológica e na produção de alimentos geneticamente modificados.

Conforme apresentado, o Objetivo 2 apresenta o ideal de “acabar com a fome, alcançar a segurança alimentar e melhoria da nutrição e promover a agricultura sustentável” (PLATAFORMA AGENDA 2030, 2018), para o qual são delineadas metas que visam o equilíbrio entre a sustentabilidade, a agricultura sustentável, o alcance da direito humano e fundamental a segurança alimentar, da valorização da terra e do meio ambiente, isto é, do equilíbrio entre valorização do meio ambiente, da saúde humana e da economia.

No entanto, conforme se verificou que tais metas, em especial a agricultura sustentável, tornaram-se um desafio a ser atingido, principalmente em razão da forma de produção atual, essencialmente baseada na dependência tecnológica, mecânica e no cultivo de OGM's, os quais apresentam uma série de riscos à saúde humana e ambiental.

Apesar do objetivo apresentado e as metas traçadas serem contrapostas a forma de produção atual, a superação dos problemas causados pelo modelo atual coloca a sociedade e o Estado diante da necessidade de alteração do padrão-produtivo e essencialmente de mudanças na forma de cultivo, produção e consumo.

Referências

BARBOZA, Heloisa Helena. Princípios do biodireito. In: BARBOSA, Heloisa Helena;

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito Constitucional Contemporâneo**: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. 3ª reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 06 jan. 2018.

_____. **Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 11 de setembro de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm. Acesso em: 11 jan. 2018.

_____. **Convenção sobre Diversidade Biológica**. Ministério do Meio Ambiente, Secretaria de Biodiversidade e Florestas, 2000. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/estruturas/chm/_arquivos/cdbport.pdf>. Acesso em: 06 de dezembro de 2006.

_____. **Decreto n. 4.680, de 24 de abril de 2003**. Regulamenta o direito à informação, assegurado pela Lei no 8.078, de 11 de setembro de 1990, quanto aos alimentos e ingredientes alimentares destinados ao consumo humano ou animal que contenham ou sejam produzidos a partir de organismos geneticamente modificados, sem prejuízo do cumprimento das demais normas aplicáveis. **Presidência da República**, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos, 2003. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2003/D4680.htm

_____. **Lei 11.105 de 24 de março de 2005.** Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio, dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança – PNB, revoga a Lei nº 8.974, de 5 de janeiro de 1995, e a Medida Provisória nº 2.191-9, de 23 de agosto de 2001, e os arts. 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10 e 16 da Lei nº 10.814, de 15 de dezembro de 2003, e dá outras providências. Diário Oficial da União. Brasília. 24 de março de 2005. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11105.htm. Acesso em: 12 jan. 2018.

_____. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, 11 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm Acesso em: 8 jan. 2018.

_____. **Decreto Legislativo n. 5.705, de 16 de fevereiro de 2006a.** Promulga o Protocolo de Cartagena sobre Biossegurança da Convenção sobre Biodiversidade. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5705.htm.

_____. **Lei 11.346 de 15 de setembro de 2006b.** Cria o Sistema Nacional de Segurança Alimentar – SISAN, com vistas em assegurar o direito humano à alimentação adequada e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11346.htm. Acesso em 15 de setembro de 2018.

DELDUQUE, Maria Célia. **O imbróglio da soja transgênica no Brasil, suas repercussões no ordenamento jurídico nacional e o princípio da precaução.** *Jus Navigandi*, Teresina, a. 8, n. 310, 13 mai. 2004. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/5265/o-imbroglio-da-soja-transgenica-no-brasil-suas-repercussoes-no-ordenamento-juridico-nacional-e-o-principio-da-precaucao/2>. Acesso em: 21 jan. 2018.

DINIZ, Maria Helena. **O Estado atual do biodireito.** São Paulo: Saraiva, 2001.

EFING, Antônio Carlos. **Fundamentos do direito das relações de consumo.** 3. ed., rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2011. p. 125-126.

ESTORNINHO. Maria João. **Segurança Alimentar e Proteção do Consumidor de Organismos Geneticamente Modificados.** Coimbra: 2008.

- FILOMENO, José Geraldo Brito. Alimentos transgênicos: implicações consumeristas e ambientais. In: CORRÊA, Elidia Aparecida de Andrade; GIACIOIA, Gilberto; CONRADO, Marcelo (coord.). **Biodireito e dignidade da pessoa humana**. Curitiba: Juruá, 2007. p.171-186.
- FREITAS, Vladimir Passos de; FREITAS, Mariana Almeida Passos de. **Direito administrativo e meio ambiente**. 5. ed., rev. e ampl. Curitiba: Juruá, 2014.
- FROTA, Mário. Segurança alimentar – imperativo de cidadania. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 44, p. 68-96, out.-dez. 2002.
- GARCIA, Rafael. Transgênico mata uma praga e traz outra. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 14 maio 2010. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/folha/ciencia/ult306u735069.shtml>. Acesso em: 22 nov. 2017.
- HO, Mae-Wan. TRAAVIK, Terje. OLSVIK, Orjan. TAPPESER, Beatrix. HOWARD, Vyvyan. VON WEIZSACKER, Christine. MCGAVIN George C. Gene Technology and gene ecology of infectious diseases. *Microbial Ecology in Health and Disease*, Stockholm, v.10, p.33-59, 1998. Disponível em: <https://pdfs.semanticscholar.org/5190/f309f5e87b4846adbfc6e948336c21924fc.pdf>. Acesso em: 16 de out. 2018.
- MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. O ser e o terna codificação civil brasileira: do sujeito virtual à clausura patrimonial. In FACHIN, Luiz Edson (coord). **Repensando os fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 87-114.
- MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. Bioética e biodireito. In: BARBOZA, Heloisa Helena; BARRETO, Vicente de Paulo (Orgs.). **Temas de biodireito e bioética**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- MEIRELLES, Jussara Maria Leal. Manipulação genética humana: esperança, inquietude e limites. In IACOMINI, Vanessa (coord.). **Biodireito e o genoma humano**. Curitiba: Juruá, 2013.
- MEIRELLES, Jussara Maria Leal de; BARRETO, Vicente de Paulo (Coord). **Novos temas de biodireito e bioética**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- MELO. Rurion (coord.). **A teoria crítica de Axel Honneth: reconhecimento, liberdade e justiça**. São Paulo: Saraiva, 2013.
- MORAES, Alexandre. **Direitos Humanos fundamentais**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2002.

NODARI, Rubens Onofre; GUERRA, Miguel Pedro. **Avaliação de riscos ambientais de plantas transgênicas**. Cadernos de Ciência e Tecnologia, Brasília, v. 18, n. 1, p. 81-116, 2001.

NODARI, Rubens Onofre. GUERRA, Miguel Pedro. **Impactos ambientais das plantas transgênicas: as evidências e as incertezas**. Agroecol.e Desenv.Rur.Sustent.,Porto Alegre, v.2, n.3, jul./set.2001b.

NODARI, Rubens; GUERRA, Miguel Pedro; VALLE, Silvio. **Política Nacional de Biossegurança**, 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2880>>. Acesso em: 12 de junho de 2006.

Plataforma Agenda 2030. **Acelerando as transformações para a agenda 2030**. Disponível em: <http://www.agenda2030.com.br/ods/2/>. Acesso em: 15 de dezembro de 2018

Revista Galileu. **Transgênicos: os dois lados da mesma moeda**. NEVES, Daniel das. São Paulo, novembro 2003. Disponível em: http://revistagalileu.globo.com/EditoraGlobo/componentes/article/edg_article_print/0,3916,625217-2681-6,00.html. Acesso em: 15 dez. 2017.

RODRIGUES, Maria Rafaela Junqueira Bruno. **Biodireito: alimentos transgênicos**. 1ªed. São Paulo: Lemos e Cruz, 2002.

ROSENVALD, Nelson. **Dignidade humana e a boa-fé no código civil**. São Paulo: Saraiva, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SENADO NOTÍCIAS. **Brasil é 2º maior produtor mundial de alimentos geneticamente modificados**. Gorette Brandão. Brasília, 23 de maio de 2017. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/especiais/especial-cidadania/projeto-reacende-debate-sobre-alimentos-transgenicos/brasil-e-20-maior-produtor-mundial-de-alimentos-geneticamente-modificados>. Acesso em: 15 de dezembro de 2018.

SILVA, Ivan de Oliveira. **Biodireito, bioética e patrimônio genético brasileiro**. São Paulo: Pilares. 2008.

A Sustentabilidade Multidimensional como fator de proteção aos Direitos Humanos e Fundamentais

Dylliardi Alessi¹
Arlei Costa Junior²

1. Introdução

A Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) é um documento de referência na história dos direitos humanos, ela foi elaborada por representantes de diferentes origens jurídicas e culturais de todas as regiões do mundo, e foi proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris, em 10 de dezembro de 1948, por meio da Resolução 217 A (III) da Assembleia Geral como uma norma comum a ser alcançada por todos os povos e nações. Ela estabelece, pela primeira vez, a proteção universal dos direitos humanos.³ Desde sua proclamação, os direitos humanos

¹ Mestrando em Direito Econômico e Desenvolvimento pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Pós-graduado em Direito Eleitoral pelo Centro Universitário Curitiba (2013). Graduado em Direito pelo Centro Universitário Curitiba - Unicuritiba (2009) e em Administração de Empresas pela Universidade Federal do Paraná - UFPR (2011), com ênfase em Administração Internacional de Negócios. Pesquisador do Grupo de Estudos em Análise Econômica do Direito - GRAED. Diretor Legislativo e da Escola do Legislativo da Assembleia Legislativa do Estado do Paraná

² Mestrando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Doutorado em Ciências Jurídicas pela Universidad del Museo Social Argentino. Especialista em Direito Notarial e Registral pela Faculdade de Ciências Sociais de Florianópolis e em Direito Registral Imobiliário pela UNIASSELVI. Bacharel em Direito pela Universidade Paranaense. Especialista em Gestão da Qualidade pela Universidade Estadual de Maringá. Bacharel em Engenharia Eletrônica pelo Instituto Mauá de Tecnologia. Pesquisador do Núcleo de Pesquisas em Políticas Públicas e Desenvolvimento Humano (NUPED) da PUC-PR. Tabela de Notas de Paranaguá-PR.

³ ONU - ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **A Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/declaracao/>>. Acesso em: 12 dez. 2018.

têm sido um dos três pilares das Nações Unidas, junto com a paz e o desenvolvimento.⁴

Na data de 10 de dezembro de 2018, no denominando Dia Internacional dos Direitos Humanos, as Nações Unidas lançaram em Paris, na França, uma campanha de um ano em homenagem ao documento fundamental de direitos humanos, que completou 70 anos. Na qualidade de um dos acordos internacionais mais profundos e de longo alcance do mundo, a Declaração Universal proclamou direitos inalienáveis de todos os seres humanos, independente de raça, cor, religião, sexo, linguagem, opinião política ou de qualquer outro tipo, origem social ou de nacionalidade, status de propriedade, nascimento ou de qualquer outro tipo. É o documento mais traduzido do mundo, disponível em mais de 500 idiomas, e tem ajudado milhares de pessoas a conseguir maior liberdade e segurança e também tem ajudado a prevenir violações, obter justiça e fortalecer leis e salvaguardas de direitos humanos nacionais e internacionais.⁵

O preâmbulo da DUDH, a proclama como sendo:

O ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações, com o objetivo de que cada indivíduo e cada órgão da sociedade tendo sempre em mente esta Declaração, esforce-se, por meio do ensino e da educação, por promover o respeito a esses direitos e liberdades, e, pela adoção de medidas progressivas de caráter nacional e internacional, por assegurar o seu reconhecimento e a sua observância universais e efetivos,

⁴ ONU - ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **ONU lança campanha pelo 70º aniversário da Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/onu-lanca-campanha-pelo-700-aniversario-da-declaracao-universal-dos-direitos-humanos/>>. Acesso em: 12 dez. 2018.

⁵ ONU - ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **ONU lança campanha pelo 70º aniversário da Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/onu-lanca-campanha-pelo-700-aniversario-da-declaracao-universal-dos-direitos-humanos/>>. Acesso em: 12 dez. 2018.

tanto entre os povos dos próprios Países-Membros quanto entre os povos dos territórios sob sua jurisdição.⁶

Essa intenção, está com sintonia com a idéia de sustentabilidade multidimensional⁷, da qual Freitas⁸ destaca cinco dimensões, sendo elas, social, ética, jurídico-política, econômica e ambiental. Nesse sentido, a sustentabilidade proposta, visa que o ser humano possa alcançar sua plenitude, com o equilíbrio entre liberdade e responsabilidade, direitos e deveres, de forma a viabilizar o desenvolvimento sustentável da atual e das futuras gerações.

O artigo 29 da DUDH também realça essa ligação com a sustentabilidade proposta, tratando desse equilíbrio entre direitos e deveres, ao dispor:

Artigo 29

1. Todo ser humano tem deveres para com a comunidade, na qual o livre e pleno desenvolvimento de sua personalidade é possível.

2. No exercício de seus direitos e liberdades, todo ser humano estará sujeito apenas às limitações determinadas pela lei, exclusivamente com o fim de assegurar o devido reconhecimento e respeito dos direitos e liberdades de outrem e de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática.

3. Esses direitos e liberdades não podem, em hipótese alguma, ser exercidos contrariamente aos objetivos e princípios das Nações Unidas.

As proposições da DUDH, apesar de pautada em outra ótica de valores jurídicos, mais antropocêntricos, acaba por ter proposições assemelhadas àquelas da sustentabilidade multidimensional proposta por Freitas⁹, que explica que “as

⁶ UNICEF - BRASIL. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.html>. Acesso em: 12 dez. 2018.

⁷ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. 4. ed. Fórum: Belo Horizonte, 2019. p.61.

⁸ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. 4. ed. Fórum: Belo Horizonte, 2019. p.64.

⁹ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. 4. ed. Fórum: Belo Horizonte, 2019. p.344.

dimensões da sustentabilidade precisam ser tratadas em sincronia, com transparência ativa e passiva. O atraso, sutil ou denso, de determinada dimensão acarreta forçosamente o atraso das demais. Não há escapatória: o entrelaçamento é dado inelutável”. O desenvolvimento proposto no artigo 25 da DUDH¹⁰, precisa ser sustentável para ser duradouro, e nesse sentido, o próprio ordenamento jurídico brasileiro, formalizado pela Constituição Federal de 1988 em seu art. 225, consagrou a promoção do desenvolvimento sustentável como dever do Estado e da sociedade, repartindo eles a responsabilidade para sua consecução.

2. Desenvolvimento Sustentável

A Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente apresentou, em 1987, o Relatório Brundtland¹¹, que é considerado o primeiro documento que utilizou a expressão “desenvolvimento sustentável”, definindo-a como: “o desenvolvimento que atende às necessidades do presente sem comprometer a possibilidade de as gerações futuras atenderem às suas próprias necessidades”, e relacionou os conceitos de desenvolvimento e sustentabilidade.

A sustentabilidade implica a manutenção das condições necessárias para sustentar um processo ou sistema por um determinado tempo. Então, nessa visão antropocêntrica, para que a vida humana seja possível, há a necessidade de várias condições, e a manutenção dessas condições ideais ao longo do tempo é o que se entende por sustentabilidade da vida humana. A busca da

¹⁰ Artigo 25 da DUDH: “1. Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e à sua família saúde, bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis e direito à segurança em caso de desemprego, doença invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle; 2. A maternidade e a infância têm direito a cuidados e assistência especiais. Todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozarão da mesma proteção social.”

¹¹ IPIRANGA, Ana Silva Rocha, GODOY, Arilda Schmidt e BRUNSTEIN, Janette, “RAM. Revista de Administração Mackenzie”, RAM, Rev. Adm. Mackenzie (On-line) 12, n. 3 (junho 2011). Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1678-69712011000300002>. Acesso em: 22 dez. 2017. p. 1.

proteção ao meio ambiente leva a processos mais dispendiosos à atividade econômica, e várias soluções econômicas e jurídicas foram propostas, tais como taxas a serem pagas como uma espécie de indenização proporcional à poluição gerada.

Essa aparente contradição entre o desenvolvimento econômico e a preservação do meio ambiente tem o seu ponto de equilíbrio na sustentabilidade, que é o limite para que seja possível alcançar um desenvolvimento duradouro. Um desenvolvimento econômico com base em políticas insustentáveis não será consistente e em algum tempo irá decair, e uma preservação exagerada dos recursos torna moroso o desenvolvimento econômico, o que dificulta a solução dos problemas sociais. O caminho para o desenvolvimento passa pela sustentabilidade em suas várias formas.

Nessa linha, Freitas coloca que “a sustentabilidade merece acolhida, antes de mais, como princípio constitucional que determina promover, a longo prazo, o desenvolvimento propício ao bem-estar pluridimensional (social, econômico, ético, ambiental e jurídico-político), com reconhecimento da titularidade de direitos fundamentais das gerações presentes e futuras”.¹² Explica ainda que a sustentabilidade é o vetor que pode recalibrar o modo de pensar e de gerir o destino comum, na medida em que é preciso harmonizar os interesses das gerações presentes e futuras. Freitas explica que “a sustentabilidade aparece, nessa linha, como dever ético e jurídico-político de viabilizar o bem-estar no presente, sem prejuízo do bem-estar futuro, próprio e de terceiros.

Balim e Barrios¹³, explicam que pouco depois do conceito introduzido por Brundtland, “a Conferência sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento ECO-92 vem reafirmar os preceitos introduzidos pela Conferência de Estocolmo em 1972, corroborando com a

¹² FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. 4. ed. Fórum: Belo Horizonte, 2019. p.15.

¹³ BALIM, Ana Paula Cabral e BARRIOS, Anelise Barboza. **A (des)construção do conceito de sustentabilidade**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=9c95b619adfca8e>>. Acesso em: 14 nov. 2018.

perspectiva do “desenvolvimento sustentável” na “Agenda 21”. Posteriormente, em 2002 na cidade de Joanesburgo, a Cúpula da Terra sobre Desenvolvimento Sustentável revisou algumas das principais questões e lacunas existentes na Agenda 21, introduzindo as dimensões da sustentabilidade em sua formação triáde: econômico, social e ambiental. Com isso se pretendia evitar desvirtuamentos do conceito de sustentabilidade, que sempre pendiam para o viés econômico. Balim e Barrios concordam que “de fato a consideração da sustentabilidade sob espectro destas três dimensões a fez mais clara e objetiva, entretanto ainda distante das necessidades e anseios da sociedade atual”.¹⁴

O conceito de desenvolvimento sustentável, pela ótica do jurista, tende pelo viés ideológico, político e jurídico, já ao economista, pelos aspectos da geração de riqueza ao longo do tempo, os ambientalistas percebem como a compreensão e respeito às dinâmicas do meio ambiente terrestre, e aos engenheiros e físicos a busca da eficiência energética e a compreensão da dinâmica dos efeitos dos processos de produção¹⁵. Stoffel e Colognese nesse sentido argumentam que “uma abordagem multidimensional para explicar a sustentabilidade e o conseqüente desenvolvimento sustentável demonstra maior consistência. A inter-relação e a complementaridade entre as várias dimensões (econômica, social, ambiental e institucional) apresentadas permite alcançar resultados mais expressivos e confiáveis em torno do tema”.¹⁶

Édis Milaré explica que a maior parte dos problemas que cercam o meio ambiente na atualidade gira em torno da questão do desenvolvimento sustentável.¹⁷ Vladimir Passos de Freitas ressalta

¹⁴ BALIM, Ana Paula Cabral e BARRIOS, Anelise Barboza. **A (des)construção do conceito de sustentabilidade**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=9c95b619adfica8e>>. Acesso em: 14 nov. 2018.

¹⁵ STOFFEL, Jaime Antonio; COLOGNESE, Sílvio Antônio. **O desenvolvimento sustentável sob a ótica da sustentabilidade multidimensional**. Rev. FAE, Curitiba, v. 18, n. 2, p. 18-37, jul./dez. 2015.

¹⁶ STOFFEL, Jaime Antonio; COLOGNESE, Sílvio Antônio. **O desenvolvimento sustentável sob a ótica da sustentabilidade multidimensional**. Rev. FAE, Curitiba, v. 18, n. 2, p. 18-37, jul./dez. 2015.

¹⁷ MILARÉ, Edis. **Direito do Ambiente**. São Paulo: RT. ed. 8. rev. atual. e ampl. p.45. 2013.

que a questão ambiental constitui uma preocupação mundial que transcende fronteiras, tipo de economia, origem étnica e religiosa dos países.¹⁸

Freitas¹⁹ contempla a possibilidade e a necessidade de que “a sociedade do conhecimento terá de se converter na sociedade do autoconhecimento, predisposta, de um lado, à articulação da homeostase social e, de outro, ao melhor uso da capacidade tipicamente humana de projetar, cooperar e experimentar, habilidade que enseja aprender com os erros sem precisar cometê-los”.

A magnitude das crises sistêmicas exigirá que a emergente sociedade do autoconhecimento reúna forças para enfrentar o que Freitas²⁰ chama de “patologias superlativas”. Ele relaciona a “crise do aquecimento global, do ar irrespirável, da concentração brutal de renda, da favelização incontida, da tributação regressiva e indireta, da escassez da democracia participativa, da carência de qualidade educacional (cognitiva e volitiva), das doenças facilmente evitáveis [...] do stress hídrico, da regulação capturada, do desaparecimento de espécies”, entre outros que exigem um enfrentamento imediato.

Freitas crítica de forma veemente a obsessão pelo crescimento irresponsável, afirmando que “o vício mental do crescimento, a qualquer custo, não será vencido sem as dores da abstinência. Com efeito, a sociedade terá, em dado momento, que se desintoxicar de hábitos corrosivos e reequilibrar o ecossistema em que vive. Inovar, nesse contexto, só faz sentido se promover objetivos de sustentabilidade”.²¹ Dessa forma, ele propõe que essa

¹⁸ FREITAS, Vladimir Passos de. **A Desejada e Complexa Conciliação entre Desenvolvimento Econômico e Proteção do Meio Ambiente no Brasil**. Revista Direito Ambiental e Sociedade. Universidade de Caxias do Sul, Caxias do Sul, RS. Educ. v. 4, n. 1, 2014. Semestral. pp. 235-263. Disponível em: <<http://www.ucs.br/etc/revistas/index.php/direitoambiental/article/view/3692/2115>>. Acesso em: 22 dez. 2017. p.235.

¹⁹ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. 4. ed. Fórum: Belo Horizonte, 2019. p.27.

²⁰ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. 4. ed. Fórum: Belo Horizonte, 2019. p.27-28.

²¹ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. 4. ed. Fórum: Belo Horizonte, 2019. p.28-29.

mudança necessária, significativa e difícil, exige uma mitigação do sofrimento da travessia, para que o quanto antes a humanidade seja salva de si mesma.

3. A agenda 2030

Com esse objetivo, de promover o desenvolvimento sustentável, em setembro de 2015, em reunião da ONU em Nova York, “reconheceram que a erradicação da pobreza em todas as suas formas e dimensões, incluindo a pobreza extrema, é o maior desafio global e um requisito indispensável para o desenvolvimento sustentável”.²² Nessa reunião, 193 Estados-membros das ONU aceitaram adotar o documento “Transformando o Nosso Mundo: A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável”, comprometendo-se a tomar medidas para promover o desenvolvimento sustentável nos próximos 15 anos, sem deixar ninguém para trás.

“A Agenda 2030 é um plano de ação para as pessoas, o planeta e a prosperidade, que busca fortalecer a paz universal. O plano indica 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável, os ODS, e 169 metas, para erradicar a pobreza e promover vida digna para todos, dentro dos limites do planeta”²³, de forma a ser facilmente compreendido e adotado conforme as prioridades de da país. A ONU desde 1992, na conferência na cidade do Rio de Janeiro, vem promovendo o desenvolvimento sustentável, e nessa ocasião foi elaborada a “*Agenda 21*, que foi a primeira carta de intenções para promover, em escala planetária, um novo padrão de desenvolvimento para o século XXI.”²⁴ Seguiram-se vinte anos e

²² PLATAFORMA AGENDA 2030. **A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável**. Disponível em: <<http://www.agenda2030.org.br/sobre/>>. Acesso em: 16 nov. 2018.

²³ PLATAFORMA AGENDA 2030. **A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável**. Disponível em: <<http://www.agenda2030.org.br/sobre/>>. Acesso em: 16 nov. 2018.

²⁴ PLATAFORMA AGENDA 2030. **A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável**. Disponível em: <<http://www.agenda2030.org.br/sobre/>>. Acesso em: 16 nov. 2018.

novamente no Rio de Janeiro, realizou-se em 2002 a conferência Rio +20, que avaliou os progressos obtidos e as lacunas remanescentes, levantando novos desafios, especialmente “a economia verde no contexto do desenvolvimento sustentável e da erradicação da pobreza e o arcabouço institucional para o desenvolvimento sustentável”, elaborando o documento *O Futuro que Queremos*, que guiou as ações da comunidade internacional nos anos seguintes.²⁵

A agenda 2030 tem 17 objetivos que são “integrados e indivisíveis, e mesclam, de forma equilibrada, as três dimensões do desenvolvimento sustentável: a econômica, a social e a ambiental. São como uma lista de tarefas a serem cumpridas pelos governos, a sociedade civil, o setor privado e todos cidadãos na jornada coletiva para um 2030 sustentável”. Nos próximos anos de implementação da Agenda 2030, os ODS e suas metas irão estimular e apoiar ações em áreas de importância crucial para a humanidade: Pessoas, Planeta, Prosperidade, Paz e Parcerias.²⁶

Os 17 objetivos propostos pela ONU para o desenvolvimento sustentável consistem em²⁷:

- 1) Erradicação da pobreza: Acabar com a pobreza em todas as suas formas, em todos os lugares.
- 2) Fome zero e agricultura sustentável: Acabar com a fome, alcançar a segurança alimentar e melhoria da nutrição e promover a agricultura sustentável.
- 3) Saúde e bem-estar: Assegurar uma vida saudável e promover o bem-estar para todos, em todas as idades.

²⁵ PLATAFORMA AGENDA 2030. **A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável**. Disponível em: <<http://www.agenda2030.org.br/sobre/>>. Acesso em: 16 nov. 2018.

²⁶ PLATAFORMA AGENDA 2030. **A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável**. Disponível em: <<http://www.agenda2030.org.br/sobre/>>. Acesso em: 16 nov. 2018.

²⁷ PLAN INTERNATIONAL. **Conheça os 17 objetivos de desenvolvimento sustentável**. Disponível em: <<https://plan.org.br/blog/2017/02/conheca-objetivos-desenvolvimento-sustentavel>>. Acesso em: 16 nov. 2018.

- 4) Educação de qualidade: Assegurar a educação inclusiva e equitativa de qualidade, e promover oportunidades de aprendizagem ao longo da vida para todos.
- 5) Igualdade de gênero: Alcançar a igualdade de gênero e empoderar todas as mulheres e meninas.
- 6) Água potável e saneamento: Assegurar a disponibilidade e gestão sustentável da água e saneamento para todos.
- 7) Energia acessível e limpa: Assegurar o acesso confiável, sustentável, moderno e a preço acessível à energia, para todos.
- 8) Trabalho decente e crescimento econômico: Promover o crescimento econômico sustentado, inclusivo e sustentável, emprego pleno e produtivo, e trabalho decente para todos.
- 9) Indústria, inovação e infraestrutura: Promover o crescimento econômico sustentado, inclusivo e sustentável, emprego pleno e produtivo, e trabalho decente para todos.
- 10) Redução das desigualdades: Reduzir a desigualdade dentro dos países e entre eles.
- 11) Cidades e comunidades sustentáveis: Tornar as cidades e os assentamentos humanos inclusivos, seguros, resilientes e sustentáveis.
- 12) Consumo e produção responsáveis: Assegurar padrões de produção e de consumo sustentáveis.
- 13) Ação contra a mudança global do clima: Tomar medidas urgentes para combater a mudança do clima e seus impactos.
- 14) Vida na água: Conservar e usar sustentavelmente os oceanos, os mares e os recursos marinhos para o desenvolvimento sustentável.
- 15) Vida terrestre: Proteger, recuperar e promover o uso sustentável dos ecossistemas terrestres, gerir de forma sustentável as florestas, combater a desertificação, deter e reverter a degradação da terra, e deter a perda de biodiversidade.
- 16) Paz, justiça e instituições: Promover sociedades pacíficas e inclusivas para o desenvolvimento sustentável, proporcionar o acesso à justiça para todos e construir instituições eficazes, responsáveis e inclusivas em todos os níveis.
- 17) Parcerias e meios de implementação: Fortalecer os meios de implementação e revitalizar a parceria global para o desenvolvimento sustentável.

Os ODS acima relacionados, são muito assemelhados às proposições da DUDH, demonstrando a profunda relação existente

entre o desenvolvimento sustentável e os direitos fundamentais do homem, na medida em que o homem busca o desenvolvimento social, econômico e científico, em harmonia com o meio ambiente que viabiliza sua existência.

Nesse sentido, a agenda 2030 contempla em sua introdução, no item 10, que trata dos princípios e compromissos compartilhados, que:

A nova Agenda é guiada pelos propósitos e princípios da Carta das Nações Unidas, incluindo o pleno respeito pelo direito internacional. Fundamenta-se na Declaração Universal dos Direitos Humanos, tratados internacionais de direitos humanos, a Declaração do Milênio e os resultados da Cúpula Mundial de 2005. Ela é informada por outros instrumentos, tais como a Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento.²⁸

Contemplando essas diretivas, a diretora-geral da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO), Audrey Azoulay, disse que “centenas de milhões de mulheres e homens são destituídos e privados de condições básicas de subsistência e de oportunidades. Movimentos populacionais forçados geram violações aos direitos em uma escala sem precedentes. A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável promete não deixar ninguém para trás – e os direitos humanos devem ser o alicerce para todo o progresso”²⁹.

A agenda 2030 observa ainda no seu item 19:

Reafirmamos a importância da Declaração Universal dos Direitos Humanos, bem como outros instrumentos internacionais relativos aos direitos humanos e ao direito internacional.

²⁸ ONU – ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Transformando Nosso Mundo: A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável**. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/pos2015/agenda2030/>>. Acesso em: 13 dez. 2018.

²⁹ ONU – ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **UNESCO: Declaração dos Direitos Humanos chega aos 70 anos em meio a desafios crescentes**. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/unesco-declaracao-dos-direitos-humanos-chega-aos-70-anos-em-meio-a-desafios-crescentes/>>. Acesso em: 13 dez. 2018.

Enfatizamos as responsabilidades de todos os Estados, em conformidade com a Carta das Nações Unidas, de respeitar, proteger e promover os direitos humanos e as liberdades fundamentais para todos, sem distinção de qualquer tipo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou outra opinião, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, deficiência ou qualquer outra condição.³⁰

Desta forma, a Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável tem como parte de sua gênese a DUDH, que está intrinsecamente codificada nas suas proposições, consolidando a percepção de que a sustentabilidade é um fator imprescindível para garantir os Direitos Fundamentais e Humanos.

4. Considerações finais

Com base nos fatos e argumentos apresentados, é possível constatar que a Declaração Universal dos Direitos Humanos, foi um documento que marcou a história do direito, como uma meta a ser perseguida pelos estados, em favor das pessoas. A percepção mais recente, de que não basta o direito normatizar as garantias fundamentais, mas que é necessário alcançar a efetividade em seu cumprimento, leva a percepção de que para se implementar esses direitos, é necessária capacidade econômica, desenvolvimento social e cultural, bem como um projeto viável.

Esses aspectos são contemplados na idéia de desenvolvimento sustentável, na medida em que este permite os avanços econômicos, sociais e das liberdades individuais, respeitando o meio ambiente e sem inviabilizar os mesmos direitos humanos às futuras gerações. A sustentabilidade multidimensional visa esse compromisso ético com o futuro da humanidade, de forma que o desenvolvimento atual não comprometa a

³⁰ ONU – ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Transformando Nosso Mundo: A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável**. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/pos2015/agenda2030/>>. Acesso em: 13 dez. 2018.

possibilidade das próximas gerações alcançarem os valores e direitos fundamentais do ser humano.

Nesse sentido, Freitas³¹ explica que em última análise, deve-se buscar promover o “desenvolvimento de cores limpas, [...] acima do antropocentrismo estreito. Sim, para além dos determinismos, o destino da espécie humana, em larga medida, remanesce em nossas mãos. Eis o motivo pelo qual cumpre realizar a escolha da sustentabilidade [...] como oportunidade derradeira de assegurar, às gerações, o direito fundamental ao futuro”.

Para esse intento, em 2015 foi elaborado um plano de ação, durante a Cúpula de Desenvolvimento Sustentável do Rio de Janeiro, por 193 países integrantes da ONU. Essas nações se comprometeram a atingir objetivos até o ano de 2030 e foi denominado de Agenda 2030. Ela é composta de 17 objetivos e 169 metas a seres atingidas, com a participação de governos, ONGs, empresas privadas e os cidadãos em geral.

Esses objetivos buscam um mundo mais justo, desenvolvido, sustentável e com dignidade e qualidade de vida adequada para a maioria da população mundial, o que está em plena sintonia com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que completa 70 anos, e foi um dos elementos inspiradores da Agenda 2030.

Assim, verifica-se que a sustentabilidade multidimensional, busca dar efetividade aos direitos humanos e fundamentais, de forma a promover um desenvolvimento sustentável que conduza a humanidade a um futuro mais harmonioso e viável para a atual e as futuras gerações.

5. Referências

BALIM, Ana Paula Cabral e BARRIOS, Anelise Barboza. **A (des)construção do conceito de sustentabilidade**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=9c95b619adfca8e>>. Acesso em: 14 nov. 2018.

³¹ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. 4. ed. Fórum: Belo Horizonte, 2019. p.346.

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. 4. ed. Fórum: Belo Horizonte, 2019.

FREITAS, Vladimir Passos de. **A Desejada e Complexa Conciliação entre Desenvolvimento Econômico e Proteção do Meio Ambiente no Brasil**. Revista Direito Ambiental e Sociedade. Universidade de Caxias do Sul. Caxias do Sul, RS. Educ. v. 4, n. 1, 2014. Semestral. pp. 235-263. Disponível em: <<http://www.ucs.br/etc/revistas/index.php/direitoambiental/article/view/3692/2115>>. Acesso em: 22 dez. 2017.

IPIRANGA, Ana Silva Rocha, GODOY, Arilda Schmidt e BRUNSTEIN, Janette, **“RAM. Revista de Administração Mackenzie”**, RAM, Rev. Adm. Mackenzie (On-line) 12, n. 3 (junho 2011). Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1678-69712011000300002>. Acesso em: 22 dez. 2017.

MILARÉ, Edis. **Direito do Ambiente**. São Paulo: RT. ed. 8. rev. atual. e ampl. p.45. 2013.

ONU – ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **A Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/declaracao/>>. Acesso em: 12 dez. 2018.

ONU – ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **ONU lança campanha pelo 70º aniversário da Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/onu-lanca-campanha-pelo-700-aniversario-da-declaracao-universal-dos-direitos-humanos/>>. Acesso em: 12 dez. 2018.

ONU – ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **UNESCO: Declaração dos Direitos Humanos chega aos 70 anos em meio a desafios crescentes**. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/unesco-declaracao-dos-direitos-humanos-chega-aos-70-anos-em-meio-a-desafios-crescentes/>>. Acesso em: 13 dez. 2018.

ONU – ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Transformando Nosso Mundo: A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável**. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/pos2015/agenda2030/>>. Acesso em: 13 dez. 2018.

PLAN INTERNATIONAL. **Conheça os 17 objetivos de desenvolvimento sustentável.** Disponível em: <<https://plan.org.br/blog/2017/02/conheca-objetivos-desenvolvimento-sustentavel>>. Acesso em: 16 nov. 2018.

PLATAFORMA AGENDA 2030. **A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável.** Disponível em: <<http://www.agenda2030.org.br/sobre/>>. Acesso em: 16 nov. 2018.

STOFFEL, Jaime Antonio; COLOGNESE, Silvio Antônio. **O desenvolvimento sustentável sob a ótica da sustentabilidade multidimensional.** Rev. FAE, Curitiba, v. 18, n. 2, p. 18-37, jul./dez. 2015.

UNICEF – BRASIL. **Declaração Universal dos Direitos Humanos.** Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.html>. Acesso em: 12 dez. 2018.

Direitos Humanos e sistema penal

A violação de direitos humanos e garantias fundamentais pelo fenômeno da deslegalização do direito penal¹

Bruno Ávila Fontoura Kronka²

Patrícia Cardoso De Marco Almeida³

1. Introdução

Inicialmente, o presente trabalho faz breve alusão ao conceito que se passará a adotar de Administração Pública, principalmente a Federal, a fim de delimitar propriamente a análise dos limites do dever regulamentar ou regulador que será realizada. Em seguida, são expostos os limites ao poder normativo da Administração Pública, culminando com o advento do fenômeno da deslegalização ou delegificação no âmbito administrativo.

¹ Este texto é uma atualização adaptada do artigo científico denominado “A inadmissibilidade do fenômeno da deslegalização no direito penal”, apresentado como requisito parcial para aprovação no curso de Pós Graduação, especialização em Direito Penal, apresentada ao Centro Universitário Leonardo Da Vinci – UNIASSELVI e publicado na Revista Uniasselvi-Pós: Direito e sociedade - Centro Universitário Leonardo da Vinci (Grupo UNIASSELVI) – Indaial: UNIASSELVI, 2016, ISSN 2317-5966, p. 10-18.

² Mestrando em Direito Socioambiental e Sustentabilidade pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR), especialista em Direito Penal pelo Centro Universitário Leonardo Da Vinci – Grupo Uniasselvi e integrante do Grupo de Pesquisa “Justiça, Democracia e Direitos Humanos” do Programa de Pós-graduação Stricto Sensu da PUC/PR. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul – UFMS. Servidor Público Federal. Servidor Público Federal. E-mail: brunokronka@gmail.com. Curriculum Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2526281918134279>.

³ Bacharela em Direito e Especialista em Direito Penal pela Universidade Católica Dom Bosco – UCDB – e servidora pública federal do Poder Judiciário, na Justiça Federal, Subseção Judiciária de Campo Grande/MS. Email: Patcdemarco@yahoo.com.br.

No capítulo seguinte, após sucinta observação aos princípios constitucionais atinentes ao processo legislativo das normas que limitam direitos fundamentais, demonstram-se os princípios relativos às normas penais incriminadoras. Nesse instante, questiona-se a violação ao princípio da legalidade – e seus subprincípios – em razão da elaboração de normas penais que delegam a atos normativos oriundos da Administração a complementação de seu conteúdo (também conhecidas como normas penais em branco heterogêneas ou em sentido estrito).

Devidamente sustentada a inconstitucionalidade de tais leis e, por consequência, dos regulamentos criados para colmatá-las, passa-se às considerações finais e possíveis soluções jurídicas ao problema ventilado.

2. A administração pública e o poder normativo (ou regulatório ou regulamentar).

2.1 O poder regulamentar, regulatório, ou normativo da administração pública.

Como é ressabido, o conceito de Administração Pública não é único, pois depende do sentido adotado para defini-la, que seja em sentido formal, quer no sentido material, ou mesmo no sentido operacional, por exemplo. Assim, adota-se trecho de lição de Meirelles (2004, p. 64/65) que assim sintetiza:

Numa visão global, a Administração é, pois, todo o aparelhamento do Estado preordenado à realização de serviços, visando à satisfação das necessidades coletivas. A Administração não pratica *atos de governo*; pratica, tão-somente, *atos de execução*, com maior ou menor autonomia funcional, segundo a competência do órgão e de seus agentes. São os chamados *atos administrativos* [...].

A possibilidade do exercício de todas as funções de Poder – legislativa, administrativa e fiscalizadora –, ainda que de forma

atípica, pelos Poderes da República é pacífico na doutrina⁴, a fim de instrumentalizar a harmônica convivência entre eles (freios e contrapesos ou *checks and balances*), prevista por Montesquieu ao formular o princípio da separação dos poderes. Desse modo, é irrefutável que a Administração Pública, seja ela representada por atuação do Executivo, do Judiciário, ou do Legislativo, quem tem a prerrogativa – senão verdadeiro “dever” – de expedir comandos gerais e abstratos de conduta por meio de atos administrativos normativos com a finalidade de explicitar norma legal a ser observada pelos administrados e pela própria Administração.

Nosso ordenamento jurídico atribui tão somente ao chefe do poder executivo a elaboração dos “regulamentos executivos”, isto é, de mero cumprimento de lei, cuja existência funda-se no art. 84, IV, da nossa CF/88⁵. Entrementes, além do decreto regulamentar, a doutrina esclarece que o poder normativo da Administração ainda se expressa por meio de outros atos administrativos classificados como atos normativos, quais sejam: resoluções, portarias, deliberações, instruções normativas (estas últimas com fundamento no artigo 87, parágrafo único, inciso II, da CF/88); há, ainda, os regimentos, expedidos por órgãos colegiados para fins de normatizar o seu funcionamento interno; todos os atos citados são editadas por autoridades que não o Chefe do Executivo, também com a finalidade de especificar os mandamentos das leis, decretos e regulamentos, sucessivamente (DI PIETRO, 2002, p. 90).

⁴ “Referimo-nos à função precípua de cada Poder de Estado porque, embora o ideal fosse a *privatividade* de cada função para cada Poder, na realidade isso não ocorre, uma vez que todos os Poderes têm necessidade de praticar *atos administrativos*, ainda que restritos à sua organização e ao seu funcionamento, e, em caráter excepcional admitido pela Constituição, desempenham funções e praticam atos que, a rigor, seriam de outro Poder. O que há, portanto, não é separação de Poderes com divisão absoluta de funções, mas, sim distribuição das três funções estatais *precipuas* entre órgãos independentes, mas harmônicos e coordenados no seu funcionamento, mesmo porque o poder estatal é uno e indivisível” (MEIRELLES, 2004, p. 61).

⁵Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: (...)IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução;”.

2.2 Limites ao poder-dever regulamentar

A melhor compreensão do poder Administração Pública de regulamentar as leis que demandam tal providência induz à compreensão de que tal providência denota verdadeiro dever de fazê-lo (e não mera faculdade) sempre que o sistema requerer ou admitir a adaptação ou ordenação do aparelho administrativo para a fiel execução das leis e, portanto, onde houver discricionariedade.

Entretanto, tal dever não pode ultrapassar a esfera de competência da própria lei, conforme esclarece com propriedade Mello (2010, p.359/360):

[...] É, pois, à lei, e não ao regulamento, que compete indicar as condições de aquisição ou restrição de direito. [...] Deveras, disciplinar certa matéria não é conferir a outrem o poder de discipliná-lo. [...] É dizer: se à lei fosse dado dispor que o Executivo disciplinaria, por regulamento, tal ou qual liberdade, o ditame assecuratório de que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei perderia o caráter de garantia constitucional, pois o administrado seria obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa ora em virtude de regulamento, ora de lei, ao líbido do Legislativo, isto é, conforme o legislador ordinário entendesse de decidir.

Aragão (2000, p. 48/50), imbuído de legítima pretensão elucidativa e objetivando, simultaneamente, produzir soluções pragmáticas para as questões teóricas residentes no vácuo legislativo de que se ocupam os regulamentos, assim classificou as leis em relação à densidade normativa:

- a) **“Leis de densidade normativa exaustiva**, normalmente impostas por reserva absoluta de lei: A reserva absoluta de lei formal, vigente em nosso ordenamento para a instituição de tributos, de crimes e das respectivas penas (arts. 150, I e 5º, XXXIX, CF), segundo a doutrina tradicional, com a qual neste aspecto, em parte concordamos, obriga o legislador a dispor sobre a matéria de forma completa, sendo-lhe vedado deixar

qualquer espaço para juízos discricionários, sejam eles administrativos ou judiciais. [...]

- b) **Leis de grande densidade normativa:** Pela doutrina mais tradicional, toda lei já deveria, *de per se*, normatizar suficientemente a matéria, a fim de que os regulamentos apenas detalhassem as obrigações por ela previamente estabelecidas. Sendo assim, para essa corrente doutrinária, apenas poderiam ser emitidos os ditos ‘regulamentos meramente executivos’. [...]
- c) **Leis de baixa densidade normativa:** Nas situações descritas no subitem ‘b’ *supra*, a lei chega a iniciar – sem pretender esgotar – a normatização da matéria de maneira bem detalhada. Na hipótese ora tratada, ao revés, a lei estabelece apenas parâmetros bem gerais da regulamentação a ser efetuada pela Administração Pública. Trata-se das leis-quadro (*lois-cadre*) ou standartizadas, próprias das matérias de grande complexidade técnica ou suscetíveis de constantes mudanças”.

2.3 A deslegalização ou delegificação no direito brasileiro

A deslegalização, também chamada de delegificação, acontece quando uma lei, sem entrar na regulamentação da matéria, rebaixa formalmente sua carga legislativa, permitindo que essa matéria possa vir a ser modificada por ato administrativo de cunho normativo, por meio de delegação normalmente expressa.

Faz-se mister salientar que o legislador reserva para si a competência para o regramento básico, calcado nos critérios políticos e administrativos, transferindo tão somente a competência para a regulamentação técnica mediante parâmetros previamente enunciados na lei. É o que no Direito americano se denomina delegação com parâmetros (*delegation with standards*). Daí poder afirmar-se que a delegação só pode conter a discricionariedade técnica. Ocorre que não há simples complementação da lei através de normas de conteúdo organizacional, mas sim de criar normas técnicas não contidas na lei, proporcionando, em consequência, inovação no ordenamento jurídico, também chamado de “poder

regulador” para distingui-lo do poder regulamentar tradicional (CARVALHO FILHO, 2014, p. 59).

Cita-se como exemplo o que ocorre com as agências reguladoras, tais como a Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL e a Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL, em cuja competência se insere a produção de normas técnicas para os setores de energia elétrica e telecomunicações, objeto de sua atuação controladora, nos termos do art. 2º da Lei nº 9.427/96 e art. 19 da Lei nº 9.472/97, respectivamente.

Note-se, portanto, que se está a tratar de lei de baixa densidade normativa, atinentes a questões de grande complexidade técnica ou suscetíveis de reiteradas mudanças. Assim é já que o poder normativo a elas conferido é eminentemente técnico, com um mínimo de influência política, sendo a sua atividade, em tese, estritamente administrativa, de modo que é reduzida a probabilidade de usurpação da natureza legiferante. Outra situação prática que elucida o instituto da deslegalização é o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.568, de relatoria da Ministra Carmen Lúcia, no qual se debateu a constitucionalidade do art. 3º, da Lei nº 12.382/2011. Questionava-se a possibilidade de fixação do salário mínimo por meio de Decreto Presidencial e não mais por Lei Ordinária. No caso em comento, o Supremo Tribunal Federal entendeu pela constitucionalidade do aludido artigo, vez que o legislador teria feito tal delegação ao Poder Executivo, fixando os parâmetros básicos a serem atendidos.

O STF vem julgando constitucional o fenômeno ora analisado, fundamentando basicamente na flexibilização ao Princípio da Legalidade, principalmente em decorrência da “*crise da lei*” (termo usado pelo Ministro Luiz Fux no julgamento da ADIN nº 4.568) sob o argumento de se evitar um suposto engessamento normativo no país. Desse modo, não seria necessário passar por todo o procedimento burocrático existente para elaboração ou alteração de uma lei (isto é, o devido processo legislativo).

3. A inconstitucionalidade das normas penais em branco

3.1 As normas penais em branco.

A doutrina compreende os Direitos Humanos a partir de diversos critérios. A partir de sua função, classificam-se os direitos humanos como direitos de defesa (prerrogativas individuais e coletivas voltadas à defesa de posições subjetivas contra a intervenção do Poder Público – verticais – ou de particulares – horizontais), direitos a prestações (exigem o cumprimento de uma obrigação estatal para assegurar a efetividade dos direitos humanos) e direitos a procedimentos e organizações (impõem ao Estado a estruturação de órgãos e de instituições que deveriam oferecer serviços ou bens indispensáveis à concretização de direitos humanos) (RAMOS, 2014, p. 60-61).

Georg Jellinek no final do século XIX analisou a posição – status – do indivíduo em relação ao Estado e tomou esse critério para defender sua teoria. Segundo ele, o indivíduo pode se encontrar em quatro situações diante do Estado. Quando na posição de submissão, também denominado *status subjectionis* ou *status* passivo, possui deveres para com o Estado, cujo cumprimento leva ao atingimento de um bem comum; ao mesmo tempo, cria-se em favor do indivíduo um espaço de resistência denominado *status negativo* ou *status libertatis*, voltado à demanda de respeito de seus direitos humanos; tem, ainda, o indivíduo (ou a coletividade) o poder de invocar a atuação estatal por meio de prestações positivas – denominada *status positivo* ou *status civitatis*; já o *status ativo* ou *status activus* consiste nas prerrogativas do indivíduo de participar da formação da vontade do Estado (*Ibidem*, p. 53-55).

Historicamente, o constituinte autorizou a limitação de direitos fundamentais exclusivamente mediante lei em razão das garantias democráticas, já que o Parlamento tem como principal função a de órgão de representação popular, constituindo verdadeira reserva parlamentar (*Parlamentsvorbehalt*), inobstante a crise representativa

amplamente denunciada nas recentes manifestações em praça pública no Brasil, com grande adesão das massas. A doutrina alemã desenvolveu a “teoria da essencialidade” (*Wesentlichkeitslehre*), segundo a qual as decisões essenciais sobre pressupostos, contextos e conseqüências das intervenções devem ser disciplinadas pelo próprio Poder Legislativo; tal doutrina é de obrigatoria invocação no âmbito da legislação criminal (DIMOULIS; MARTINS, 2014, p. 162/163).

No Direito Penal, é a lei em sentido estrito que tipifica as condutas. Entretanto, há casos em que “as limitações de direitos fundamentais ocorrem no caso de normas penais incompletas, que punem condutas concretamente descritas por atos normativos do Executivo” (*Ibidem*, 2014, p. 163). Como exemplo, citam-se as normas penais em branco, as quais podem dividir-se em homogêneas (em sentido lato), isto é, aquelas que são complementadas por normas previstas em fonte formal da mesma hierarquia da norma incriminadora; e heterogêneas (ou em sentido estrito), aquelas que complementadas por normas hierarquicamente distintas – portarias, decretos, regulamentos, resoluções, etc. As primeiras subdividem-se, ainda, em homólogas (cujo complemento está previsto no mesmo estatuto legal) e heterólogas (cujo complemento normativo está em outro estatuto legal).

A constitucionalidade das normas penais em branco homogêneas é inquestionável, as quais podem, inclusive, inovar na ordem jurídica – não se adstringindo a mera regulamentação da norma original incriminadora. Já no que tange às normas penais em branco heterogêneas, a doutrina mais prudente aponta no sentido de haver delegação do poder de legislar fora das hipóteses constitucionalmente previstas. No âmbito do Direito Penal a reserva absoluta de lei prevista no art. 5º da CF/88 estabelece o monopólio de elaboração da norma à lei formal, inadmitindo, *a priori*, a remissão a normas administrativas ou mesmo a costumes para que especifiquem o tipo legal. Entretanto, a doutrina majoritária ainda hoje mantém o vetusto pensamento relativizador do axioma da reserva absoluta da lei

penal⁶. Entretanto, quando a lei formal – à qual é feita a reserva legal na CF/88 no âmbito do Direito Penal – delega a atos administrativos a complementação de normas incriminadoras há efetiva extrapolação no poder de delegação, já que à Administração Pública não incumbe legislar sobre matéria penal.

Em âmbito federal, o termo *lei* abrange, portanto, as leis complementares, ordinárias e delegadas, nos termos do art. 59, da CF/88, ou seja, quando houver votação pelos órgãos do Congresso Nacional com a devida participação do Presidente da República no processo legislativo. A respeito da ofensa à reserva parlamentar, faceta mais democrática do processo legislativo inscrita na Constituição Federal, Rogério Greco (2004, p. 26/27) traz esclarecedora lição sobre o tema, embora ainda minoritária:

A questão que se coloca, agora, é a seguinte: como o complemento da norma penal em branco heterogênea pode ser oriundo de outra fonte que não a lei em sentido estrito, esta espécie de norma penal ofenderia o princípio da legalidade? Entendemos que sim, visto que o conteúdo da norma penal poderá ser modificado sem que haja uma discussão amadurecida da sociedade a seu respeito, como acontece quando os projetos de lei são submetidos à apreciação de ambas as Casas do Congresso Nacional, sendo levada em consideração a vontade do povo, representado pelos deputados, bem como a dos Estados, representados pelos seus senadores, além do necessário controle exercido pelo Poder Executivo, que exercita o sistema de freios e contrapesos.

3.2 Princípios do direito penal violados pelas normas penais em branco heterogêneas

Os princípios da legalidade e da irretroatividade maléfica da lei penal estão previstos no art. 9º da Convenção Americana sobre

⁶ “O caráter absoluto da reserva legal é entendido da seguinte maneira: somente a lei pode referir-se a outra norma, integrando-a à definição do delito ou da contravenção penal. Dessa forma é a lei que repristina, mantendo-se intacto o princípio que confere somente à lei a origem da relevância penal” (CERNICCHIARO; COSTA Jr., 1995, p. 42).

Direitos Humanos, (Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969), segundo o qual:

Ninguém pode ser condenado por ações ou omissões que, no momento em que forem cometidas, não sejam delituosas, de acordo com o direito aplicável. Tampouco se pode impor pena mais grave que a aplicável no momento da perpetração do delito. Se depois da perpetração do delito a lei dispuser a imposição de pena mais leve, o delinqüente será por isso beneficiado.

A Constituição Federal estabelece, em seu art. 5º, II, que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” e em seu art. 5º, XXXIX que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. Tais dispositivos revelam o princípio da legalidade, que pode ser subdividido em três postulados: (i) princípio da reserva legal (quanto às fontes das normas penais incriminadoras); (ii) princípio da taxatividade (quanto à enunciação dessas normas); (iii) princípio da irretroatividade da lei penal (quanto à validade das disposições penais no tempo). Os dois primeiros postulados merecem especial atenção no presente caso.

O princípio da reserva legal assegura que para haver limitação de direitos fundamentais, mormente no âmbito penal, as normas que assim disponham devem estar previstas em lei em sentido formal ou em normas constitucionalmente equiparadas a estas, tais como a medida provisória que possui força de lei (observe-se, contudo, que é expressa a vedação à edição de medida provisória sobre o direito penal e processual penal, nos termos do art. 62, §1º, I, b, CF/88).

O princípio da taxatividade impõe que a lei seja clara (*Lex clara*), determinada (*Lex determinata*), prévia (*Lex praevia*) e, principalmente, certa. Portanto, não cabe, no âmbito criminal, a formulação de tipo legal demasiadamente lacunoso, aberto, vago,

sujeito a analogias incriminadoras ou ofensas à anterioridade penal, bem como à estrita legalidade.

Ainda, do axioma latino *nulla lex (poenalis) sine necessitate* depreende-se não ser possível a incriminação legal sem que haja a necessidade de uma intervenção tão gravosa quanto a promovida pelo Direito Penal. Esse ideal iluminista amplamente aceito por Montesquieu, Beccaria, Romagnosi, Bentham e Carmignani, Ferrajoli, fundamentou o chamado garantismo penal na busca por evitar a aplicação de “penas inutilmente excessivas” (FERRAJOLI, 2002, p. 317).

Aliás, nesse ponto é impositiva a referência ao mestre Beccaria (2001, p.13), segundo o qual: “Colocai o texto sagrado das leis nas mãos do povo, e, quanto mais homens houver que o lerem, tanto menos delitos haverá; pois não se pode duvidar que no espírito daquele que medita um crime, o conhecimento e a certeza das penas ponham freio à eloquência das paixões”.

A CF/88 adotou tacitamente tal concepção garantista, revestindo o Direito Penal de nítido caráter fragmentário. Assim, não é qualquer conduta que deve ser tipificada, sendo a esfera penal a *ultima ratio* punitiva. Desse modo, a delegação da complementação de tipos legais à Administração denota evidente descaso com a necessária reserva da matéria penal à lei formal. Há, portanto, evidente violação ao princípio da intervenção mínima, constitucionalmente implícito dentre as inúmeras garantias previstas no art. 5º da Carta Política

3.3 Dispositivos legais que remetem a normas penais em branco heterogêneas no brasil

A Lei nº 11.343/2006 impõe que a pessoa que vende determinada droga só comete crime caso essa substância esteja

entre aquelas que determinam dependência do usuário, permitindo que tal ato normativo provenha do Poder Executivo⁷.

Assim, somente incorre em fato típico aquele que descumprir a portaria da Anvisa que dispõe quais as substâncias são entorpecentes e psicotrópicas – atualmente trata-se da Portaria n. 344, publicada no D.O.U. de 31/12/1998. Desse modo, por meio de delegação de competência do legislador ao Poder Executivo, são criadas novas condutas típicas por meio de mero ato administrativo normativo, que acaba por definir o tráfico de drogas no país. Parcela da doutrina sustenta que ainda menor seja a descrição normativa das substâncias capazes de produzir dependência, bastando, no caso concreto, o competente laudo, já que nem todas as drogas podem ser previstas em portaria (Acácio Rebouças, *apud* GOMES; CUNHA, 2009, p. 195). Saliente-se que tal portaria é constantemente atualizada por RDC (Resoluções da Diretoria Colegiada) da Anvisa. Recentemente uma dessas alterações que excluiu a substância canabidiol (CBD – uma das 80 substâncias constantes da *cannabis*) do rol de substâncias de importação proibidas no Brasil, incluindo-a entre as substâncias especialmente controladas, enquadrada na lista C₁ da Portaria 344/98, teve especial atenção da mídia. Tal decisão foi tomada após a Anvisa receber 374 pedidos de importação do Canabidiol para uso pessoal, a partir da identificação de pacientes com síndromes que levam a espasmos e epilepsia e que encontram no CBD a melhor resposta terapêutica para seus tratamentos. Vê-se, portanto, que fica ao arbítrio do administrador público a livre decisão sobre a inclusão

⁷ “Art. 1^º Esta Lei institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas e define crimes.

Parágrafo único. Para fins desta Lei, **consideram-se como drogas as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União.** (Grifei).

Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização **ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar**”. (Grifei).

ou não de uma substância no rol de drogas. Assim, o RDC 03, DE 28/01/2015, como tantos outros, tem o efeito de verdadeira *abolitio criminis* oriunda de ato administrativo.

A Lei nº 1.521/51, que em seu art. 2º prevê ser crime contra a economia popular entre outras condutas “expor à venda ou vender mercadoria ou produto alimentício, cujo fabrico haja desatendido a determinações oficiais, quanto ao peso e composição”, estabelece normas penais em branco heterogêneas, conforme já reconhecido pelo e. STF⁸.

Ademais, o art. 268 do Código Penal assim dispõe: “Infringir determinação do poder público, destinada a impedir introdução ou propagação de doença contagiosa”. Evidentemente tal “determinação do poder público” deve ser veiculada mediante decretos, editais ou portarias oficialmente publicadas pelo Poder Público federal, estadual ou municipal.

O art. 269 do Código Penal ao tipificar o crime de omissão de notificação de doença, depende da edição de regulamentos e outros atos normativos que prevejam as doenças cuja notificação à autoridade pública seja compulsória. Aliás, atualmente a Portaria n. 5/2006, da Secretaria de Vigilância em Saúde do Ministério da Saúde, embora não tenha natureza penal, cumpre esse papel de complementar a norma incriminadora.

Do mesmo modo, o art. 130 do Código Penal ao descrever como crime de perigo de contágio venéreo o seguinte: “Expor alguém, por meio de relações sexuais ou qualquer ato libidinoso, a contágio de moléstia venérea, de que sabe ou deve saber que está contaminado”, não faz enumeração taxativa das moléstias venéreas, entendendo ser mais próprio de regulamento sanitário (conforme reconhece a própria Exposição de Motivos – 44). Assim, incumbe ao Ministério da Saúde complementar tal norma penal em branco a fim de se alcançar a clareza e exatidão exigível.

⁸ STF - RHC: 64680 SP , Relator: Min. ALDIR PASSARINHO, Data de Julgamento: 16/12/1986, SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJ 15-04-1987.

No mesmo sentido, o perigo de contágio de moléstia grave previsto no art. 131 do CP não teve as condutas hipotéticas etiquetadas pelo legislador ordinário, que fez apenas referências genéricas e indeterminadas.

4. Conclusão

Conforme sustentado em outras palavras neste trabalho, “nem mesmo na esfera administrativa se admite que surja inovação jurídica por meio de regulamentos, resoluções e portarias. Então por que isso é permitido e aceito como técnica legislativa na esfera penal”? (CUNHA, Luiza, 2011). Os princípios da legalidade, da intervenção mínima e da reserva parlamentar, assegurados pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos e pela Constituição Federal de 1988, repelem veementemente a delegação no âmbito penal.

Permitir a ampla discricionariedade na colmatação de lacunas permitidas por normas penais incriminadoras por outros poderes, que exercem apenas função legisladora atípica, é o mesmo que admitir que as leis penais têm baixa – e não exaustiva – densidade normativa. Assim, estabeleceriam apenas parâmetros bem gerais da regulamentação a ser efetuada pela Administração Pública, tais como as leis-quadro (*lois-cadre*) ou standartizadas, próprias das matérias de grande complexidade técnica ou suscetíveis de constantes mudanças – e não do sistema punitivo criminal adotado no Brasil.

Ao se observar a preocupação do legislador com a atualidade da norma por ele expressada no tipo legal, bem como com a progressividade na interpretação do julgador, tem-se que as legislações que tratam de direito penal econômico (lei n. 1.521/51), ou de perigo de lesão à saúde pública (arts. 130, 131, 268, 269, todos do Código Penal), além da lei de drogas (lei n. 11.343/06), previram tipos demasiadamente abertos, utilizando indiscriminadamente normas penais em branco. Essa estratégia

amplia o âmbito protetivo da norma penal e, com isso, o espaço de atuação punitiva do Estado.

Aceitando-se a afluência de dados externos à figura delituosa para interpretar seu sentido, incorre-se no perigo de agressão à legitimação constitucional da tutela penal, violando-se o princípio da legalidade. Saliente-se que se deve evitar essa “administrativização do direito penal”, haja vista que “o subjetivismo do intérprete adquire força em demasia, permitindo ilações valorativas, que podem reduzir a eficácia da função garantista do tipo penal” (LOPES; FRANCO, 2013, p. 13). Trata-se de verdadeira deslegalização penal.

A impossibilidade de alegação do desconhecimento da lei não mais seria possível, uma vez que as normas penais em branco heterogêneas pressupõem sua colmatação por atos normativos que não obedecem a mesma publicidade e divulgação a que se sujeita a lei formal. A própria eficácia preventiva e desestimuladora da lei penal é demasiadamente mitigada em tais casos.

Desse modo, é inadmissível a delegação da criminalização a atos administrativos normativos, por clara ofensa ao devido processo legislativo previsto constitucionalmente, em vista do desrespeito à reserva absoluta parlamentar e à estrita legalidade. Em última análise, o próprio princípio democrático da representatividade é vilipendiado.

5. Referências

ARAGÃO, Alexandre Santos de, *Princípio da Legalidade e Poder Regulamentar no Estado Contemporâneo*, Rio de Janeiro, 2000. Disponível em http://download.rj.gov.br/documentos/10112/793582/DLFE-47309.pdf/Revista53Doutrina_pg_37_a_60.pdf. Último acesso em 13/12/2018.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Edição Eletrônica: Ridendo Castigat Mores. Versão para *ebook*: 2001.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo* 27. ed. rev., ampl. e atual. até 31-12-2013. São Paulo: Atlas, 2014.

- CERNICCHIARO, Luiz Vicente, COSTA JR., Paulo José da, *Direito penal na constituição*. 3^a ed. rev. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.
- CUNHA, Luiza Fontoura da, *Normas penais em branco: uma breve análise sobre a sua constitucionalidade*. Publicado em 28 de novembro de 2011. Disponível em: http://www.sintese.com/doutrina_integra.asp?id=1204 Último acesso em 13/12/2018.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Direito Administrativo*, 14^a ed., São Paulo: Editora Atlas S.A., 2002.
- DIMOULIS, Dimitri, MARTINS, Leonardo, *Teoria geral dos direitos fundamentais*, 5^a ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- GOMES, Luiz Flávio, CUNHA, Rogério Sanches (coord.), *Legislação criminal especial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.
- GRECO, Rogério. *Curo de Direito penal – Parte Geral*. 4^a ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004.
- LOPES, Luciano Santos; FRANCO, Ticiane Moraes. *Administrativização do Direito Penal Econômico. Direito penal e criminologia. Organização: CONPEDI/UNINOVE; Coordenadores: SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna*, 2013. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=de4994a3a1ec0331>> Último acesso em 13/12/2018.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, 29^a ed. atual. Malheiros Editores Ltda, São Paulo: 2004.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. Malheiros, 27^a ed. rev. atual. São Paulo/SP: 2010.
- ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção Americana de Direitos Humanos* (1969). Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Último acesso em 13/12/2018.
- RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2014.

A economia solidária como método para a problemática da ressocialização do egresso brasileiro ¹

*Marília Soares de Mattos**

*Thayse Cristine Pozzobon**

1. Introdução

É certo que é possível correlacionar a violência no Brasil com diversos problemas sociais como o desemprego, desigualdade social e ausência de condições básicas de educação. Infelizmente e salvo raras exceções, a solução estatal encontrada acaba sendo o encarceramento. Ocorre que tal medida alcança preferencialmente a parcela populacional mais pobre do país. Ademais, ressalta-se a precariedade do sistema prisional, que desprovido de qualquer estrutura, aproxima ainda mais estes indivíduos da marginalidade.

A taxa de reincidência criminal no país é alta, conforme se discutirá adiante, e o Brasil conta com a terceira maior população carcerária do mundo, o que dificulta ainda mais a atuação e controle estatal.

¹ Artigo apresentado no III Congresso de Direito Penal em abril de 2018.

* Advogada Criminalista, Mestranda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR), especialista em Direito Penal pelo Complexo Educacional Damásio de Jesus, integrante do Grupo de Pesquisa Justiça, Democracia e Direitos Humanos do programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* da PUC/PR. Contato: (mariliasoaresmattos@gmail.com)

* Advogada Criminalista, Mestranda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR). Bolsista-produtividade CAPES/PROEX. Especialista em Direito Público pela Escola da Magistratura do Paraná. Pesquisadora-adjunta integrante do Núcleo de Pesquisas - Sistema Criminal e Controle Social da Universidade Federal do Paraná - Programa de Pós-Graduação da UFPR. Contato: (tcpozzobon@gmail.com)

De acordo com a Lei de Execuções Penais, as instituições carcerárias são responsáveis por proporcionar condições que favoreçam a reinserção social. No entanto, em razão da violência institucionalizada e principalmente do afastamento do egresso da sociedade, resta claro que a ressocialização é inexistente enquanto perdurar o encarceramento do apenado.

Sucedese que mesmo após deixarem o sistema prisional, os egressos sofrem com a ausência de oportunidades e acolhimento social e familiar, principalmente em razão de seu passado prisional. Sofrem ainda pela sua condição econômica, que em grande parte, já era precária antes do encarceramento.

No sistema carcerário, os programas de capacitação e especialização profissional são praticamente inexistentes, obstaculizando que o preso adquira métodos de ressocialização e saia da marginalidade. Verifica-se, portanto, que a inviabilidade da ressocialização possui relação direta com o movimento exterior e interior da sociedade, já que depende do desenvolvimento de dinâmicas carcerárias internas.

A Economia Solidária, por sua vez, pode surgir como uma via eficiente de inclusão social, já que tem como alguns de seus princípios a solidariedade, a igualdade, a coletividade, o respeito ao ser humano, bem como a gestão e divisão de renda proporcionalmente compartilhada.

Trata-se de um espaço onde, com valores solidários, o individualismo é desbancado para o coletivo e a autogestão quebra o poder hierárquico.

Neste sentido, a Economia Solidária pode ser favorável ao egresso e sua ressocialização, eis que tem a finalidade de construir um espaço entre as camadas excluídas da sociedade, constituindo uma "emancipação humana" e captando necessidades e direitos.

Através deste modelo econômico, os egressos podem atingir a autorrealização e autossuficiência, afastando os motivos que levam os indivíduos à marginalidade e/ou à reincidência penal.

2. Sistema carcerário no mundo, no Brasil e a reincidência

Antes de abordar a situação dos egressos do sistema carcerário brasileiro, faz-se necessária uma introdução quanto ao seu panorama mundial.

Considerando todas as nações e levando em conta apenas dados oficiais, tem-se mais de 2,5 milhões de pessoas condenadas aprisionadas no mundo. Mais da metade (59%) dos países possuem percentuais relevantes de pessoas aprisionadas ainda sem julgamento (WORLD PRISON BRIEF 2017).

Uma pesquisa recente feita pela *Prison Studies*² concluiu que o Brasil tem a 3ª maior população aprisionada no mundo, ficando atrás apenas dos Estados Unidos e China. O país com a menor quantidade de pessoas encarceradas é o San Marino, situado na Europa, cuja área total é de apenas 61,2 km² e com apenas 33.203 habitantes.

É sabido que o Brasil não conta com pena de morte e prisão perpétua, assim, salvo exceções nas quais o condenado pratica delitos dentro da prisão e/ou acumula penas de delitos prévios, permanecendo por mais de trinta anos no sistema penitenciário, levanta-se o seguinte questionamento: após o cumprimento da pena ou quando da progressão para o regime aberto, para onde e o que fazem os egressos? Quais são as suas opções? O Estado oferece assistência, cursos profissionalizantes e programas de reintegração social?

Infelizmente, a atuação estatal não tem sido suficiente e os índices de reincidência da terceira maior população carcerária do mundo não são positivos.

Explica-se, desde já, que ainda são escassos no Brasil estudos sobre reincidência criminal, o que contribui para que a imprensa e a população, no geral, repercutam com certa frequência

² Os 10 países com maior população aprisionada são: [United States of America](#): 2 145 100; [China](#): 1 649 804; [Brazil](#): 659 020; [Russian Federation](#): 618 490; [India](#): 419 623; [Thailand](#): 300 910; [Mexico](#): 233 469; [Iran](#): 225 624; [Indonesia](#): 224 042

informações não devidamente confirmadas como a de que a taxa de reincidência giraria em torno de 70%.

Esclareça-se que as taxas de reincidência variam muito em função do conceito de reincidência trabalhado e a taxa pode não chegar em 70%, mas permanece alta, girando em torno de 30%.

Colaciona-se tabela disponível no Relatório de Reincidência Criminal no Brasil³, que compila as principais pesquisas nacionais sobre reincidência:

Autor	Título	Conceito de reincidência utilizado na pesquisa	Taxa de reincidência
Sérgio Adorno; Eliana Bordini	<i>A Prisão sob a Ótica de seus Protagonistas: itinerário de uma pesquisa.</i>	Reincidência criminal – mais de um crime, condenação em dois deles, independentemente dos cinco anos.	São Paulo: 29,34%.
Sérgio Adorno; Eliana Bordini	<i>Reincidência e Reincidentes Penitenciários em São Paulo (1974-1985).</i>	Reincidência penitenciária – reingresso no sistema penitenciário para cumprir pena ou medida de segurança.	São Paulo: 46,3%.
Julita Lemgruber	<i>Reincidência e Reincidentes Penitenciários no Sistema Penal do Estado do Rio de Janeiro.</i>	Reincidência penitenciária – reingresso no sistema penitenciário para cumprir pena ou medida de segurança. Segundo a autora: “compreende reincidente penitenciário como quem tendo cumprido (tal) pena ou (tal) medida de segurança, veio a ser novamente recolhido a estabelecimento penal para cumprir nova pena ou medida de segurança” (Lemgruber, 1989, p. 45).	Rio de Janeiro: 30,7%.
Túlio Kahn	<i>Além das Grades: radiografia e alternativas ao sistema prisional.</i>	Reincidência penal – nova condenação, mas não necessariamente para cumprimento de pena de prisão. Segundo Kahn, pode-se assumir que nos casos de crimes mais graves os conceitos de reincidência penal e reincidência penitenciária medem basicamente as mesmas coisas, uma vez que crimes graves quase sempre são punidos com prisão.	São Paulo: 50%, em 1994; 45,2%, em 1995; 47%, em 1996; na década de 1970, a taxa não passou de 32%.
Depen	Dados de 2001 para Brasil e de 2006 para Minas Gerais, Alagoas, Pernambuco e Rio de Janeiro.	Reincidência penitenciária – considerando presos condenados e provisórios com passagem anterior no sistema prisional.	Brasil: 70%; e Minas Gerais, Alagoas, Pernambuco e Rio de Janeiro: 55,15%.

Como visto, a taxa mais alta é a registrada pelo DEPEN de 70%, que admite como reincidente os presos condenados e provisórios com passagem anterior no sistema prisional.

Conforme problemática levantada acima, passa-se a discutir qual tem sido a atuação estatal e se o Estado está, de fato, cumprindo com o dever de assistência ao preso e reintegração social.

³ Em 2015, IPEA celebrou acordo de cooperação técnica com o CNJ para a realização dessa pesquisa

3. O estado, seu dever de assistência e a situação dos egressos do sistema prisional

Sabe-se que existem inúmeros programas do governo federal de assistência aos egressos, bem como que os estados e municípios também tentam desenvolver diversos programas.

Cita-se, primeiramente, a Associação de Proteção e Assistência aos Condenados (APAC), definida como uma entidade civil de direito privado sem fins lucrativos, que tem como visão “humanizar o cumprimento das penas privativas de liberdade, oferecendo ao condenado condições de recuperar-se e, ainda, proteger a sociedade, socorrer as vítimas e promover a Justiça restaurativa”.

Atualmente, há 117 APAC’s no Brasil, dentre essas 50 estão em funcionamento e as outras se instalando. Ao redor do mundo, 27 países estão adaptando a metodologia aplicada nas APAC’s à realidade de suas nações. As APAC’s são organizadas e fiscalizadas pela Fraternidade Brasileira de Assistência aos Condenados, entidade filiada à Prison Fellowship International – PFI, organização consultiva da ONU para assuntos penitenciários (POZZOBON, SOUZA, 2017).

Após alguns estudos, instituiu-se o denominado “Método APAC”, o qual é constituído por doze elementos essenciais e indispensáveis que devem ser aplicados em toda APAC a fim de se obter os resultados pretendidos, quais sejam: participação da comunidade, recuperando ajudando recuperando, trabalho, religião, assistência jurídica, assistência à saúde, valorização humana, família, voluntariado, Centro de Reintegração Social, mérito e Jornada de Libertação com Cristo (POZZOBON, SOUZA, 2017).

No que tange a reincidência, uma pesquisa feita pela Fundação Getúlio Vargas chegou a conclusão que no sistema alternativo mencionado o índice de reincidência é de apenas 8,14% (POZZOBON, SOUZA, 2017).

É importante destacar que, embora existam inúmeras vantagens para o sujeito e as APAC’s se mostrem como um método

alternativo interessante para a sociedade e para o Estado, ainda existem poucas APAC's funcionando no país, considerando a quantidade de presos no Brasil.

O Estado de São Paulo também possui um programa muito interessante e conta com Centrais de Atenção ao Egresso e Família (CAEF), referidas centrais estão distribuídas entre diversos municípios paulistas. O desenvolvimento do programa tem por base a assistência direta, o estreitamento dos vínculos familiares, a construção e ampliação da rede social de apoio, parcerias com órgãos governamentais ou não e projetos que priorizam a capacitação profissional e a geração de renda.

Cada CAEF conta com um responsável técnico (assistente social ou psicólogo) com o compromisso ético-político de articular a rede social de apoio, serviços e políticas buscando o fortalecimento da cidadania, da autonomia e da identidade dos usuários, contribuindo assim para diminuição dos índices de violência e reincidência criminal.

Fora estes dois exemplos, existem diversos outros programas implantados pelo governo federal, Estados e municípios, no entanto, pouco se tem acreditado na recuperação do egresso do sistema penitenciário e pouco se tem investido.

A busca pela ressocialização e reintegração do sujeito parece existir apenas na lei. Ocorre que referida busca deve persistir, já que constitui um ideal pretendido pelo Estado Democrático de Direito. Neste contexto, a Economia Solidária se mostra como uma alternativa viável, conforme se explanará nos tópicos adiante.

4. Breves apontamentos históricos sobre a economia solidária

A concepção de economia social deriva de uma terminologia francesa que remete às práticas solidárias interclassistas quando da reação às transformações econômicas e sociais da revolução industrial, práticas influenciadas pelos pensamentos socialistas

utópicos do século XIX e que originaram os métodos organizacionais como cooperativas e associações (CAEIRO, 2008).

Paul Singer, importante economista brasileiro e referência nacional e mundial no tocante à Economia Solidária, contextualiza a origem da Economia Solidária com o fim do capitalismo industrial. De acordo com Singer, a origem se encontra na reação ao empobrecimento dos artesãos provocado pela difusão das máquinas e da organização fabril da produção. No entanto, foi somente na década de 50, com o nascimento do *nonprofit sector*, que a terminologia passou a ser conhecida. Na década de 70, originou-se o "*Third Sector*", coexistindo um sistema com três setores: Governo, Mercado e Setor privado sem fins lucrativos. (CALEGARE, JÚNIOR, 2009).

No Brasil, a estagnação econômica dos anos 90 causou, no mercado, a exclusão de diversos trabalhadores, principalmente daqueles que viviam em situação de pobreza extrema. Referida crise econômica fez com que os trabalhadores buscassem a inserção em um novo método de economia. (SINGER, SILVA, SCHIOCHET, 2014).

Doutrinariamente, no Brasil, existe uma divisão da economia solidária em três fases distintas, sendo o primeiro período considerado entre o ano de 1980 a 1995, onde a economia solidária ocorreu como uma reação ao desemprego e como proposta de organização trabalhista. A segunda fase (1996 a 2001) se caracterizou pela expansão da ligação das instituições universitárias com os movimentos sociais. E por fim, a terceira fase, que ocorreu a partir de 2001 e perdura até os dias atuais é assinalada pelas articulações no campo político, bem como pela troca de informações entre os agentes da Economia Solidária. (LECHAT, 2004).

5. Economia solidária: conceito, princípios e características.

Antes de conceituar Economia Solidária, faz-se relevante breve explicação a respeito de suas várias terminologias, como:

"economia social", "terceiro setor", "economia popular", dentre outras. (LECHAT, MARIE, 2002)

Há uma grande variação de terminologia, principalmente em razão da tradução de idiomas, no entanto, para as nomenclaturas mais utilizadas no Brasil, há diferenças sutis: a chamada "Economia Social" é definida como um grupo de empresas e instituições que está ligado através de uma ética comum apoiada na solidariedade e prestação de serviços aos seus membros. Por outro viés, o "Terceiro Setor" refere-se ao conjunto de organizações com interesse mútuo que se concentram no campo da ação e da coesão social, ainda que dependam de subsídios estatais ou privados. Por fim, o termo "Economia Solidária" é o mais utilizado pelo mundo e se caracteriza como uma 'economia alternativa' que assume importância primordial a intervenção ecológica, desenvolvimento local e autogestão (CAEIRO, 2008).

Para a efetiva conceituação e compreensão de economia solidária, menciona-se dois principais autores que se dedicaram a estudar este modelo econômico, sendo eles Jean-Louis Laville, sociólogo francês, que referencia a obra de Polanyi⁴ e Paul Singer, economista crítico de Marx⁵. O presente artigo se limita a utilizar os ensinamentos de Paul Singer, vez que é considerado a maior referência em economia solidária no Brasil, chegando a ocupar o cargo de secretário nacional de Economia Solidária do Ministério do Trabalho e Emprego no país, além de ter sido um dos primeiros a buscar conceituar este modelo de economia. (ATEU, 2012)

Em síntese, Singer ensina que a economia solidária é um método diferente de produção cujos princípios básicos são a propriedade coletiva ou associada do capital e o direito à liberdade individual e a autogestão. (SINGER, 2002). Isto quer dizer que a economia solidária pode ser entendida como um empreendimento

⁴ POLANYI, Karl. A grande transformação: As origens da nossa época. Tradução WRABEL, Fanny. 2.^a ed, Rio de Janeiro, Editora Compus, 2000.

⁵ MARX, K. O capital: Crítica da Economia Política: livro I. 20. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005.

social (ou mais de um) formado por trabalhadores que praticam a autogestão. Singer entende que a propriedade coletiva dos meios de produção e distribuição formaria outro modo de produção antagônico ao capitalismo, que poderia nos levar ao socialismo. (SANTOS, 2010).

Para o Professor Henrique Novaes, a Economia Solidária possui quatro princípios básicos: a Autogestão, Cooperação, Solidariedade e Democracia (NOVAES, 2008). Aprovou-se no III Plenário Nacional de Economia Solidária, a Carta de Princípios da Economia Solidária que dispõe seus princípios gerais e específicos, destacando-se dentre os princípios gerais: a valoração social do trabalho humano, a satisfação plena das necessidades de todos como eixo da criatividade tecnológica e da atividade econômica, o reconhecimento do lugar fundamental da mulher e do feminismo numa economia fundada na solidariedade, a busca de uma relação de intercâmbio respeitosa com a natureza e os valores da cooperação da solidariedade.

Além disto, é importante mencionar que referida Carta enfatiza que a Economia Solidária representa práticas fundadas em relações de colaboração solidária, inspiradas por valores culturais que colocam o ser humano como sujeito e finalidade da atividade econômica no lugar da acumulação privada de riqueza em geral e de capital em particular. O valor central é o trabalho, o saber e a criatividade humanos e não o capital-dinheiro e sua propriedade sob quaisquer de suas formas.

Este modelo econômico é um grande instrumento de combate à exclusão social, visto que se apresenta como uma alternativa viável para a geração de trabalho e renda e para a satisfação direta das necessidades de todos, demonstrando a possibilidade de organização da produção e a reprodução da sociedade de maneira a eliminar as desigualdades materiais e difundir os valores da solidariedade humana. (CARTA DE PRINCÍPIOS DA ECONOMIA SOLIDÁRIA, 2003)

6. A implementação da economia solidária como benefício para a ressocialização do egresso.

A legislação especial penal brasileira é considerada uma das legislações mais modernas do mundo, no entanto, enfrenta dificuldades na aplicação de alguns de seus dispositivos, especificamente no que concerne à ressocialização. O artigo 10º dispõe que “a assistência ao preso e ao internado como dever do Estado objetiva prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade, estendendo-se esta ao egresso”. No entanto, há controvérsia a respeito do conceito de ressocialização que é atribuída a prisão moderna, todas as posições adotadas trazem propostas de ações que têm como finalidade impactar na trajetória de vida dos indivíduos encarcerados. (IPEA, 2015)

O filósofo italiano Alessandro Baratta, acreditava que a prisão não tinha a capacidade de promover a ressocialização⁶ e que produziria somente obstáculos para este objetivo (BARATTA, 2002).

Neste diapasão, a reintegração social faz com que a sociedade (re)inclua aqueles que ela mesma excluiu anteriormente através de estratégias nas quais esses excluídos tenham uma participação ativa como sujeitos. Para Foucault (2014) desde a fundação, a instituição prisional recebe críticas quanto a sua efetividade, no entanto, continua existindo por responder a funções estratégicas diversas, como a de gestão das ilegalidades e o controle da população criminosa, que mesmo fora da prisão, carrega as diversas marcas do sistema penitenciário (processo criminal, por exemplo) que permite ser controlada. No entanto, ainda se acredita na instituição como catalizadora de mudanças, porém, seu funcionamento não desenvolve ações de reinserção social, não contribui para a diminuição das taxas de criminalidade e ainda favorece a organização do meio delinquente (CASTRO, 2009).

⁶ Baratta sustentava que o termo utilizado fosse “reintegração social” e não “ressocialização”, o que demonstraria igualdade entre as partes (Estado e apenado) envolvidas no processo.

Em contrapartida, sabe-se que os egressos deveriam receber a assistência antes e pós-penitenciária pelo prazo de um ano contado da data em que foi colocado em liberdade, ressaltando que fora deste prazo, de acordo com os artigos 25 e 26 da Legislação Penal Especial, o egresso perde esta qualificação. Ocorre que é o próprio sistema carcerário o responsável pela volta dos ex-presidiários ao mundo delituoso, já que é omissos quanto a correta aplicação dos direitos que são estipulados aos egressos, de modo que o tratamento não corresponde aos padrões constitucionais, assim, a falta de assistência faz com que voltem a praticar crimes.

Posto isto, tal problemática pode encontrar auxílio no modelo econômico solidário, já que a finalidade básica das ações desta economia é gerar desenvolvimento econômico garantindo inclusão, renda e sustentabilidade ambiental. Dentre alguns princípios já expostos, o Professor Henrique Novaes, destaca a importância da Autogestão, Cooperação, Solidariedade e a Democracia, encontrados como base para este modelo de produção. (NOVAES, 2008).

Ao que consta, em razão da Economia Solidária proporcionar o livre acesso aos seus empreendimentos, é plenamente possível que os egressos obtenham um convívio social adequado, já que para adentrar nestes empreendimentos não há distinção de condições socioeconômicas, psicológicas, físicas nem etnia, já que um dos benefícios desta economia é justamente a inclusão do indivíduo que está em situação de desvantagem social, seja por razões psicológicas, físicas, intelectuais ou mesmo histórico criminal.

Desta forma, já existem experiências com esta finalidade, como cooperativas formadas por egressos ou detentos que cumprem regime semiaberto. Um exemplo de que a prática é benéfica para a ressocialização é o estudo feito para dissertação de mestrado em Políticas Sociais da Universidade Católica de Pelotas, de Suleima Bredow. O estudo refere-se a uma cooperativa mista social de Trabalhadores João de Barro. Foi possível notar que o

empreendimento por si só funcionava como um método favorável de socialização não impregnada da cultura do crime, proporcionando uma ruptura real com o cárcere - o que se afasta em grande escala do usual fenômeno da 'prisionalização', onde o ex-detento continua a ser visto como um "bandido", ressaltando ainda a grande rotatividade de egressos trabalhando, deixando claro que o local não era visto como um fim e sim como uma ponte para o retorno a sociedade. (BREDOW, 2009)

Outro exemplo é o estudo realizado pelo mestre Ilan Himelfarb, que mostra duas cooperativas, uma prestando serviço a uma indústria produtora de componentes para a regulação de fogareiros e a outra de produção de tijolos, sendo esta última também objeto de estudo de Bredow. Himelfarb realizou uma entrevista estruturada com os egressos que trabalhavam na produtora de componentes obtendo resultados importantes como: 80% dos egressos sustentaram preferir a cooperativa ao regime de CLT, 59% afirmaram ter adquirido o hábito da leitura, 80% alegaram terem finalmente recuperado a liberdade psicológica e por fim, considerado o dado mais importante e que mais corrobora com o entendimento de que este modelo econômico, 70% dos egressos entrevistados relataram ter voltado a estudar. (HIMELFARB 2009).

Assim, ao que consta, a Economia Solidária é uma proposta humana e favorável para o enfrentamento da realidade cruel que os egressos do sistema prisional vivenciam, vez que visa formular através de seus princípios uma maneira de socialização voltada para a inclusão, igualdade e desenvolvimento humano e não apenas uma reinserção a realidade desgastada, excludente e problematicamente capitalista.

7. Conclusão

Como visto, a Economia Solidária se apresenta como uma opção com importância decisiva no que concerne seu papel na promoção da equidade e justiça social, eis que além de criar

mecanismos de solidariedade, promove a inclusão, o desenvolvimento e a coesão social.

Ao que consta, da junção do estado psicológico dos indivíduos com a economia solidária, há a indicação de uma outra racionalidade, que permite que a economia ocupe um lugar de subordinação à sociedade e não mais o contrário, (a sociedade subordinada a economia) como ocorre na economia de mercado capitalista. A economia solidária que possui um fim, passa a ser também um instrumento para subsistência e melhoria da condição humana.

Ressalta-se que a economia solidária não deve se limitar exclusivamente a processos organizacionais, havendo a necessidade também de uma transformação cultural e pessoal, isto porque este modelo econômico só é eficiente quando nasce da adesão voluntária, isto é, aceitação de princípios de solidariedade, igualdade, responsabilidade e democracia.

É certo que em um mercado solidário que se baseia principalmente em colaboração e igualdade entre os indivíduos, não há espaço para o afastamento de um trabalhador em razão de seu passado no sistema carcerário. Isto porque, a Economia Solidária garante a igualdade e a inclusão, de modo que haveria a promoção da reintegração social de egressos através da inclusão produtiva bem como qualificação profissional e criação de possibilidades de empregabilidade, somado ainda ao benefício de que, com uma distribuição justa do lucro, o egresso não encontraria motivação para voltar a delinquir, já que possuiria um salário proporcional a seu trabalho, contrapartida que possibilitará seu sustento, afastando-o da marginalidade.

Referências

ATEU, Antonio, (2012), USP: A Trajetória de Paul Singer. Disponível em: <https://jornalgnn.com.br/blog/antonio-ateu/usp-a-trajetoria-de-paul-singer> Acesso em 15.03.2018.

- BARATTA, Alessandro, *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: Introdução à sociologia do direito penal*; 3ª ed. - Rio de Janeiro; Editora Revan; 2002.
- BREDOW, Suleima G. *Cooperativismo no processo de reinserção social de ex-apenados: Estudo de caso da cooperativa mista social de trabalhadores João de Barro*. (2009), Dissertação de Mestrado em Políticas Sociais do Curso de Serviço Social, Universidade Católica de Pelotas. Pelotas. pp 1-144 disponível em <http://tede.ucpel.edu.br:8080/jspui/handle/tede/85> Acesso em 15.03.2018
- CAEIRO, Joaquim M.C. (2008) *Economia Social: Conceitos, Fundamentos e Tipologia*. Instituto Superior de Serviço Social de Lisboa, Revista Katál, Florianópolis v.11 n. 1. p61-72.
- CALEGARE, Marcelo G. A. JUNIOR, Nelson S. (2009) *A "construção" do Terceiro Setor no Brasil: da questão social à organizacional*. Associação Brasileira de Psicologia Política. V. 9. n. 17 pp. 129-148.
- CARTA DE PRINCÍPIOS DA ECONOMIA SOLIDÁRIA, Apresentada no III Plenário Nacional de Economia Solidária, 2003 disponível em <http://fbes.org.br/2005/05/02/carta-de-principios-da-economia-solidaria/> Acesso em 15.03.2018
- CASTRO, E. *Vocabulário de Foucault – Um percurso pelos seus temas, conceitos e autores*. Belo Horizonte: Autêntica Editora. 2009.
- FOUCAULT, M. (1975). *Vigiar e Punir*. São Paulo: Editora Vozes. 2014.
- HIMELFARB, Ilan T. SCHNEIDER, José, O. (2009) *Cooperativa Social e a produção de liberdade dos egressos do sistema prisional*. *Revist Social Unisinos*, v. 45 n. 2. pp 171-180.
- IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, “Relatório de Reincidência Criminal no Brasil”, 2015. Pg. 23. Disponível em {http://www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/relatoriopesquisa/150611_relatorio_reincidencia_criminal.pdf}
- LECHAT, Noëlle M.P.. *Economia social, economia solidária, terceiro setor: do que se trata?* *Civitas - Revista de Ciências Sociais*, vol. 2, núm. 1, junho, 2002, pp. 123-140. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul Porto Alegre, Brasil

- LECHAT, Noelle M. P. Trajetórias intelectuais e o campo da Economia Solidária no Brasil, 2004, Tese de Doutorado em Ciências Sociais (Departamento de Antropologia do Instituto de Filosofia e Ciências Humanas) Universidade Estadual de Campinas. Campinas, pp 1-567 Disponível em <http://repositorio.unicamp.br/handle/REPOSIP/280694?mode=full> Acesso em 15.03.2018.
- NOVAES, Henrique T. Qual autogestão? volume 8, Editora Revista da Sociedade Brasileira de Economia Política; São Paulo, 2008.
- POZZOBON, Thayse C. SOUZA, Maria A. A situação carcerária mundial, brasileira, a ressocialização e métodos alternativos ao cumprimento da pena IN POZZOBON, Thayse C. CUNHA, Mariana F. A análise econômica do direito e as relações jurídicas atuais; EDITORA CRV. Curitiba, 2017.
- SÁ, Alvino A. Prisionização: Um Dilema para o Cárcere e um Desafio para a Comunidade. Editora Revista Brasileira de Ciências Criminais, 1998.
- SANTOS, Vinícius, C. Economia Solidária: principais conceitos e a materialidade na realidade brasileira, 2010, Dissertação de Mestrado em Planejamento do Desenvolvimento, (Núcleo de Altos Estudos Amazônicos) Programa de Pós-graduação em desenvolvimento sustentável do Trópico Úmido, Universidade Federal do Pará, Belém, pp 1-111.
- SILVA, Sidélia L. P. Histórico da Economia Solidária no Brasil (2015). GT: Sociedade civil e políticas públicas, pp 1-14 Disponível em: http://www.conpes.ufscar.br/wp-content/uploads/trabalhos/gt5/sessao-3/silva_sidlia.pdf Acesso em 15.03.2018.
- SINGER, Paul, Introdução à Economia Solidária, 1ª Edição, São Paulo, Editora Fundação Perseu Abramo, 2002.
- SINGER, Paul; SILVA, Roberto Marinho A.; SCHIOCHET, Valmor. Economia Solidária e os desafios da superação da pobreza extrema no Plano Brasil sem Miséria, extraído de BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. O Brasil sem miséria. Organizadores: CAMPELO, Tereza; FALCÃO, Tiago; COSTA Patricia Vieira. et al (Orgs.) – Brasília: MDS, 2014. 848 fls. pp 425-444

A imprescritibilidade dos crimes previstos no tratado de Roma

Parcelli Dionizio Moreira¹

Diego Agapito dos Santos²

Introdução

Esse artigo busca proceder a uma investigação acerca da existência ou não de incompatibilidade entre a imprescritibilidade dos crimes previstos no Tratado de Roma, que institui o Tribunal Penal Internacional, e a Constituição da República Federativa do Brasil, que estabelece como imprescritíveis apenas os crimes de racismo e de ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático.

Por meio da análise de textos doutrinários e, ainda, da consulta a normas de direito interno e internacional, buscar-se-á responder se a previsão de uma norma de imprescritibilidade confrontaria ou não com a Constituição brasileira, que é muito específica em relação ao caráter imprescritível de condutas criminosas.

Também procurar-se-á enfatizar uma resposta possível a partir da consulta da jurisprudência pátria, especialmente na análise de importante precedente judicial que tramitou tanto pelo Superior Tribunal de Justiça como pelo Supremo Tribunal Federal,

¹ Doutorando pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUCPR-

² Mestrando pela PUC-PR por meio do PIBIC Master- Combined degree

além de se ressaltar a perspectiva da unidade dos sistemas jurídicos internacional e interno.

1 Antecedentes históricos e a criação do tribunal penal internacional

Os direitos do homem foram declarados pelas Revoluções Americana e Francesa no século XVIII como o novo fundamento para as sociedades civilizadas. Nada obstante, eles nunca foram tratados como questões políticas. Durante o século XIX, tais direitos foram invocados de modo bastante perfunctório por ativistas dos direitos humanos contra o crescimento do poder do Estado, visando também mitigar a insegurança social gerada pela Revolução Industrial.³

A superveniência da 1ª Guerra Mundial, já no início do século XX, revelou a existência de uma multidão sem a proteção governamental, destituídas de qualquer direito, à mercê da máquina beligerante dos Estados opressores, situação que estimulou a primeira das carnificinas entre as que seriam testemunhadas ao longo do século passado.

Essa primeira experiência da destruição em massa descortinava a necessidade de criação de um organismo no âmbito internacional que viesse a dar uma resposta às atrocidades e aos crimes de guerra praticados durante conflitos de grandes proporções.

As tentativas iniciais de efetiva criação de um Tribunal Penal Internacional, porém, fracassaram. Tais iniciativas remontam ao período do primeiro pós-guerra, após 1918, em decorrência das graves violações ocorridas durante o conflito armado em escala

³ ARENDT, Hannah. **The origins of totalitarianism**. New York: A Haverst Book/Harcourt, Inc. 1976. p. 293. Tradução livre de: "Never before had the Rights of Man, solemnly proclaimed by the French and American revolutions as the new fundament for civilized societies, been a practical political issue. During the nineteenth century, these rights had been invoked in a rather perfunctory way, to defend individuals against the increasing power of the state and to mitigate the new social insecurity caused by the industrial revolution".

global, entre elas a previsão de um “tribunal especial” engendrado no contexto do Tratado de Versailles para julgamento do Kaiser Wilhelm II, bem como de soldados germânicos acusados de crimes de guerra ao longo da 1ª Grande Guerra Mundial.⁴

As animosidades entre o Eixo e os Aliados, entretanto, não cessaria com o fim daquela primeira experiência beligerância de proporções mundiais, estendendo-se durante a década de 1920, até culminar com um evento que inflamaria as adversidades entre as nações então beligerantes, a crise financeira de 1929, .

A Segunda Grande Guerra Mundial teve início, em termos históricos, com a invasão da Polônia, em 1.º de setembro de 1939, encerrando-se em 2 de setembro de 1945, com a assinatura da rendição formal do Japão.

Esse tétrico capítulo da história da humanidade ficou marcado pelo extermínio em massa de grandes contingentes de pessoas, com a perseguição de determinados povos e etnias, sobretudo em razão do massacre que os alemães impuseram aos judeus, ciganos e outros povos não arianos, além da perseguição a comunistas e homossexuais.

Hobsbawn oferece a dimensão da destruição ocorrida ao longo do Século XX:

Em âmbito local, regional ou global, as guerras do século XX perpetraram-se em uma escala completamente mais ampla do que qualquer coisa até então experimentada. Entre setenta e quatro conflitos internacionais entre 1816 e 1965, que especialistas americanos nesse assunto catalogaram levando em conta o número de pessoas que morreram, os quatro primeiros ocorreram no século XX, as duas guerras mundiais, os japoneses em guerra contra a China entre 1937-1939, e a Guerra da Coreia (...). Em suma, 1914 abre a idade de massacre.⁵

⁴ PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 249-250.

⁵ HOBBSAWN, Eric. **The age of extremes: a History of the World, 1914-1991**. New York: Vintage Books, 1996. p. 24. Tradução livre de: “Local, regional or global, the wars of the twentieth century were to be on an altogether vaster scale than anything previously experienced. Among seventy-four international wars between 1816 and 1965, which American specialists, who like to do that kind of

O extermínio de vários povos e etnias em razão de conflitos armados verificou-se especialmente durante a implementação do regime nazista na Alemanha e fascista na Itália durante as décadas de 30 e 40 do Século XX, baseados numa ideologia odiosa que propugnava uma suposta superioridade racial ariana e no fascismo de Estado, culminando com a morte de milhares de seres humanos, particularmente o povo judeu, na maior hecatombe que se tem notícia na história do homem.

Encerrados tais eventos catastróficos, emergiu a necessidade de afirmação e proteção dos direitos humanos na ordem internacional, não mais como um discurso vazio e destituído de viés político, mas agora como modo de reprimir ações promovidas muitas vezes pelos próprios organismos de Estado contra as próprias pessoas, inclusive em detrimento de nacionais e da população civil.

Após as atrocidades cometidas durante o sangrento conflito que assolou a Europa e o mundo na primeira metade da década de 40 do século passado, durante o qual testemunhou-se a hecatombe sem precedentes e o apogeu da descartabilidade da vida humana, a comunidade internacional começou um processo de efetiva internacionalização dos direitos humanos.

Os horrores dos regimes totalitários, sobretudo o que foi implementado a partir da política racista adotada no Terceiro Reich alemão e por toda estrutura do partido nacional socialista germânico, foram perpetrados sob o pálio da lei do Estado Nacional Socialista, a partir da ascensão de Adolf Hitler ao posto de chanceler e Chefe do Estado alemão em 1933.

O advento do nazismo representou a falência do positivismo puro como modelo interpretativo das normas e, também, da

thing, have ranked by the number of people they killed, the top four occurred in the twentieth century; the two world wars, the Japanese war against China in 1937-39, and the Korean war (...). In short, 1914 opens the age of massacre". HOBBSAWN, Eric. **The age of extremes: a History of the World, 1914-1991**. New York: Vintage Books, 1996. p. 24.

doutrina que apregoa a absoluta independência do ordenamento jurídico interno em face das regras e princípios de direito internacional.

Essa derrocada do positivismo puro e, em consequência, da primazia do direito interno em relação às normas de direito internacional é cabalmente retratada por Arendt, ao se referir ao julgamento de Eichmann em Jerusalém, num exercício que remete o leitor à reflexão sobre a banalidade do mal:

Assim sendo, eram muitas as oportunidades de Eichmann se sentir como Pôncio Pilatos, e à medida que passavam os meses e os anos, ele perdeu a necessidade de sentir fosse o que fosse. Era assim que as coisas eram, essa era a nova lei da terra, baseada nas ordens do Führer; tanto quanto podia ver, seus atos eram os de um cidadão respeitador das leis. Ele cumpria o seu *dever*, como repetiu insistentemente à polícia e à corte; ele não só obedecia *ordens*, ele também obedecia à *lei*.⁶

Antes do julgamento de Eichmann pelo Estado judeu, porém, historicamente precedeu-lhe o Tribunal Militar Internacional, também conhecido como Tribunal de Nuremberg, criado pelo Acordo de Londres, datado de 08 de agosto de 1945, cuja jurisdição alcançava os crimes contra a humanidade perpetrados durante a Segunda Grande Guerra Mundial pelos países do Eixo, em especial pelos líderes do regime nazista alemão.

O cumprimento estrito da lei, independentemente de sua vinculação com o respeito aos direitos humanos, foi várias vezes utilizado como argumento de defesa dos réus perante o Tribunal de Nuremberg, o que é constatável pelo seguinte excerto do interrogatório de Hermann Göring, que justificou os atos praticados contra o povo judeu invocando que se tratavam de “medidas legais”:

⁶ ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém**: um relato sobre a banalidade do mal. Trad. José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 1999. p. 152.

SR. JUIZ JACKSON: Agora, vamos perpassar os atos públicos que você realizou em relação à questão judaica. Primeiro, você proclamou as Leis de Nuremberg?

GOERING: Como Presidente do Reichstag, sim. Eu já declarei isso.

SR. JUIZ JACKSON: Em que data isso ocorreu?

GOERING: Em 1935, eu creio, aqui em Nuremberg, em setembro.

SR. JUIZ JACKSON: Aquela era o início das medidas legais tomadas contra os judeus, não era?

GOERING: Aquela era uma medida legal.

SR. JUIZ JACKSON: Aquela era a primeira das medidas legais tomadas pelo seu governo contra os judeus, não era?

GOERING: Não, eu creio que a retirada dos judeus de seus empregos aconteceu primeiro.

SR. JUIZ JACKSON: Quando aconteceu isso?

GOERING: Eu não poderia dizer a data exata, mas eu creio que aconteceu em 1933.⁷

Justificar o holocausto com base no estrito cumprimento da lei constituiu-se no principal estratégia utilizado por vários réus perante o Tribunal de Nuremberg, que intentavam, com tal recurso retórico, justificar várias violações de direitos humanos perpetradas durante a Segunda Guerra.

Não restavam mais dúvidas sobre o fracasso do positivismo puro, apoiado no cumprimento cego da lei vigente em um determinado território, o que, por extensão, deslegitima o argumento do relativismo cultural, perspectiva hermenêutica que ainda hoje oferece óbices ao reconhecimento universal dos direitos humanos e que viabiliza o reconhecimento de práticas autoritárias

⁷ IMT. **International Military Tribunal.** Disponível em: <<http://law2.umkc.edu/faculty/projects/frtrial/nuremberg/Goering5.html>>. Acesso em: 09 dez. 2018. Tradução livre de: "MR. JUSTICE JACKSON: Now, let us go through the public acts which you performed on the Jewish question. First, did you proclaim the Nuremberg Laws? GOERING: As President of the Reichstag, yes. I have already stated that. MR. JUSTICE JACKSON: What date was that? GOERING: 1935, I believe; here in Nuremberg, in September. MR. JUSTICE JACKSON: That was the beginning of the legal measures taken against the Jews, was it not? GOERING: That was a legal measure. MR. JUSTICE JACKSON: That was the first of the legal measures taken by your government against the Jews, was it not? GOERING: No, I believe the removal from office was before. MR. JUSTICE JACKSON: When was that? GOERING: I could not state the exact date, but I believe that happened in 1933".

e antidemocráticas contra a população civil perpetradas por governos ditatoriais.

O julgamento em Nuremberg foi decisivo na afirmação histórica dos direitos humanos, consolidando o entendimento segundo o qual, tal como os Estados, os indivíduos também poderiam ser sujeitos de direito internacional, haja vista que os crimes contra a ordem internacional são perpetrados por pessoas físicas e não por entes abstratos, circunstância que revela não só a possibilidade como também a necessidade de se punir indivíduos por condutas violadoras dos direitos humanos no âmbito do direito internacional.⁸

Além disso, o advento do julgamento em Nuremberg também corroborou a percepção segundo a qual o respeito aos direitos humanos suplanta as fronteiras dos Estados nacionais, estendendo esse dever também aos indivíduos na ordem internacional:

(...) o significado do Tribunal de Nuremberg para o processo de justicialização dos direitos humanos é duplo: não apenas consolida a ideia da necessária limitação da soberania nacional, como reconhece que os indivíduos têm personalidade jurídica na esfera internacional, contraindo direitos e obrigações. Testemunha-se, desse modo, uma mudança significativa nas relações interestatais, o que vem a sinalizar transformações na compreensão dos direitos humanos, que, a partir daí, não mais poderiam ficar confinados à exclusiva jurisdição doméstica.⁹

Com o fim do maior conflito bélico que afligiu o planeta no século XX, um novo panorama ideológico surgia no plano do direito internacional a partir da constatação da barbárie cometida

⁸ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e justiça internacional**: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. 4. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 75.

⁹ Ibidem. p. 76-77.

não só contra os judeus, mas também contra outros povos não-germânicos: o universalismo dos direitos humanos.

Esse movimento universalista do pós-guerra materializou-se com a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 10 de dezembro de 1948, aprovada pela Assembléia Geral das Nações Unidas.

A consagração do reconhecimento universal dos direitos humanos pelos Estados que compunham naquele momento a então recém-criada Organização das Nações Unidas consolidou a proteção, em nível internacional, dos direitos humanos, influenciando a produção normativa interna dos Estados contemporâneos até os dias de hoje.

Nada obstante, essa tendência universalizante dos direitos humanos, uma realidade nos dias atuais, ainda se trava o debate entre universalismo e relativismo cultural:

Para os relativistas, a noção de direito está estritamente relacionada ao sistema político, econômico, cultural, social e moral vigente em determinada sociedade. Sob esse prisma, cada cultura possui seu próprio discurso acerca dos direitos fundamentais, que está relacionado às específicas circunstâncias culturais e históricas de cada sociedade. Nesse sentido, acreditam os relativistas, o pluralismo cultural impede a formação de uma moral universal, tornando-se necessário que se respeitem as diferenças culturais apresentadas por cada sociedade, bem como seu peculiar sistema moral (...) para os universalistas o fundamento dos direitos humanos é a dignidade humana, como valor intrínseco à própria condição humana. Nesse sentido, qualquer afronta ao chamado “mínimo ético irreduzível” que comprometa a dignidade humana, ainda que em nome da cultura, importará em violação a direitos humanos.¹⁰

Em que pese esse embate ideológico, o fato é que, após o genocídio de povos, raças e etnias durante a Segunda Guerra Mundial, não há mais condições morais de se aceitar o relativismo cultural em

¹⁰ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o direito constitucional internacional**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 215-218.

matéria de direitos humanos como resistência injustificada à internacionalização e universalização dos direitos humanos.

Surge, a partir da afirmação histórica das atrocidades cometidas durante a Segunda Guerra Mundial, a necessidade de se reconhecer o valor da dignidade da pessoa humana como preceito de aplicação universal por todos os Estados, independentemente do relativismo cultural.

Por outro lado, com o objetivo de evitar a criação de tribunais *ad hoc*, também era necessária a concretização da ideia de um Tribunal para julgar e processar crimes cometidos contra humanidade, bem como crimes de guerra, de genocídio, de agressão e outras práticas incluídas nesse contexto.

Sem questionar a legitimidade da criação dos Tribunais de Nuremberg (1945-1949), de Tóquio (1946-1948), para a ex-Iugoslávia (Resolução nº 827/1993 do Conselho de Segurança da ONU)¹¹ e para Ruanda (Resolução nº 955/1994 do Conselho de Segurança da ONU)¹² – todos estabelecidos com a finalidade de apurar, investigar, processar e julgar crimes contra a humanidade, crimes de guerra, de genocídio e de agressão cometidos nos diversos lugares e tempos históricos –, o fato é que todos eles caracterizaram-se por serem Tribunais Penais Internacionais *ad hoc*.

A criação, portanto, de um Tribunal Penal Internacional permanente, embora não fosse uma ideia nova e que já era excogitada mesmo antes dos fatídicos acontecimentos que marcaram principalmente a Segunda Grande Guerra Mundial, emergia como uma necessidade inadiável no âmbito das Organizações das Nações Unidas, sobretudo em face das várias violações contra os direitos humanos ocorridas ao longo do século XX.

Nos estertores do século passado foi elaborado o Estatuto de Roma em 1998, que deu origem ao Tribunal Penal Internacional,

¹¹ NATO. **North Atlantic Treaty Organization**. Disponível em: <<http://www.nato.int/ifor/un/u930525a.htm>>. Acesso em: 10 dez. 2018.

¹² UN. **United Nations**. Disponível em: <<http://www.un.org/docs/scres/1994/scres94.htm>>. Acesso em: 09 dez. 2018.

cuja entrada em vigor operou-se em 2002 com o alcance do número necessário de Estados Partes para entrada em vigência e aplicação de suas disposições pelos signatários.

Não se nega a peculiaridade de o Tribunal Penal Internacional ser um tribunal de direitos humanos, como assevera Ramos, ao alertar que não se pode reduzir o Estatuto a um conjunto de regras instituidoras de uma Corte internacional permanente, pelo contrário, desde seu Preâmbulo, o Estatuto faz menção a uma missão de proteção às vítimas de graves atrocidades, que têm o direito a exigir justiça, tendo em vista que os crimes elencados no Estatuto de Roma protegem bens jurídicos que se relacionam a direitos humanos mencionados em diversos textos internacionais, como é o caso do genocídio (direito à vida), dos crimes contra a humanidade (direitos humanos diversos, tais como direito à vida, à integridade física e outros), crimes de guerra (o mesmo do anterior) e mesmo o chamado crime de agressão, que viola o direito à autodeterminação dos povos.¹³

Nesse contexto, não se discute o viés protetivo de direitos humanos do tratado internacional que instituiu o Tribunal Penal Internacional, principalmente ao se analisar os crimes que a referida Corte permanente busca reprimir e também à luz dos bens jurídicos que busca proteger.

Atualmente, o Tribunal Penal Internacional conta com 122 países membros¹⁴, e o Estatuto de Roma, que deu origem à referida Corte de Justiça Penal, prevê em seu artigo 5^o¹⁵ que o Tribunal terá competência para julgar os crimes de genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e o crime de agressão.

¹³ RAMOS, André de Carvalho. **Processo internacional de direitos humanos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 291.

¹⁴ ICC. **International Criminal Court**. Disponível em: <http://www.icc-cpi.int/en_menus/asp/states%20parties/Pages/the%20states%20parties%20to%20the%20rome%20statute.aspx>. Acesso em: 09 dez. 2018.

¹⁵ BRASIL. **Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002**. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm>. Acesso em: 09 dez. 2018.

Vale lembrar que esses tipos penais que estão compreendidos no plexo de competência jurisdicional do Tribunal Penal Internacional são correspondentes a várias figuras típicas existentes no ordenamento jurídico brasileiro, de modo que não haveria de se excogitar de qualquer violação ao princípio da legalidade ou da tipicidade penal, como preleciona Ramos:

Não restam dúvidas de que os crimes de competência do Tribunal Penal Internacional (genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e crime de agressão) são elencados no Código Penal brasileiro ou em leis extravagantes. Mesmo tipos penais internacionais sofisticados como o “*deslocamento forçado de população*” (conduta considerada crime contra a humanidade) podem ser relacionados com tipos penais caseiros como constrangimento ilegal e outros. O mesmo pode ser dito da conduta de “*gravidez forçada*” (crime contra a humanidade) que pode ser relacionada com o estupro e outros (...). Cite-se a Lei nº 2.889, de 1956, que define e pune o crime de *genocídio* (crime de competência do Tribunal Penal Internacional). De acordo com o art. 1º desta lei, as condutas tidas como elementares ao crime de genocídio são punidas de acordo com as penas dos *crimes comuns correspondentes*, havendo até a menção aos artigos do próprio Código Penal (como o homicídio, aborto provocado, etc).¹⁶

Na República Federativa do Brasil, o tratado que criou o Tribunal Penal Internacional foi introduzido pelo Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002¹⁷, tendo sido, inclusive, inserida na Constituição da República de 1988, por meio da Emenda Constitucional nº 45/2004¹⁸, introduziu no ordenamento jurídico pátrio o § 4º do artigo 5º da Constituição Federal, norma que submete o Estado brasileiro à jurisdição do Tribunal Penal Internacional.

¹⁶ RAMOS, André de Carvalho. Op. Cit. p. 295-296.

¹⁷ BRASIL. Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002. Op. cit.

¹⁸ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Op. cit.

Abstraindo, a partir deste momento, os eventos históricos que antecederam a criação do Tribunal Penal Internacional, efetuar-se-á um diálogo entre as disposições do Estatuto de Roma e as normas previstas na Constituição Federativa do Brasil de 1988, cotejando-se, sob enfoque mais restrito, a norma encartada no artigo 29 do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, introduzido no ordenamento jurídico interno pelo Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002¹⁹, com aquela insculpida no artigo 5º, incisos XLII e XLIV²⁰, da Constituição brasileira.

2 Princípios da cooperação e da complementaridade da jurisdição e a imprescritibilidade dos crimes julgados pelo Tribunal Penal Internacional

2.1 Princípio da cooperação e da complementaridade da jurisdição

O artigo 86 do Estatuto de Roma²¹ estabelece que os Estados Partes deverão, em conformidade com o disposto no referido Estatuto, cooperar plenamente com o Tribunal no inquérito e no procedimento contra crimes da competência deste.

Essa cooperação abrange, entre outras medidas, a observância de procedimentos internos de implementação do Estatuto de Roma, a entrega de pessoas ao Tribunal Penal Internacional, a realização de prisões preventivas, a produção de provas, a execução de buscas e apreensões e a proteção de testemunhas.²²

O princípio da complementaridade está encartado no artigo 1º do Estatuto de Roma, consistindo na ideia segundo a qual a

¹⁹ BRASIL. Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002. Op. cit.

²⁰ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Op. cit.

²¹ BRASIL. Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002. Op. cit.

²² PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 265.

jurisdição do Tribunal Penal Internacional é complementar, à medida que somente poderá ser acionada caso se verifiquem alguma das seguintes situações: a) o processo ter sido instaurado ou estar pendente ou a decisão ter sido proferida no Estado com o propósito de subtrair a pessoa em causa à sua responsabilidade criminal por crimes da competência do Tribunal; b) ter havido demora injustificada no processamento, a qual, dadas as circunstâncias, se mostra incompatível com a intenção de fazer responder a pessoa em causa perante a justiça; c) o processo não ter sido ou não estar sendo conduzido de maneira independente ou imparcial, e ter estado ou estar sendo conduzido de uma maneira que, dadas as circunstâncias, seja incompatível com a intenção de levar a pessoa em causa perante a justiça.²³

Ou seja, de acordo com o princípio da complementaridade, o Tribunal Penal Internacional somente exercerá sua jurisdição caso o Estado-parte não cumpra o mister de adequadamente oferecer uma resposta penal ao agente violador dos direitos humanos; caso contrário, o Tribunal não atuará, prevalecendo nessa hipótese as regras que norteiam a jurisdição do Estado que arrogou para si a punição das condutas que caracterizam graves violações dos direitos humanos, consubstanciadas nos crimes de genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e crimes de agressão.

2.2 Imprescritibilidade dos crimes afetos à competência material do Tribunal Penal Internacional

O artigo 29 do Estatuto de Roma prevê que os crimes de competência do Tribunal são imprescritíveis.²⁴ Aparentemente, há uma contradição entre o Estatuto de Roma e a Constituição Federal, que estabelece que apenas são imprescritíveis os crimes

²³ BRASIL. Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002. Op. cit.

²⁴ Ibidem.

correspondentes à prática de racismo e à ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (artigo 5º, incisos XLII e XLIV)²⁵.

Registre-se apenas que a imprescritibilidade dos crimes de competência do Tribunal Penal Internacional somente poderá ser excogitada caso a República Federal do Brasil, por intermédio do Poder Judiciário, não exerça a jurisdição penal de maneira efetiva e adequada, uma vez que a jurisdição daquela Corte Internacional é complementar, como visto alhures.

Em caso de exercício da jurisdição pelo Poder Judiciário brasileiro, as regras sobre prescrição serão aquelas previstas na Constituição da República e no Código Penal, o que implica dizer que apenas os fatos correspondentes à prática do racismo e à ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático de Direito é que poderão ser considerados imprescritíveis.

Dessa maneira, ainda que se trata de condutas inseridas no contexto da macrocriminalidade internacional, reprimidas pelo Estatuto de Roma – isto é, mesmo que sejam praticados crimes de genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e crimes de agressão –, no caso de efetivo exercício da jurisdição pelo Poder Judiciário brasileiro, os únicos fatos considerados imprescritíveis, a princípio, seriam justamente aqueles previstos na Constituição Federal, isto é, prática do racismo e ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático de Direito.

Por certo, caso o Estado brasileiro, mediante a inércia do Poder Judiciário nacional, não venha a reprimir as condutas tipificadas no Estatuto de Roma, a jurisdição do Tribunal Penal Internacional tomará lugar e os crimes julgados pela referida Corte serão imprescritíveis, ainda que não o sejam pelo ordenamento jurídico da República Federativa do Brasil.

²⁵ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Op. cit.

3 Imprescritibilidade dos crimes previstos no tratado de Roma ante o

Ressaltou-se anteriormente que há uma aparente contradição entre o disposto no artigo 29 do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, introduzido no ordenamento jurídico interno pelo Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002²⁶, e a norma insculpida no artigo 5º, incisos XLII e XLIV²⁷, em que a Constituição da República Federativa do Brasil considera imprescritíveis apenas o racismo e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático.

Nada obstante, a própria Constituição Federal, em seu artigo 5º, § 4º²⁸, estabelece que a República Federativa do Brasil submete-se à jurisdição do Tribunal Penal Internacional. Dessa forma, qual seria a diretriz para se enfrentar essa aparente antinomia entre o artigo 5º, incisos XLII e XLIV²⁹ da Constituição Federal, que arrola como crimes imprescritíveis apenas o racismo e a ação de grupos armados ou paramilitares contra a ordem constitucional e o Tratado de Roma, que, por sua vez, considera os crimes contra a humanidade, crimes de guerra, de genocídio e de agressão todos imprescritíveis?

Seria o caso de simplesmente resolver o conflito de normas pelo princípio segundo o qual a norma posterior revoga a anterior? Ou, então, pela técnica de declaração de inconstitucionalidade, afastar a incidência da norma prevista no artigo 29 do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional³⁰ e, dessa forma,

²⁶ BRASIL. Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002. Op. cit.

²⁷ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Op. cit.

²⁸ Ibidem.

²⁹ Ibidem.

³⁰ BRASIL. Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002. Op. cit.

reconhecer-se a inconstitucionalidade parcial do dispositivo introduzido no ordenamento por meio do Decreto nº 4.388/2002?

Caso se optasse pela declaração de inconstitucionalidade da norma prevista no Estatuto de Roma, não estaria o Estado brasileiro a descumprir compromissos assumidos perante a comunidade internacional e, assim procedendo, não poderiam sobrevir sanções internacionais pela inobservância de tratados ou acordos dos quais a República Federativa do Brasil é signatária?

Todas essas questões permeiam a discussão acerca da aplicabilidade ou não do artigo 29 do Estatuto de Roma³¹, em particular quando se faz o confronto da referida regra com o Texto Constitucional.

A resposta a esse questionamento, à luz do direito internacional, somente pode conduzir à aplicabilidade plena do Estatuto de Roma pelo Estado brasileiro, ainda que se reconheça eventual contradição entre o texto do Tratado de Roma e a Constituição Federal de 1988, que considera apenas o racismo e a ação de grupos armados e paramilitares contra a ordem constitucional.

Num primeiro momento, cumpre dizer que o princípio da dignidade da pessoa humana, como fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, inciso III, c/c art. 5º, § 2º, ambos da Constituição Federal de 1988³²), é um canône que pode ser invocado para justificar a assunção, pelo Estado brasileiro, de compromissos na ordem internacional tendentes a reprimir os crimes de genocídio, os crimes contra a humanidade, bem como os crimes de guerra e de agressão, práticas delituosas que abreviam o direito à vida e a uma existência digna.

A repressão desses crimes também encontra ressonância em outros princípios estabelecidos pelo Poder Constituinte originário, tais como a prevalência dos direitos humanos, relacionado

³¹ Ibidem.

³² Ibidem.

intrinsecamente à dignidade da pessoa humana, e a cooperação entre os povos para o progresso da humanidade, os quais regem o Estado brasileiro em suas relações internacionais (art. 4º, incisos II e IX, do Texto Maior³³).

Ao rejeitar a concepção de que o Direito Internacional e Direito Interno não englobam um sistema unitário, Hans Kelsen expõe:

“A concepção de que o Direito estadual e o Direito internacional são ordens jurídicas distintas uma da outra e independentes uma da outra na sua validade é essencialmente baseada na existência de conflitos insolúveis entre os dois. Uma análise mais aprofundada mostra, porém, que o que se considera como conflito entre normas do Direito internacional e normas de um Direito estadual não é de forma alguma um conflito de normas, que tal situação pode ser descrita em proposições jurídicas que de modo algum se contradizem logicamente. Um conflito dessa espécie é visto principalmente no fato de uma lei do Estado poder estar em contradição com um tratado de Direito internacional, como, v. g., quando um Estado está obrigado por tratado a conceder aos membros de uma minoria os mesmos direitos políticos que confere aos membros da maioria e, numa lei desse Estado, são retirados aos membros do grupo minoritário todos os direitos políticos, sem que tal contradição, no entanto, afete, quer a validade da lei, quer a do tratado. Simplesmente, a este fato corresponde um outro perfeitamente análogo dentro da ordem jurídica estadual sem que, no entanto, se ponha por qualquer forma em dúvida, por tal motivo, a unidade desta.”³⁴

Com efeito, não se pode concluir pela incompatibilidade do Tratado de Roma com o ordenamento jurídico brasileiro sob a ótica livre do Direito Internacional. A jurisdição do Tribunal Penal Internacional será válida por decorrência do princípio da complementaridade, que, diante da inexistência de *persecutio criminis* por parte do Estado em face do agente violador dos

³³ Ibidem.

³⁴ KELSEN, HANS. Teoria Pura do Direito. 6.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 231.

direitos humanos, há a legitimação da intervenção jurídico-penal da Corte.

Bobbio, ao discorrer sobre a validade de normas possivelmente conflitantes de um ordenamento jurídico, conclui pela legitimidade destas, uma vez que, ainda que provenientes de fontes distintas, como se observa no caso do Tratado de Roma e da Constituição da República, integram o mesmo sistema jurídico, sendo este dinâmico e caracterizado pela pluralidade fontes.³⁵

Ademais, o Superior Tribunal de Justiça, no AREsp 686.965/DF³⁶, considerou imprescritível o crime de injúria racial, abrindo espaço para que outras condutas penais, mesmo não estando expressamente prevista a sua imprescritibilidade na Constituição, possam ser compreendidas como ações que não prescrevem no tempo.

Registre-se, outrossim, que o Supremo Tribunal Federal, julgando o recurso do réu do AREsp 686.965/DF, considerou que a imprescritibilidade seria uma matéria infraconstitucional³⁷, pois demandaria o exame de legislação infraconstitucional atinente à espécie, em especial o Código Penal, a Lei nº 7.716/89 e nº 9.459/97.

No caso do Tratado de Roma, poder-se-ia dizer que, além da expressa sujeição do Estado brasileiro à jurisdição do Tribunal Penal Internacional estabelecida pela Constituição, o mesmo raciocínio adotado no AREsp 686.965/DF poderia ser replicado no caso dos crimes contra a humanidade, crimes de guerra, de genocídio e de agressão, à medida que a competência do Tribunal

³⁵ BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. São Paulo: Edipro, 2011. p. 82.

³⁶ BRASIL. Poder Judiciário. Superior Tribunal de Justiça. **AREsp nº 686.965**. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=47805798&num_registro=201500822903&data=20150618&tipo=0&formato=PDF>. Acesso em: 17 dez. 2018.

³⁷ BRASIL. Poder Judiciário. Supremo Tribunal Federal. **HC 142583 / DF e ARE 983531 / DF**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarjurisprudencia.asp?s1=%28%28IMPRESCRITIBILIDADE+INJ%DARIA+RACIAL%29%29+NAO+S0%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/meqtbct>>. Acesso em: 17 dez. 2018.

Penal Internacional é reconhecida pelo Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002, principalmente à luz do princípio da complementaridade.

Na esteira deste raciocínio, pode-se constatar a imprescritibilidade dos crimes de competência do Tribunal Penal Internacional em casos de inércia do Estado brasileiro, ainda que a Constituição da República disponha de forma oposta. Por força do caráter complementar desta Corte e, de igual modo, do Direito Internacional, a ausência de enfrentamento da ação supostamente violadora de Direitos Humanos, convalida a jurisdição do Tribunal Penal Internacional, de forma que não há incompatibilidade entre a imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade, crimes de guerra, de genocídio e de agressão prevista no Tratado de Roma e os princípios encartados na Constituição brasileira.

Considerações finais

A superveniência do Tribunal Penal Internacional, na medida em que tem como escopo a afirmação universal dos direitos humanos, demonstra que a proteção destes bens jurídicos ocorre de forma permanente, devendo ser tutelado pelos Estados signatários que se comprometeram a cumprir as suas disposições.

Tal qual fora demonstrado, o princípio da complementariedade estabelece que o Tribunal Penal Internacional somente exercerá sua jurisdição em uma situação na qual o Estado signatário não se encarregue de exercer o dever de sanção de agente violadores dos direitos humanos.

A imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade, crimes de guerra, de genocídio e de agressão não é incompatível com a Constituição brasileira, seja porque há expressa previsão de submissão à jurisdição do TPI, seja porque, na esteira da mais recente jurisprudência do STJ, outros crimes podem ser considerados imprescritíveis além do racismo e da ação de grupos armados e paramilitares contra a ordem constitucional.

Referências

- ARENDDT, Hannah. **The origins of totalitarianism**. New York: A Haverst Book/Harcourt, Inc. 1976.
- ARENDDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal**. Trad. José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. São Paulo: Edipro, 2011.
- BRASIL. Poder Judiciário. Superior Tribunal de Justiça. **AREsp nº 686.965**. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=47805798&num_registro=201500822903&data=20150618&tipo=0&formato=PDF>. Acesso em: 17 dez. 2018.
- BRASIL. Poder Judiciário. Supremo Tribunal Federal. **HC 142583 / DF e ARE 983531 / DF**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%28IMPRESCRITIBILIDADE+INJ%DARIA+RACIAL%29%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/meqtbct>>. Acesso em: 17 dez. 2018.
- BRASIL. Presidência da República. **Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002**. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm>. Acesso em: 09 dez. 2018.
- HOBSBAWN, Eric. **The age of extremes: a History of the World, 1914-1991**. New York: Vintage Books, 1996.
- ICC. **International Criminal Court**. Disponível em: <http://www.icc-cpi.int/en_menus/asp/states%20parties/Pages/the%20states%20parties%20to%20the%20rome%20statute.aspx>. Acesso em: 09 dez. 2018.
- IMT. **International Military Tribunal**. Disponível em: <<http://law2.umkc.edu/faculty/projects/ftrials/nuremberg/Goering5.html>>. Acesso em: 09 dez. 2018.

KELSEN, HANS. **Teoria Pura do Direito**. 6.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

NATO. **North Atlantic Treaty Organization**. Disponível em: <<http://www.nato.int/ifor/un/u930525a.htm>>. Acesso em: 10 dez. 2018.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o direito constitucional internacional**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e justiça internacional**: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. 4. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013

UN. **United Nations**. Disponível em: <<http://www.un.org/docs/scres/1994/scres94.htm>>. Acesso em: 09 dez. 2018.

RAMOS, André de Carvalho. **Processo internacional de direitos humanos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

Mulheres, gestantes e mães no cárcere: a violação de seus direitos e a proteção da família monoparental feminina

Ariê Scherreier Ferneda¹

Maria Caroline Amaral²

1. Introdução

A violação de direitos das pessoas presas não é novidade. Em 2015 o próprio Supremo Tribunal Federal afirmou, pela primeira vez, um Estado de Coisas Inconstitucional referente ao sistema penitenciário brasileiro, em razão da violação sistemática de direitos e a perpetuação e agravamento da situação (STF, ADPF 347/DF).

Para dar início ao desenvolvimento do presente artigo e demonstrar a real necessidade de debate a respeito do tema, cita-se o caso de Lucimara de Jesus da Silva (TJSP, HC 2212104-16.2017.8.26.0000), servidora pública, com residência fixa, primária, mãe de seis filhos (2 deles menores), acusada pela prática do crime de tráfico de drogas.

Lucimara foi presa em flagrante em outubro de 2017 ao tentar ingressar em um Centro de Detenção Provisória portando 178,2g de maconha a pedido de seu marido. O Tribunal de Justiça

¹ Graduanda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Membro do Núcleo de Estudos Avançados em Direito do Trabalho e Socioeconômico da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Bolsista de Iniciação Científica - CNPq 2018-2019. E-mail: ariefernedaxx@gmail.com

² Graduanda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Bolsista de Iniciação Científica - PUCPR 2018-2019. E-mail: mariacaroline_a@hotmail.com

de São Paulo alegou que a maternidade não pode servir de salvo conduta para a prática de infrações penais e que o fato de a paciente possuir filhos pequenos não permite, por si só, a revogação da prisão preventiva.

Assim, diante dessa constante violação de direitos e considerando o fato de que 178,2g de maconha parecem, em alguns casos, possuir maior valor que a formação e desenvolvimento de crianças e adolescentes, o presente artigo prioriza a situação da mulher encarcerada, mas que também é ou se tornará mãe. Trata-se de uma discussão a respeito da eficiência do encarceramento de mulheres que se encontram nessa situação e dos efeitos da separação da mãe na vida de seus filhos e da comunidade.

No primeiro tópico foram expostos alguns dados extraídos do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN Mulheres de 2014 e 2018, em que foram realizadas pesquisas em 1.424 e 1.460 unidades prisionais brasileiras, respectivamente. A partir desses dados, constatou-se a existência de 42.355 mulheres presas até junho de 2016. Entretanto, não há infraestrutura e organização de dados capazes de garantir direitos básicos e o respeito à dignidade da pessoa presa, em especial das mulheres.

Por outro lado, no segundo tópico se abordou questões pertinentes à família monoparental feminina, na qual a mulher é a única titular do vínculo familiar. Ainda, foi analisado os efeitos da ruptura desse vínculo na vida dos filhos dessas mulheres.

Apresentou-se, ademais, uma nova solução que não a prisão a partir da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, no início de 2018, o qual se tornou o Projeto de Lei do Senado nº 64/2018, formulado pela senadora Simone Nassar Tebet. O referido projeto representa uma solução possível e mais humanitária, cujo objetivo é promover o desencarceramento de mulheres, condenadas ou não, gestantes ou com filhos crianças ou com deficiência, desde que não tenham cometido crimes com

violência ou grave ameaça à pessoa, que não sejam reincidentes e que apresentem bom comportamento carcerário.

Ainda, retornando ao caso da Lucimara e diante de sua alegação de constrangimento ilegal frente à decisão do TJSP, o Superior Tribunal de Justiça, apresentando outra solução também adequada, determinou a substituição da prisão preventiva pela proibição de frequentar unidades prisionais (STJ, HC 437.538-SP).

O Relator Ministro Rogério Schietti Cruz afirmou que se não constam sinais de prática habitual de tráfico de drogas, mas sim a apreensão isolada de entorpecentes quando da visita ao presídio, tem-se entendido que, verificadas condições pessoais favoráveis, a cautela de proibição de ingresso em unidades prisionais é menos gravosa do que a prisão domiciliar e suficiente para evitar a reiteração delitiva.

Assim, pretendeu-se demonstrar a importância de se buscar soluções mais humanitárias e que não acarretem efeitos perversos e cruéis àqueles que em nada se relacionaram com o ato criminoso. Salienta-se, por fim, que não se trata de elidir as formas de punição, nem mesmo de amenizá-las, mas sim de proteger a família monoparental e as crianças e os adolescentes que possuem apenas a figura materna como refúgio.

2. A (in)visibilidade da mulher encarcerada

Em qualquer relatório referente ao sistema penitenciário brasileiro, palavras como insalubridade, superlotação e precariedade são extremamente comuns. Além de conviver com as deficiências gritantes do cárcere, o abandono é o pior dos tormentos.

A partir do Levantamento de Informações Penitenciárias referente ao ano de 2016 é possível constatar a existência de 726.712 pessoas privadas de liberdade – tanto em carceragens de delegacias quanto em estabelecimentos prisionais –, sendo que 42.355 são mulheres (INFOPEN Mulheres, 2018, p. 10-11).

Por outro lado, a estrutura prisional brasileira comporta apenas 27.029 mulheres, de modo que existem 15.326 delas além da capacidade real, ou seja, onde deveriam existir apenas 10 mulheres encarceradas, há 16. Não obstante a superlotação, o déficit de vagas das unidades femininas soma apenas 2% do déficit total no sistema prisional. Ainda, os estabelecimentos prisionais exclusivamente femininos representam somente 7% do total; 17% são mistos e 75% são unicamente masculinos (INFOPEN Mulheres, 2014, p. 5).

O Brasil ocupa a quarta posição mundial entre os países que mais aprisionam mulheres. Em relação à taxa de aprisionamento, o país se encontra na terceira colocação, sendo 60,7 mulheres presas para cada 100 mil habitantes. Em dezesseis anos (entre 2000 e 2016) essa taxa variou 455% (INFOPEN Mulheres, 2018, p. 13-14).

Ainda, 68% dessas mulheres foram presas por envolvimento com o tráfico de drogas, não possuindo vínculo com maiores redes de organização criminosa (INFOPEN Mulheres, 2014, p. 5). Não raras vezes essas mulheres são presas em flagrante ao tentar entrar em presídios masculinos portando algum tipo de substância ilícita a pedido do namorado, marido ou companheiro. Ou seja, elas possuem um papel coadjuvante no crime, realizando serviços de transporte de drogas e pequeno comércio.

Em geral, as mulheres encarceradas são jovens, têm filhos, são as responsáveis pela provisão do sustento familiar, possuem baixa escolaridade (apenas 15% da população prisional feminina possui o ensino médio completo), são oriundas de extratos sociais desfavorecidos economicamente e exerciam atividades de trabalho informal antes do aprisionamento (INFOPEN Mulheres, 2014, p. 5). Ademais, até junho de 2016, 45% das mulheres presas sequer possuíam condenação (INFOPEN Mulheres, 2018, p. 19).

Diante de toda a precariedade do sistema prisional feminino, as mulheres ainda precisam conviver com o esquecimento. A partir das situações vivenciadas por Dráuzio Varella durante os anos em que realizou serviço voluntário na Penitenciária Feminina do

Estado de São Paulo, é possível perceber que “a sociedade é capaz de encarar com alguma complacência a prisão de um parente homem, mas a da mulher envergonha a família inteira” (VARELLA, 2017, p. 38). Além disso, maridos e namorados são os primeiros que as ignoram; “não hesitam em abandonar mesmo aquelas que foram presas por ajudá-los” (VARELLA, 2017, p. 41).

Ainda, outro fato que explicita o descaso e a invisibilidade das necessidades femininas é a permissão da visita íntima vinte anos após a sua implementação nos presídios masculinos. Somente em 2002 as mulheres passaram a ter esse direito, em observância à dignidade e privacidade da pessoa presa, considerando, ainda, que a visita íntima permite a manutenção dos vínculos afetivos e impede a desagregação familiar (VARELLA, 2017, p. 39).

No entanto, somente 41% das unidades prisionais femininas possuem local específico para a visita íntima; em relação às unidades mistas, 34% oferecem este espaço (INFOPEN Mulheres, 2018, p. 26). Além disso, esse descaso estatal para com a população carcerária e demonstrada pela deficiência no atendimento de necessidades básicas contribui com a invisibilidade dessas mulheres.

Prova disso é o lançamento do primeiro diagnóstico realizado pelo Departamento Penitenciário Nacional referente aos dados relativos à população penitenciária feminina, o qual foi denominado de INFOPEN Mulheres e publicado em 2014. Este documento mapeia o perfil das mulheres privadas de liberdade no Brasil, bem como dos estabelecimentos prisionais em que se encontram. Isto é, nos anos anteriores a 2014 nunca foi realizado qualquer estudo aprofundado a respeito do perfil das mulheres presas e do cárcere.

O próprio relatório lançado pela primeira vez em 2014 admite a existência de uma “deficiência grande de dados e indicadores sobre o perfil de mulheres em privação de liberdade nos bancos de dados oficiais dos governos, o que contribui para a

invisibilidade das necessidades dessas pessoas” (INFOPEN Mulheres, 2014, p. 5).

Igualmente, é fato notório que mulheres possuem necessidades especiais, além de demandas e peculiaridades específicas. Essas necessidades se tonam ainda mais imperiosas quando se trata de mulheres gestantes e com filhos que se encontram no cárcere.

O Estado de Coisas Inconstitucional (ADPF 347/DF) se agrava nesses casos. O Estado continua, em razão de sua inércia, a transgredir o direito básico da pessoa encarcerada de receber tratamento justo e adequado, agindo com indiferença frente a um dos mais expressivos fundamentos que é base para o Estado democrático de Direito: a dignidade da pessoa humana.

Como expressão desse descaso, constata-se que apenas 14% das unidades femininas ou mistas possuem berçários e/ou centro de referência materno-infantil (espaço destinado a receber crianças com até 2 anos de idade). Somente 3% das unidades possuem local adequado para receber crianças acima de 2 anos (INFOPEN Mulheres, 2018, p.).

Em relação à quantidade de filhos das mulheres presas, devido à baixa representatividade da amostra coletada pelo INFOPEN, tendo em vista a ínfima disponibilidade de informações, somente 7% da população carcerária feminina fez parte da pesquisa, ou seja, 2.689 mulheres. Constatou-se que 74% delas têm filhos (INFOPEN Mulheres, 2018, p. 51).

No entanto, essa deficiência de informações representa um obstáculo à formulação de políticas públicas capazes de responder a real necessidade dessas mulheres e de seus filhos, tanto em relação à institucionalização adequada dessas crianças, quanto aos efeitos da separação da mãe na vida de sua prole. Percebe-se, portanto, uma verdadeira afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que o Estado, responsável por aqueles que coloca sob sua tutela, sequer tem ciência sobre o perfil e

necessidades dessas pessoas, as quais se tornam invisíveis a todos os olhos.

3. As famílias monoparentais femininas e sua ruptura frente ao encarceramento da mulher: existem outras soluções?

A família não é mais definida pela união matrimonial de um homem e uma mulher e que possuem filhos. Cada vez mais ocorre o distanciamento do tradicional quando se trata de arranjos familiares. Famílias homoafetivas, monoparentais, entre outras, representam a flexibilização e o pluralismo dessas novas configurações (DIAS, 2010, p. 40). Ainda, os novos modelos de família, permitidos e reconhecidos, se tornam mais iguais e flexíveis, não mais estritamente sujeitos a regras, mas sim ao desejo (PERROT, 1993, p. 81).

A partir da Constituição de 1988 houve o reconhecimento da necessidade de adequar o Direito aos fatos da vida, em especial no âmbito da família. Teve início, então, o que se convencionou denominar repersonalização ou constitucionalização das relações de família. O caráter econômico e político do qual a família era dotada foi substituído pela função instrumental, cujo objetivo é a realização dos interesses existenciais e afetivos de seus integrantes (GAMA, 2003, p. 101).

A estrutura familiar deixou de ser fundada pelos seus paradigmas originários: casamento, sexo e procriação (DIAS, 2010, p. 42). A “cara” da família passou por uma nova roupagem axiológica (ALBUQUERQUE, 2004, p. 162). Como efeito da nova função instrumental da família, sua principal tarefa passou a ser contribuir para o desenvolvimento de seus integrantes, bem como para o crescimento e formação da sociedade, fundamentando, assim, a proteção conferida pelo Estado (GUAZZELLI, 2004, p. 331).

Por seu turno, considerando a necessidade de adequação do Direito aos fatos da vida, foram reconhecidas novas formas de construção de entidades familiares. A Constituição de 1988, em seu

art. 226, § 4º, entendeu como um dos modelos de família a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. Em sede doutrinária, essa entidade familiar foi reconhecida como família monoparental, “como forma de ressaltar a presença de somente um dos pais na titularidade do vínculo familiar” (DIAS, 2010, p. 48).

As famílias monoparentais são caracterizadas pela predominância feminina (DIAS, 2010, p. 207), somando, até o ano de 2010, mais de 6 milhões (composição familiar monoparental feminina com filhos) (IBGE, 2010, p. 70). Assim, considerando seu expressivo número, é primordial conferir a elas atenção especial.

Uma família chefiada unicamente pela mulher requer encargos redobrados. Além dos cuidados com os filhos e a casa, há a necessidade de se buscar meios de subsistência. A grande reflexão que surge a partir da existência dessas famílias monoparentais se refere ao momento em que essas mulheres, únicas responsáveis pela criação e sustento de sua prole, são presas.

Nesse sentido, Dráuzio Varella (2017, p. 45) expõe que a separação da mulher presa com seus filhos é um martírio. O médico explica que a mulher “sabe que é insubstituível e que a perda do convívio com as crianças, ainda que temporária, será irreparável” (VARELLA 2017, p. 45).

Ainda, considerando que a maioria das mulheres encarceradas possuem muitos filhos, elas são forçadas a “aceitar a solução de vê-los espalhados por casas de parentes ou vizinhos e, na falta de ambos, em instituições públicas sob a responsabilidade do Conselho Tutelar, condições em que podem passar anos sem vê-los ou até perdê-los para sempre” (VARELLA, 2017, p. 45).

De fato, constatada a prisão dessas mulheres, responsáveis pelos filhos, estes são encaminhados à família extensa, ou seja, aos parentes mais próximos que convivem e mantêm vínculo de afinidade e afetividade com a criança ou adolescente (ROSSATO, LÉPORE, CUNHA, 2016, p. 151). Na falta destes, as pessoas em

desenvolvimento são acolhidas em instituições públicas, onde aguardam até que suas mães sejam liberadas.

Ressalta-se que somente a partir de 2014, com a Lei nº 12.962, a qual alterou alguns dispositivos do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), foi regulamentada a convivência da criança e do adolescente com os pais privados de liberdade. Assim, o responsável em caso de família extensa ou a entidade responsável, na hipótese de acolhimento institucional, deverá materializar esse direito através de visitas periódicas.

Entretanto, destaca-se a importância da convivência familiar na formação e desenvolvimento da personalidade desses indivíduos. Ainda, os laços familiares “têm o condão de manter crianças e adolescentes amparados emocionalmente, para que possam livre e felizmente trilhar o caminho da estruturação de sua personalidade” (ROSSATO, LÉPORE, CUNHA, 2016, p. 146).

Assim, não seria razoável entender que o encarceramento de mulheres, chefes de família, compromete todo o desenvolvimento de seus membros, em especial os mais vulneráveis: crianças e adolescentes? Salienta-se que a família é amada, sonhada e desejada por pessoas de todas as idades, independente de qualquer condição. Nesse sentido, Elizabeth Roudinesco ensina que, *in verbis*:

[...] para os pessimistas que pensam que a civilização corre o risco de ser engolida por clones, bárbaros bissexuais ou delinquentes da periferia, concebidos por pais desvairados e mães errantes, observamos que essas desordens não são novas [...], e sobretudo que não impedem que a família seja atualmente reivindicada como o único valor seguro ao qual ninguém quer renunciar. (ROUDINESCO, 2003, p. 198).

Tendo isso em vista, será que não chegou o momento de repensar o modelo atual de punição e encarceramento de mulheres que criam seus filhos sem qualquer auxílio? Encarcerar a mulher é a melhor solução quando ela é a única responsável por sua prole?

Nesses casos, constata-se uma contradição: ao passo que a condição do encarceramento feminino possui pouca visibilidade, os efeitos desse encarceramento perante o indivíduo e sociedade surtem efeitos consideráveis.

Não apenas a mulher é privada de sua liberdade; seus filhos, por sua vez, são privados do convívio familiar ideal e, da mesma forma, cumprem uma pena pelos crimes de suas mães. Essa pena significa um déficit no desenvolvimento da personalidade, na falta do afeto, no sentimento de abandono ao serem encaminhados de família em família ou de permanecer solitários em entidades estatais de acolhimento. Assim, tanto os direitos da mulher, bem como de seus filhos, são violados no que tange à convivência familiar.

Recentemente, o Projeto de Lei do Senado nº 64 de 2018, já aprovado pelas duas casas legislativas e sancionado em 19 de dezembro de 2018 (Lei nº 13.769/2018), disciplina o regime de cumprimento de pena privativa de liberdade da mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência, além de dispor sobre a substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar das mulheres na mesma situação.

Referido projeto teve como base a decisão do Supremo Tribunal Federal, proferida no início de 2018, a respeito de um *Habeas Corpus* coletivo (STF, HC 143.641/SP), o qual determinou a substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar de todas as mulheres gestantes, puérperas ou mães de crianças e portadores de deficiência. Além disso, o Estatuto da Primeira Infância (Lei nº 13.257/2016) também modificou o Código de Processo Penal ao adicionar três novos incisos ao art. 318, *in verbis*:

Art. 318. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for: [...]

IV - gestante;

V - mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos;

VI - homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos.

Entretanto, o referido Projeto de Lei, ainda mais ousado, pretendeu promover o desencarceramento de mulheres, condenadas ou não, gestantes ou com filhos crianças ou com deficiência, desde que não tenham cometido crimes com violência ou grave ameaça à pessoa, que não sejam reincidentes e que apresentem bom comportamento carcerário (SENADO FEDERAL, 2018, p. 4-5).

Tal Projeto de Lei, o qual foi sancionado, representa uma solução alternativa, de caráter mais humanitário, para os problemas já expostos, menor custo ao sistema penitenciário e social, permitindo maior proteção à família monoparental feminina. É inconcebível que crianças e adolescentes sofram as consequências dos atos de suas mães. Ademais, não se trata de um meio mais flexível de punição da mulher, nem mesmo da ausência de punição, mas sim de proteção de crianças e adolescentes que não devem ser vítimas do anseio punitivo da sociedade e do Estado.

4. Considerações finais

O sistema penitenciário brasileiro é fundado sob uma matriz patriarcal. 75% das unidades prisionais são exclusivamente masculinas e somente 7% são destinados unicamente às mulheres. Ainda assim, o número de presídios capazes de atender as necessidades e peculiaridades das mulheres é ínfimo, como constatado ao longo do artigo.

Do mesmo modo, o estereótipo da mulher presa difere incomparavelmente com o do homem. A mulher é esquecida na cadeia, enquanto que na fila de visita dos presídios masculinos, os familiares e os parentes passam a noite em vigília, o que lhes garantirá prioridade nos boxes de revista e mais tempo com o seu ente querido (VARELLA, 2017, p. 38).

De todas as mulheres “invisíveis”, cerca de 70% foram presas por tráfico de drogas, muitas vezes ao tentar ingressar em presídios portando substâncias ilícitas com o fim de favorecer seu marido, namorado ou companheiro, como ocorreu com Lucimara, citada anteriormente.

Entretanto, os meios de punição não devem ter como base os meios mais eficazes, mas sim os meios suficientemente eficazes. Lucimara e diversas outras mulheres condenadas ou não possuem filhos e são as únicas responsáveis por eles. Nesse sentido, a Lei nº 13.769/2018, em conjunto com a alteração realizada no art. 318 do CPP, apresenta soluções alternativas para que o processo de desenvolvimento de crianças e de adolescentes inseridas em famílias monoparentais femininas não seja interrompido de maneira inadequada, sendo que existem outros meios suficientemente eficazes de repreensão.

Todavia, considerando que, em algumas famílias, a mãe é a responsável pela subsistência, defende-se a prorrogação deste benefício para que a prisão domiciliar, bem como alternativas diversas da prisão, seja aplicada até que os filhos dessas mulheres completem 14 anos de idade e não 12, como já prevê a lei.

A Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), em seu art. 403, permite que adolescentes com 14 anos iniciem atividade remunerada como menor aprendiz. Assim, do ponto de vista laboral e de subsistência, o benefício da substituição da prisão pela prisão domiciliar deve considerar a primeira possibilidade de vínculo empregatício.

Ademais, a Lei nº 13.769/2018 adiciona dois parágrafos ao art. 112 da Lei de Execução Penal, os quais estabelecem requisitos para progressão de regime para o caso de mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência. Dentre eles se destaca o fato de a mulher não ter integrado organização criminosa e o cumprimento de 1/8 da pena no regime anterior. Não obstante, o cometimento de falta grave ou de novo crime doloso poderá implicar em revogação do benefício.

Entende-se como maior novidade a modificação do art. 2º, § 2º, da Lei nº 8.072/1990, uma vez que, com a possível nova redação, o juiz terá de aplicar a progressão de regime em 1/8 da pena anterior inclusive para os casos de prática de crimes hediondos.

Por fim, a Lei sancionada representa um progresso para a concreção de direitos antes esquecidos com as mulheres encarceradas. Se aplicada corretamente, não haverá mais efeitos tão nefastos para as famílias, em especial às crianças e aos adolescentes que possuem apenas a mãe como uma figura mantedora de um vínculo familiar. A execução da pena das mulheres beneficiadas, no entanto, será acompanhada pelo Departamento Penitenciário Nacional, ao qual incumbe monitorar a integração social e a ocorrência de reincidência, específica ou não, mediante a realização de avaliações periódicas e de estatísticas criminais, conforme nova previsão do inc. VII do art. 72 da Lei de Execução Penal.

Manter uma mulher encarcerada e uma criança acolhida representa um custo muito alto para o Estado, porém, se aprovada, a lei permitirá que esse valor seja revertido em benefício da promoção de medidas protetivas suficientemente eficazes para manter a mãe longe do crime, de modo que mais crianças e adolescentes possam crescer no seio familiar e desenvolver sua personalidade e projetos de vida ao lado de suas mães. Ainda, todas as mulheres, condenadas ou não, poderão ser destinatárias do benefício, e não somente aquelas capazes de pagar um bom advogado.

Referências

ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. Poder familiar nas famílias recompostas e o art. 1.636 do CC/2002. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família**. Afeto, ética e família e o novo Código Civil brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 161-197.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil - 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 10 de dez. de 2018.

BRASIL. Código de Processo Penal. **Lei nº 3.689/1941**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm. Acesso em 10 de dez. de 2018.

BRASIL. Lei de Execução Penal. **Lei nº 7.210/1984**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm. Acesso em 11 de dez. de 2018.

BRASIL. Lei dos Crimes Hediondos. **Lei nº 8.072/1990**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8072.htm. Acesso em 11 de dez. de 2018.

BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente. **Lei nº 8.069/1990**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm. Acesso em 10 de dez. de 2018.

BRASIL. Estatuto da Primeira Infância. **Lei nº 13.257/2016**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13257.htm. Acesso em 11 de dez. de 2018.

BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho. **Decreto-Lei nº 5.452/1943**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm. Acesso em 11 de dez. de 2018.

BRASI. **Lei nº 13.769/2018**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13769.htm#art2. Acesso em 19 de dez. de 2018.

BRASÍLIA. **Supremo Tribunal Federal**. Habeas Corpus n. 143.641/SP; Segunda Turma; Relator Ministro Ricardo Lewandowski; julgado em 20/02/2018. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748401053>. Acesso em 10 de dez. de 2018.

BRASÍLIA. **Supremo Tribunal Federal**. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347/DF; Plenário; Relator Ministro Marco Aurélio; julgado em 09/09/2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em 11 de dez. de 2018.

BRASÍLIA. **Superior Tribunal de Justiça**. Habeas Corpus 437.538-SP (2018/0036888-4); Sexta Turma; Relator Ministro Rogério Schietti Cruz; julgado em 18/09/2018. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1752677&num_registro=201800368884&data=20181001&formato=PDF. Acesso em 11 de dez. de 2018.

CÂMARA dos Deputados. **Projeto de Lei nº 10.269/2018**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2175798>. Acesso em 10 de dez. de 2018.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito de Família**. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Das relações de parentesco. *In*: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords.). **Direito de família e o novo Código Civil**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 101-132.

GUAZZELLI, Mônica. O princípio da igualdade aplicado à família. *In*: WELTER, Belmiro Pedro; MADALENO, Rolf Hansen (coords.). **Direitos fundamentais do direito de família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 321-340.

INSTITUTO Brasileiro de Geografia e Estatística. **Censo Demográfico - 2010**. Famílias e Domicílios - Resultados da amostra. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/97/cd_2010_familias_domicilios_amostra.pdf. Acesso em 10 de dez. de 2018.

LEVANTAMENTO Nacional de Informações Penitenciárias. **INFOPEN Mulheres** - Junho de 2014. Departamento Penitenciário Nacional - Ministério da Justiça. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/news/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>. Acesso em 10 de dez. de 2018.

LEVANTAMENTO Nacional de Informações Penitenciárias. **INFOPEN Mulheres**. 2. ed. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário, 2017. Disponível em: http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/infopenmulheres_arte_07-03-18.pdf. Acesso em 10 de dez. de 2018.

PERROT, Michelle. O nó e o ninho. **Revista Veja 25 anos: reflexões para o futuro**. São Paulo: Abril, 1993, p. 75-81.

ROUDINESCO, Elizabeth. **A família em desordem**. 1. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahad, 2003.

ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches. **Estatuto da Criança e do Adolescente: Lei n. 8.069/90 comentado artigo por artigo**. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016.

SÃO PAULO. **Tribunal de Justiça de São Paulo**. Habeas Corpus 2212104-16.2017.8.26.0000; 11ª Câmara – Seção Criminal; Relator Xavier de Souza; julgado em 13/12/2017. Disponível em: https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?conversationId=&cdAcordao=11086480&cdForo=0&uuidCaptcha=sajcaptcha_1d099090a43a41a19824edb8411dc745&v1Captcha=ksrmz&novoV1Captcha=. Acesso em 11 de dez. de 2018.

SENADO Federal. **Projeto de Lei do Senado nº 64/2018**. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7638604&ts=1544216051792&disposition=inline>. Acesso em 10 de dez. de 2018.

VARELLA, Dráuzio. **Prisioneiros**. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2017.

“Ruim para eles, pior para elas”: a violação aos direitos das mulheres encarceradas e a dupla penalização

*Nathália Soares de Mattos**

*Marília Soares de Mattos***

*Bruno Ávilla Fontoura Kronka****

1. Introdução

“O sistema penal no Brasil e no mundo foi criado por homens e para homens” (CERNEKA, 2009, p. 01). Historicamente, as necessidades femininas, quando não absolutamente desprezadas pelos ordenamentos jurídicos, foram relegadas ao segundo plano. Durante muitos séculos, a maior parte dos direitos era limitada a classes bastante restritas de indivíduos e, ainda hoje, não obstante a positivação dos direitos fundamentais, certo é que nem a

* Advogada. Aprovada no Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR) para cursar mestrado na área de Direito Socioambiental e Sustentabilidade (Processo Seletivo/2019), Especialista em Direito Aplicado pela Escola da Magistratura do Paraná (EMAP) e bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Maringá (UEM). E-mail: nsdmattos@gmail.com

** Advogada. Mestranda em Direito Socioambiental e Sustentabilidade pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR), pós-graduada em Direito Penal pelo Complexo Educacional Damásio de Jesus e integrante do Grupo de Pesquisa “Justiça, Democracia e Direitos Humanos” do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* da PUC/PR. E-mail: mariliaensoaresmattos@gmail.com

*** Mestrando em Direito Socioambiental e Sustentabilidade pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR), especialista em Direito Penal pelo Centro Universitário Leonardo Da Vinci – Grupo Uniasselvi e integrante do Grupo de Pesquisa “Justiça, Democracia e Direitos Humanos” do Programa de Pós-graduação *Stricto Sensu* da PUC/PR. Servidor Público Federal. E-mail: brunokonkra@gmail.com

proclamação da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) - que, a um só tempo, consagrou valores de cunho universal e inaugurou uma ordem mundial fundada no respeito à dignidade humana - nem, tampouco, a existência e a internalização de uma série de tratados internacionais e outros instrumentos que expandiram a gama de proteção, foram suficientes para inibir violações a dignidade feminina.

No que se refere especificamente aos direitos fundamentais das pessoas encarceradas, sabe-se que, no Brasil, os abusos verificados em estabelecimentos prisionais não se restringem a um ou a outro gênero, atingindo indiscriminadamente todos os que se encontram recolhidos, escancarando o que o Supremo Tribunal Federal reconheceu, quando do julgamento da ADPF nº 347, como “estado de coisas inconstitucional” (STF, ADPF nº 347, Rel. Min. Marco Aurélio, J. 27/08/2015).

Contudo, se de um lado, a falência do sistema prisional brasileiro alcança homens e mulheres cuja liberdade está restringida pelo Estado; de outro, é possível constatar que as mulheres encarceradas são atingidas em maior grau pelas mazelas de um sistema punitivo criado originalmente para atender as demandas de transgressões perpetradas única e exclusivamente por homens. Assim, as peculiaridades intrinsecamente femininas tais como o ciclo menstrual, necessidade de exames regulares nas mamas, saúde reprodutiva, pré-natal, amamentação e outras tantas questões que permeiam o universo da mulher não foram levadas em consideração quando das primeiras construções prisionais.

Daí porque, na prática, o que se verifica atualmente são adaptações tardias e pouco eficientes do arcabouço normativo e das estruturas penitenciárias, os quais não estão aptos para atender satisfatoriamente as demandas femininas, resultando, em última análise, na dupla penalização das mulheres encarceradas, que são obrigadas a suportar, a um só tempo, a exclusão do convívio social como retribuição da prática delitiva e, ainda, as

violações recorrentes à dignidade feminina, estas, por sua vez, fruto de uma soma de fatores que vão desde o desinteresse estatal na correta distribuição dos recursos financeiros; má administração e problemas estruturais dos sistemas prisionais; “cultura do encarceramento” que “se evidencia pela exagerada e irrazoável imposição de prisões provisórias a mulheres pobres e vulneráveis, em decorrência de excessos na interpretação e aplicação da lei penal, bem assim da processual penal, mesmo diante da existência de outras soluções, de caráter humanitário, abrigadas no ordenamento jurídico vigente” (...) chegando até a “arbitrariedade judicial quanto ao tratamento da sistemática de exclusão de direitos de grupos hipossuficientes, típica de sistemas jurídicos que não dispõem de soluções coletivas para problemas estruturais” (STF, HC coletivo 143.641, Relator: Min. Ricardo Lewandowski, DJE 22/02/2018).

2. O sistema prisional brasileiro e o encarceramento feminino

Antes do século XVIII, “o encarceramento era um meio, não era o fim da punição” (CARVALHO FILHO, 2002. p. 21), de sorte que a privação de liberdade era compreendida não como forma de pena, mas como espécie de custódia que impedia a fuga do acusado com vistas à produção de provas. Em um salto histórico, vê-se que a evolução da concepção de pena atrelada à estruturação de um direito penal e processual penal, permitiram a transição entre as funções meramente retributivas às preventivas da sanção penal. Acompanhando tais mudanças, os sistemas penitenciários deixaram de ser simplesmente um meio de punição corporal, passando a objetivar, também, a ressocialização dos condenados.

No Brasil, o Código Penal de 1890 (artigos 45 a 50), além de abolir os açoites, as penas de morte, penas perpétuas e penas coletivas, também fixou penas restritivas de liberdade individual, com penalidade máxima de trinta anos, bem como prisão celular,

reclusão, prisão com trabalho obrigatório e prisão disciplinar (BRASIL, Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890).

Não obstante, se em um primeiro momento causa espanto que até o ano de 1940 não havia no ordenamento pátrio qualquer diretriz legal que exigisse ou regulamentasse a necessária separação entre homens e mulheres que se encontrassem encarcerados, de modo que a análise quanto a colocação de mulheres em celas independentes ficava a cargo das autoridades responsáveis pela prisão (CÚNICO, BRASIL e BARCINSKI, 2015, p. 34); em um segundo momento, causa de maior perplexidade é o fato de que as determinações de separação trazidas pelo Código Penal e Código de Processo Penal, ambos de 1940, e pela Lei das Contravenções Penais, este de 1941, foram motivadas não para a proteção das mulheres contra abusos sexuais, mas para a maior pacificação dos presídios, já que a presença feminina nos locais era motivo de fortes levantes e disputas entre os presos do sexo masculino, causando instabilidade e dificuldade dos agentes em acalmar os ânimos.

Dito de outro modo, o início da separação entre homens e mulheres nos presídios ocorreu mais para “garantir a paz e a tranquilidade desejada nas prisões masculinas, do que propriamente a dar dignidade às acomodações carcerárias, até então compartilhadas por homens e mulheres” (SOARES e ILGENFRITZ, 2002, p. 57). Ademais, muito embora em 1984 tenha sido aprovada a Lei 7.210/84 que assegurava as mulheres encarceradas o direito a alojamento em celas individuais, somente em 2009 com alterações na Lei de Execução Penal é que houve importante conquista das encarceradas, com destaque à criação dos berçários e à expressa proibição de agentes penitenciários do sexo masculino (FREITAS, 2017, p.2).

Feitas estas considerações, certo é que, para além da questão de gênero, o Brasil ostenta uma das maiores populações carcerárias do mundo – e por essa razão, inclusive –, possui um sistema penitenciário extremamente precário. Extrai-se do último

Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN), divulgado pelo Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN) em 08 de dezembro de 2017 que o Brasil possui um déficit total de 358.663 mil vagas (INFOPEN, 2016, p. 8). Evidente que a superlotação, por si só, já seria suficiente para evidenciar o desrespeito à dignidade da pessoa humana, contudo, soma-se a isto, as precárias condições estruturais dos estabelecimentos prisionais que ilustram um cenário catastrófico, tal como sintetizado por Edmundo Campos Coelho:

[...] no Brasil, em particular, a questão dos ‘direitos dos presos’ terminou, estreita e coletiva de formulações ideológicas, envolta num clima emocional que explora a sensibilidade pública para o aspecto mais óbvio do problema: o da violência contra a integridade física do preso. ‘Surdas’, úmidas e imundas, escuras e sufocantes, nas quais se isola o preso por longos períodos, e inspetores e guardas o agridem e humilham na calada da noite, não são, efetivamente, apenas imagens literárias. Como garantir a integridade física – e frequentemente a vida – do preso fraco e indefeso que habita celas coletivas onde se amontoam de trinta a quarenta outros presos, alguns já brutalizados pela vida no cárcere, mas todos carentes das mais básicas condições de existência digna. (COELHO, 2005, p. 34)

Ocorre que, se de forma geral, o colapso do sistema prisional já não é capaz de propiciar a “readaptação social dos condenados” (CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 1969, artigo 5º, item 6), falhando em cumprir uma das mais importantes finalidades da pena privativa de liberdade, no que se refere especificamente às mulheres encarceradas, a situação é ainda mais preocupante.

De acordo com o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias relativo a mulheres, divulgado em maio de 2018 pelo DEPEN, o expressivo aumento no número de mulheres em privação de liberdade no Brasil faz com que, atualmente, o país tenha a quarta maior população feminina em instituições

penitenciárias do mundo, atrás apenas dos Estados Unidos, China e Rússia. E isto não se deve apenas à grande população do país, porquanto a taxa de encarceramento para cada 100 mil habitantes também é a terceira maior entre os países líderes em número total de pessoas encarceradas (INFOPEN MULHERES, 2018, p. 13).

Ainda segundo as informações oficiais, existem mais de 42,4 mil mulheres presas¹, destas, 19,2 mil são consideradas presas provisórias – porquanto ainda aguardam julgamento –, número este que corresponde a 45% (quarenta e cinco por cento) do total. Convém ressaltar que apenas 7% das mulheres encarceradas cumprem pena por latrocínio ou homicídio, sendo que a maior parte delas está presa por crimes ligados ao tráfico de drogas ou crimes contra o patrimônio, grande parte destes praticado sem violência. Por fim, extrai-se que a população carcerária feminina é formada, majoritariamente, por mulheres de baixa escolaridade, pobres, negras, jovens e mães, sendo que a taxa de ocupação dos presídios femininos é de 156,7%, o que significa que em um espaço destinado a 10 (dez) mulheres encontram-se 16 (dezesesseis) (INFOPEN MULHERES, 2018, p. 35).

Assim, para as encarceradas que vivenciam a prisão – psicológica, moral e corporal –, para além das mazelas da superlotação igualmente suportada pelos presos do sexo masculino, há inúmeros outros direitos violados, negligenciados e em grande parte, esquecidos. Tais violações são em sua maioria relacionados ao descaso com que o sistema trata as necessidades básicas das mulheres, restando a estas, além de acomodações lotadas e insalubres, também a escassez dos mais básicos materiais necessários para higienização como sabonetes e absorventes (HORST, 2017, p. 76), bem como o abandono familiar por motivos

¹ O documento menciona expressamente que os dados repassados pelos estados à Secretaria Nacional de Segurança Pública têm lacunas no que diz respeito à classificação de gênero de pessoas presas em celas de delegacias, de sorte que o número de mulheres em privação de liberdade é, portanto, ainda maior do que o registrado. Literalmente: “Os números apresentados neste relatório acerca desta população encontram-se, necessariamente, subnotificados”.

estereotipados ou mesmo por barreiras impostas pelo próprio sistema e, ainda, a absurda falta de acesso a saúde.

Sem pretensão de esgotar ou reduzir as transgressões aos direitos das mulheres encarceradas, far-se-á breves apontamentos acerca das situações de maior dificuldade suportada pelas detentas, notadamente quanto às especificidades de gênero advindas da natureza feminina. Tais especificidades, frise-se desde logo, justamente por serem inerentes à natureza da mulher enquanto ser humano, não são objeto de escolha e não podem ser esquecidas ou desprezadas pelo Estado, sob pena de configurar um novo tipo de penalização que transcende àquela imposta pelo ordenamento jurídico.

3. Mães por detrás das grades

O Plano Nacional de Saúde no Sistema Penitenciário (PNSSP), instituído pela Portaria Interministerial n.1777/2003(5), e o Pacto Nacional pela Redução da Mortalidade Materna e Neonatal lançado em 2004, ressaltam o direito à assistência à saúde da mulher presa, com ênfase no período gravídico puerperal (GALVÃO e DAVIM, 2013, p. 3) garantido, inclusive, o direito ao aleitamento materno. No entanto, o fato de a maioria das encarceradas brasileiras serem mães constitui um dos pontos mais dramáticos do sistema carcerário feminino, sendo das violências por ele impostas, uma das penas mais cruéis, porquanto também que se estendem às crianças (BARCINSKI, CÚNICO, 2014, p. 65).

A fim de ilustrar tais afirmações, socorre-se, vez outra, aos dados estatísticos. Segundo o já mencionado levantamento do INFOPEN, todos os presídios projetados especificamente para abrigar mulheres devem necessariamente possuir espaços próprios para gestantes, locais onde as mulheres possam amamentar filhos e, ainda, áreas reservadas para crianças. Ocorre que, tal como já anunciado nos parágrafos supra e confirmado pelo documento divulgado pelo DEPEN, uma minoria dos presídios foi projetada

originalmente para abrigar mulheres, de sorte que a maioria deles não passam de adaptações, acrescenta-se, mal estruturadas.

Ainda segundo o levantamento, há no Brasil 107 (cento e sete) unidades prisionais destinadas a mulheres, e outras 244 (duzentas e quarenta e quatro) mistas, ou seja, para homens e mulheres. Destas, apenas 55 (cinquenta e cinco) unidades declararam apresentar cela ou dormitório específico para gestantes (INFOPEN MULHERES, 2018, p. 29).

De acordo com dados extraídos do Ministério da Justiça, em 2014, somente 32% das unidades femininas apresentavam existência de berçário ou centro de referência materno infantil, enquanto apenas 3% das unidades mistas possuíam essa estrutura. Ademais, apenas 5% das unidades femininas dispunham de creche, valor que caía a zero nas unidades mistas (CNJ, 2016-B). Infelizmente, os novos números divulgados pelo DEPEN não apresentaram melhora, porquanto de acordo com o último relatório do INFOPEN, apenas 3% dos presídios contam com berçários capazes de abrigar crianças com mais de 2 anos de idade.

Mas não é só, extrai-se de um recente estudo realizado pela Fundação Oswaldo Cruz que 01 (uma) em cada 03 (três) das grávidas encarceradas deram à luz fazendo uso de algemas e, ainda, mais da metade delas não teve o número necessário de consultas de pré-natal. O estudo menciona também que há um expressivo número de mulheres que afirmaram só terem sido encaminhadas para o hospital alguns momentos antes do parto, ainda que apresentassem sinais e dores há mais tempo (CASTRO, 2017, p. 12).

Diante de tão triste cenário, seria lógico presumir que as mulheres encarceradas, especialmente as gestantes, lactantes, e àquelas com filhos pequenos, encontram-se em tão vulneráveis condições em razão da ausência de um arcabouço normativo capaz de assegurar-lhes o mínimo de dignidade. No entanto, a realidade é distinta, porquanto há atualmente uma série de dispositivos que

visam salvaguardar os direitos das mulheres que se encontram recolhidas em estabelecimentos prisionais.

No que concerne especificamente o uso de algemas, importante realçar que em abril de 2017 entrou em vigor a Lei nº 13.434 que alterou o artigo 292 do Código de Processo Penal, acrescentando-lhe parágrafo único. Literalmente: “É vedado o uso de algemas em mulheres grávidas durante os atos médico-hospitalares preparatórios para a realização do parto e durante o trabalho de parto, bem como em mulheres durante o período de puerpério imediato” (BRASIL, 2017). O mesmo prevalece durante consultas médicas que contenham atos preparatórios para o parto e se estende até o décimo dia após o parto, chamado puerpério imediato (UFRJ, 2010).

Também a Lei 11.942/2009, assegura o acompanhamento médico à grávida presa, especialmente no pré-natal e no pós-parto, sendo que tal acompanhamento se estende ao recém-nascido (IPEA, 2015). O artigo 83, parágrafo 2º da Lei de Execução Penal, por sua vez, determina que os presídios possuam berçários onde as condenadas possam cuidar de seus filhos, inclusive amamentá-los, por, no mínimo, seis meses após o nascimento.

Existem também as regras de Bangkok e a Lei nº 11.942/09 que garantem às encarceradas e seus filhos as condições mínimas de assistência. Há, ainda, a Lei da Primeira Infância (Lei nº 13.257/2016), que atua na criação de políticas públicas para proteção de crianças de 0 a 6 anos de idade, sem contar a nova redação do artigo 318 do Código de Processo Penal que trouxe importantes mudanças, notadamente no que se refere à possibilidade de concessão de prisão domiciliar às mulheres grávidas, sendo dispensado o tempo mínimo, ou existência de risco a saúde da mãe ou do bebê. O mesmo artigo estipula, ainda, que mulheres com filhos até 12 (doze) anos teriam a mesma garantia (BRASIL, Lei nº 13.257/2016).

A respeito das inovações do artigo 318, do CPP, não se desconhece o entendimento perfilhado por doutrinadores² e operadores do direito no sentido de que o fato de a mulher estar grávida ou possuir filhos menores de 12 (doze) anos não é o único requisito a ser preenchido para a concessão da prisão domiciliar, sendo necessário observar também (i) se a substituição não gerará perigo à garantia de ordem pública, (ii) nem risco a aplicação da lei, (iii) devendo ainda ser conveniente com a instrução penal.

Contudo, causa estranheza o fato de que, segundo o último levantamento oficial, 74% das mulheres encarceradas são mães e, destas, 37% têm 03 (três) ou mais filhos. Ainda, se excluídas as presas provisórias, 70% das mulheres privadas de liberdade foram condenadas a até, no máximo, 8 (oito) anos de prisão (INFOPEN MULHERES, 2018, p.56), a grande maioria por crimes sem violência. Evidente, pois, que a análise meritória casuística fica a critério individual dos magistrados, os quais, à luz das demais circunstâncias processuais tem melhores condições de avaliar a (im)prescindibilidade da prisão, contudo, o panorama estatístico deixa sérias dúvidas quanto a real ameaça de tais mulheres quanto ao andamento processual, aparentando que a melhor recomendação, à grosso modo, seria a autorização da prisão domiciliar.

Assim, se de um lado o Brasil possui uma vasta legislação que pretende assegurar os direitos das mulheres encarceradas, especialmente àquelas que, por uma circunstância específica, seja de gestante, lactante ou pós-parto; de outro, as normativas que

² “A presença de um dos pressupostos indicados no art. 318, isoladamente considerado, não assegura ao acusado, automaticamente, o direito à substituição da prisão preventiva pela domiciliar. O princípio da adequação também deve ser aplicado à substituição (CPP, art. 282, II), de modo que a prisão preventiva somente pode ser substituída pela domiciliar se se mostrar adequada à situação concreta. Portanto, a presença de um dos pressupostos do art. 318 do CPP funciona como requisito mínimo, mas não suficiente, de per si, para a substituição, cabendo ao magistrado verificar se, no caso concreto, a prisão domiciliar seria suficiente para neutralizar o *periculum libertatis* que deu ensejo à decretação da prisão preventiva do acusado”. (BRASILEIRO, 2015, p. 998)

tratam do assunto – em nível nacional e internacional – são rotineiramente desrespeitadas.

4. A dificuldade de visitação e o abandono da mulher

De todos os tormentos do cárcere, o abandono é o que mais aflige as mulheres encarceradas, as quais cumprem suas penas esquecidas pelos familiares, amigos, namorados, maridos e até pelos filhos. “As visitas íntimas são essenciais para a manutenção dos vínculos afetivos com os companheiros e para impedir a desagregação familiar. Isolar a mulher na cadeia por anos consecutivos causa distúrbios de comportamento, transtornos psiquiátricos e dificulta a ressocialização” (VARELLA, 2017, p. 39).

Um estudo realizado pelo Grupo de Trabalho Internacional aponta que as principais barreiras para a realização das visitas são a distância do presídio, questões culturais e regras elaboradas pelo próprio estabelecimento prisional. Imperioso ressaltar que, tal como apontado pelo levantamento oficial do INFOPEN, o número de unidades prisionais destinadas às mulheres são imensamente inferiores àquelas destinadas aos homens ocasionando a aglomeração de mulheres em prisões femininas que não raras as vezes ficam longe geograficamente de suas cidades de origem, ocasionando maior dificuldade no deslocamento de familiares para a visita (BRASIL, 2007, 27).

Ademais, para além da questão vexatória das revistas obrigatórias exigidas para que toda e qualquer visita possa adentrar na prisão, o que inibe mais facilmente os homens (companheiros, maridos, pais e amigos das detentas) outra grande barreira à visitação das mulheres é imposta pelo próprio estabelecimento prisional, posto que muitos impõem horários e dias inviáveis, sendo realizados em dias úteis e em horário comercial, impossibilitando o comparecimento de visitas e sua frequência semanal (OLIVEIRA, SANTOS, 2016, p. 6).

No que tange a visita íntima, consistente no recebimento de um parceiro na unidade prisional para que a mulher possa ter momentos de intimidade, há ainda mais complicações. Sabe-se que o direito a visita íntima só foi concedido para as mulheres encarceradas no ano de 1999, por meio da Resolução número 01/99, garantindo uma visita íntima por mês para cada mulher. (FRANÇA, 2014, p. 221). Contudo, ainda hoje, a sexualidade feminina é vista como uma regalia, ao passo que dos homens é tão somente um direito. Desta forma, quando há concessão das visitas íntimas, estas são realizadas com maior rigor e controle, sendo necessária a comprovação da união conjugal ou de casamento, bem como a obrigatoriedade de uso de contraceptivos e até mesmo o comparecimento do parceiro em visitas continuadas até seis meses (GUIMARÃES, 2015, p. 103)

Nota-se que o direito a visita, bem como a visita íntima e todos os modos de expressão da sexualidade feminina da encarcerada são violados, seja com a imposição de obstáculos ou com a represália psicológica exercida, fazendo com que a pena imposta se torne ainda mais severa.

5. A falta do acesso a saúde e higiene pessoal

Conforme estabelecido expressamente pelo artigo 3º da Lei de Execução Penal, as pessoas privadas de liberdade devem ter acesso à saúde integral garantido pelo Estado, na forma de atendimento médico, farmacêutico e odontológico. Ocorre que, uma das maiores dificuldades encontradas pelas aprisionadas é justamente a ausência de infraestrutura e higiene dos estabelecimentos penais.

De acordo com o INFOPEN, há maior dificuldade de fornecimento de assistência à saúde em razão de haver apenas 37 ginecologistas em todo o país, que se responsabilizam por atender cerca de 37 mil presas. Deixando em total abandono exames

importantes para o sexo feminino, como mamografia e Papanicolau. (HORST, 2015, p. 74)

Extraí-se do livro *Presos que menstruam* da jornalista Nana de Queiroz que afirma que a luta diária das internas é por higiene e dignidade, já que há falta de produtos, superlotação, violência por parte das agentes penitenciárias e até mesmo comida estragada.

No quesito saúde, a solução é degradante em muitas penitenciárias. A jornalista conta que em 2009, quando houve o surto da gripe H1N1 no Brasil, os jornais da região de Votorantim informaram que três presas estavam com suspeita da doença, sendo isoladas no banheiro da delegacia local. Ademais, prisões são encardidas, e não raro as mulheres precisam dormir no chão juntamente com seus bebês, onde para que seja possível que estiquem suas pernas, há a necessidade de fazer revezamento. Além disto, os banheiros além de não possuírem portas, tem canos estragados e descargas falhas, que tornam possível que o mau cheiro se espalhe nas penitenciárias. (QUEIROZ, 2015, p. 104) Isto quando há banheiros, já que em algumas penitenciárias, as encarceradas utilizam o chamado “boi”, que são buracos feitos no chão, onde todas as internas (incluindo grávidas em fase final) precisam ficar de “cócoras” para realizarem suas necessidades. (QUEIROZ, 2015, p. 74)

O livro revela ainda que itens básicos de higiene pessoal, como absorventes, xampu e sabonete são tão escassos que são utilizados como moeda de troca entre as internas. Escancarando o famoso e polêmico caso das mulheres que precisaram utilizar miolo de pão como absorvente interno e de uma presa que recolhia papel de jornal que era jogado ao chão para poder utilizar como papel higiênico, já que elas recebem no máximo dois rolos por mês. (QUEIROZ, 2015, p. 46). A constatação degradante da ausência até mesmo de provisão de absorventes de maneira satisfatória pelo Estado, levando as mulheres a utilizarem miolo de pão amassado, que subtraem de suas refeições (por vezes já parcas), para lidar

com o fluxo sanguíneo menstrual foi recentemente confirmada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ, 2018).

No que concerne à saúde das gestantes, tal como já anunciado em tópico anterior, é ainda mais deplorável visto que, além da falta de acompanhamento pré-natal, após o parto as presas retornam às mesmas celas de pouca higienização, muitas vezes com pontos ainda não cicatrizados, causando infecções severas, que são tardiamente tratadas (QUEIROZ, 2015, p. 43).

É urgente e necessário, pois, que a Administração Pública se concentre em olhar as penitenciárias femininas com maior atenção às suas especificidades, para que além de contratação de mais profissionais da área da saúde, como médicos, dentistas e psicólogos, as mulheres encarceradas sejam reconhecidas como mulheres, para que haja o mínimo necessário para sua sobrevivência em condições humanas, sem nenhuma violação a seus direitos reconhecidos por lei.

6. Conclusão

A análise crítica acerca do cotidiano das mulheres encarceradas no sistema prisional brasileiro, à luz dos mais recentes dados estatísticos fornecidos pelo Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN), divulgado pelo Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN) em 08/12/2017, permite a dura constatação de que a falência do sistema prisional conquanto seja “ruim para eles”, é seguramente “pior para elas”.

Verificou-se que as estruturas prisionais foram originalmente pensadas para atender as demandas masculinas, de sorte que a ocupação das mulheres nos complexos penitenciários se deu na maior parte não por meio de construções voltadas às peculiaridades femininas, mas, em verdade, mediante adaptações pouco funcionais e incapazes de assegurar a dignidade feminina.

A mulher, ainda que inserida no contexto de privação de liberdade, não deixa de apresentar uma série de particularidades que

se relacionam às suas próprias condições biogenéticas, tais como os ciclos menstruais; o período gestacional; a fase puerperal e de lactação, entre outras. Ocorre que tais especificidades exigem, por consequência, um mecanismo de atuação distinto daqueles conferidos aos presos homens, posto que estes, pela própria natureza, não têm necessidade de acompanhamento ginecológico, exames pré-natal, cuidados pós-parto e proximidade física com a prole.

Contudo, sob estes aspectos particulares, em que pese a existência de diversos tratados e documentos internacionais, bem como a vasta legislação pátria visando a salvaguarda da dignidade feminina, certo é que, na prática, os direitos humanos e fundamentais das mulheres encarceradas, especialmente as gestantes e mães, são duramente negligenciados, de modo que estas são abandonadas a própria sorte, sem cuidados médicos ou fornecimento de materiais suficientes para a higienização, submetendo-se a péssimas condições de saneamento e sendo obrigadas a se afastar precocemente dos filhos por ausência de local berçários ou locais equivalentes.

Há para estas, é evidente violação corporal, psicológica e moral. O abandono psicológico a que são submetidas é agravado tanto pelo número inexpressivo de presídios femininos, o que as obriga a cumprirem pena em estabelecimentos distantes geograficamente da terra natal quanto pelos critérios rígidos estabelecidos para visitação íntima.

Vê-se, pois, que o descaso estatal no que se refere à correta destinação dos recursos financeiros, somado à expressiva imposição de prisões provisórias e à constante negação da possibilidade de prisão domiciliar faz com que as mulheres encarceradas se submetam a uma dupla penalização, porquanto são obrigadas a suportar além da justa restrição da liberdade em decorrência da prática delitiva, também constantes e inadmissíveis violações à integridade física e psicológica, situações estas que acabam, em última análise, por privar-lhes do que tem de mais precioso: a dignidade feminina.

7. Referências

BARCINSKI, Mariana; BRASIL, Maria Valentim; CÚNICO, Sabrina Daiana. **A maternidade no contexto do cárcere: uma revisão sistemática**. 2015. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revispsi/article/view/17656/13053>>. Acesso em 03 nov. 2018.

BRAGA, Ana Gabriela Mendes. **Entre a soberania da lei e o chão da prisão: a maternidade encarcerada**. Revista direito GV São Paulo, v. 22. p 523-546 - jul./dez. 2015. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v11n2/1808-2432-rdgv-11-2-0523.pdf>>. Acesso em 03 nov. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 347** - Distrito Federal. Relator: Ministro Marco Aurélio. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 27 agosto de 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&s1=347&processo=347>>. Acesso em 08 nov. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **HC coletivo nº 143.641/SP**, Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 22 fevereiro de 2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%028143641%02ENUME%02E+OU+143641%02EACMS%02E%029&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ycw5wo24>>. Acesso em 08 nov. 2018.

_____. **Código Penal (1890)**. Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890. Revogado pelo Decreto nº 11, de 18 de janeiro de 1991. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d847.htm>. Acesso em 08 nov. 2018.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Brasil tem 622 grávidas ou lactantes em presídios**. Publicação em 25/01/2018. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/86062-brasil-tem-622-gravidas-ou-lactantes-em-presidios>>. Acesso em: 04 nov.2018.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Regras de Bangkok: Regras das Nações Unidas para o Tratamento de Mulheres Presas e Medidas Não Privativas de Liberdade para Mulheres Infratoras**. 1ª ed. Brasília. Conselho Nacional de Justiça, 2016-B. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/27fa43cd9998bf5b43aa2cb3e0f53c44.pdf>>. Acesso em: 04 nov.2018.

. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984.** Institui a Lei de Execução Penal. Diário Oficial da União, Atos do Poder Legislativo, Seção 1 - 13/7/1984, Página 10227. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm>. Acesso em 08 nov. 2018.

. **Lei nº 11.942, de 28 de maio de 2009.** Dá nova redação aos arts. 14, 83 e 89 da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 – Lei de Execução Penal, para assegurar às mães presas e aos recém-nascidos condições mínimas de assistência. Diário Oficial da União, Atos do Poder Legislativo, Seção 1, 29/05/2009, Página 1. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2009/lei-11942-28-maio-2009-588524-publicacaooriginal-113114-pl.html>>. Acesso em: 04 nov.2018.

. **Lei nº 13.257, de 08 de março de 2016.** Dispõe sobre as políticas públicas para a primeira infância e altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, a Lei nº 11.770, de 9 de setembro de 2008, e a Lei nº 12.662, de 5 de junho de 2012. Diário Oficial da União, Atos do Poder Legislativo, Seção 1, 09/03/2016, Página 1. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2015-2018/2016/Lei/L13257.htm>. Acesso em: 04 nov.2018.

. **Lei 13.434, de 12 de abril de 2017.** Acrescenta parágrafo único ao art. 292 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), para vedar o uso de algemas em mulheres grávidas durante o parto e em mulheres durante a fase de puerpério imediato. Diário Oficial da União, Atos do Poder Legislativo, Seção 1, 13/04/2017, Página 1. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2017/lei-13434-12-abril-2017-784610-publicacaooriginal-152355-pl.html>>. Acesso em: 04 nov.2018.

. Presidência da República. Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres. **Grupo de Trabalho Interministerial. Reorganização e Reformulação do Sistema Prisional Feminino.** Brasília: Presidência da República, 2007, p. 27. Disponível em: <http://carceraria.org.br/wp-content/uploads/2012/09/RELATORIO_FINAL_-_vers%C3%A3o_07-20031.pdf>. Acesso em: 04 nov.2018.

BRASILEIRO, Renato. **Manual de Direito Processual Penal**. 4ª ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

CARVALHO FILHO, Luiz Francisco. **A prisão**. São Paulo: Publifolha, 2002.

CASTRO, Regina. **Nascer nas prisões: A gestação e parto atrás das grades no Brasil**. In: FUNDAÇÃO Oswaldo Cruz – Uma Instituição a serviço da vida. 05.06.2017. Disponível em: <<https://portal.fiocruz.br/pt-br/content/nascer-nas-prisoes-gestacao-e-parto-atras-das-grades-no-brasil>>. Acesso em: 04 nov.2018.

CERNEKA, Heidi Ann. **Homens que menstruam: considerações acerca do sistema prisional às especificidades da mulher**. Disponível em <<http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/6/5>>. Acesso em 08 nov. 2018.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, **Convenção Americana de Direitos Humanos** (“Pacto de San José de Costa Rica”), 1969. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em 08 nov. 2018.

FRANÇA, Marlene Helena de Oliveira. **Criminalidade e prisão feminina: uma análise da questão de gênero**. Revista Ártemis, Vol. XVIII nº 1; jul-dez, 2014. pp. 212-227 Disponível em: <<http://periodicos.ufpb.br/index.php/artemis/article/viewFile/22547/12510>>. Acesso em 03 nov. 2018.

FREITAS, Cláudia Regina Miranda. **O cárcere feminino: do surgimento às recentes modificações introduzidas pela Lei de Execução Penal**. Disponível em: <http://revistapensar.com.br/direito/pasta_upload/artigos/a187.pdf>. Acesso em 08 nov. 2018.

GALVÃO, Mayara Camila Barbosa; DAVIM, Rejane Marie Barbosa. **Ausência de Assistência a gestante em situação de cárcere penitenciário**. 2013. Disponível em: < <http://revistas.ufpr.br/cogitare/article/view/33554>>. Acesso em: 08 nov. 2018.

GUIMARÃES, Mariana Costa. **A problemática da visita íntima no cárcere feminino**. 2015. Dissertação (Pós graduação em Direitos Humanos) Universidade Federal de Goiás, p. 103. Disponível em: <https://ppgidh.ndh.ufg.br/up/788/o/Disserta%C3%A7%C3%A3o_Mariana_Costa_Guimar%C3%A3es_pdf.pdf>. Acesso em: 04 out. 2018.

INFOPEN. **Levantamento nacional de informações penitenciárias**. Junho de 2016. Organização: Thandara Santos; colaboração: Marlene Inês da Rosa [et al]. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2017. Disponível em: <http://emporiiodireito.com.br/uploads/filemanager/source/relatorio_2016_23-11.pdf>. Acesso em 08 nov. 2018.

INFOPEN MULHERES. **Levantamento nacional de informações penitenciárias**. 2ª edição. Maio de 2018. Organização: Thandara Santos; colaboração: Marlene Inês da Rosa [et al]. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2018. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/infopen_mulheres_arte_07-03-18.pdf>. Acesso em 08 nov. 2018.

HORST, Juliana de Oliveira. **Mulheres e outras drogas: o efeito do proibicionismo nas prisões femininas**. Dissertação de monografia do Curso de Direito – Universidade Federal do Paraná, Curitiba 2015. Disponível em <<http://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/42079>>. Acesso em 08 nov. 2018.

NAÇÕES UNIDAS, Assembleia Geral da ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. "Nações Unidas", Resolução 217 (III) A, 1948, Paris. Disponível em: <https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf>. Acesso em: 02 out. 2018.

OLIVEIRA de, Magali Gláucia Fávaro; SANTOS dos, André Filipe Pereira Reid. **Desigualdade de gênero no sistema prisional: considerações acerca das barreiras a realizações de visitas e visitas íntimas às mulheres encarceradas**. 2016, p. 9. Disponível em: <<http://www.seer.ufu.br/index.php/neguem/article/view/15095>>. Acesso em: 04 out. 2018.

QUEIROZ, Nana. **Presos que menstruam – A brutal da vida das mulheres tratadas como homens nas prisões brasileiras**. 1ª ed. Rio de Janeiro. Record, 2015.

SOARES, B. M.; ILGENFRITZ, I.; **Prisioneiras: Vida e violência atrás das grades**. Rio de janeiro: Garamond, 2002.

VARELLA, Dráuzio. **Prisioneiras**. 1ª ed. São Paulo. Companhia das Letras, 2017.

A dignidade humana da mulher gestante e da parturiente no sistema penitenciário

Natalia Cristina de Andrade Guolo Carta Winter¹

Vitor Rodriguez Fidalgo²

1. Introdução

Nos tempos atuais, existe uma imensidão de violações aos Direitos Humanos dos presos no Sistema Penitenciário do Brasil, em especial às presas grávidas e parturientes, as quais fazem parte do tema do presente artigo. Isto pois, existe certa carência quanto à proteção dos direitos fundamentais concedidos às carcerárias privadas de liberdade, e este fato, grande parte das vezes, é justificado pela natureza punitiva da pena imposta às condenadas. Contudo, algumas mulheres estão presas provisoriamente, ainda aguardando julgamento, e mesmo assim seus direitos básicos são violados.

A Organização das Nações Unidas tem como Estado-Membro o Brasil, e, desta forma, o país está sujeito a aprimorar o respeito aos Direitos Humanos de maneira universal.

¹ Bacharela em Direito pelo Centro Universitário Curitiba. Pós-graduanda em Ciências Forenses e Perícia Criminal pelo Instituto Equilibra. Advogada. E-mail: nataliawinter1@gmail.com.

² Graduando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Pesquisador do Programa Institucional de Bolsa de Iniciação Científica pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (Bolsista CNPQ). Ex-Monitor no Curso Prático do Tribunal do Júri pelo Centro Europeu (Bolsista Integral). Membro do Grupo de Estudos “Proteção Dos Vulneráveis E Estado Democrático De Direito Análise Da Lei Maria Da Penha, Estatuto Da Criança E Do Adolescente, Estatuto Do Deficiente E Estatuto Do Idoso” pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. E-mail: vitor.fidalgo@hotmail.com

No decorrer das décadas, ocorreram várias transformações no ordenamento jurídico brasileiro, cada uma com a finalidade de assegurar os direitos próprios ao indivíduo, como ser humano. Em julho de 1984, foi criada a Lei de Execução Penal (LEP), tendo como um de seus propósitos assegurar os direitos humanos fundamentais para a pessoa humana do condenado no sistema penitenciário do país. Além da criação da LEP, em 1988, promulgou-se a Constituição Federal Brasileira vigente, e nela foram criados princípios, garantias e direitos fundamentais relacionados à pessoa humana. Dentre tais regalias, pode-se evidenciar o direito à saúde, referente à assistência das necessidades das presas gestantes e parturientes que se encontram na fase de cumprimento da pena privativa de liberdade.

Entretanto, por mais que existam na legislação tais garantias e direitos básicos à pessoa do preso, a realidade no mundo exterior é bem diferente, havendo diversas violações ilegais.

O presente artigo se encarregará de demonstrar algumas dessas violações, a partir de relatos de presas, bem como dados oficiais e jurisprudências. Para tanto, primeiramente será necessário fazer um breve histórico dos direitos humanos, compreender seu conceito, suas características, assim como sua importância, e por fim, analisar brevemente a legislação, doutrina e jurisprudência, as quais possuem um vasto rol de garantias e direitos fundamentais das mulheres presas e parturientes.

1. Direitos Humanos no ordenamento jurídico brasileiro

1.1 Breve histórico

Os chamados Direitos Humanos são resultados concebidos a partir do desenvolvimento da sociedade. Com base nesta afirmação, é seguro dizer que a procura pela demarcação do poder político do Estado foi o símbolo decisivo para o acatamento da existência de tais

direitos, que representam o conjunto de valores, normas e atos que proporcionam a todos os indivíduos uma vida decente.

A primeira aparição dos Direitos Humanos na história da humanidade ocorreu em 539 a.C., quando houve a declaração de liberdade de escravos, entre outros direitos de igualdade humana, por Ciro, rei da Pérsia. Tais direitos foram registrados em um cilindro de barro, denominado Cilindro de Ciro.

Outra aparição importante foi na Magna Carta de 1215, a qual legitimou os Direitos Humanos. Contudo, foram reconhecidos como “direitos e liberdades” assegurados principalmente a certas classes de poder: o clero e a nobreza. Foi proporcionado a tais classes direitos de propriedade privada, o princípio do devido processo legal, o direito à liberdade, bem como à livre entrada e saída do país.

Ainda, durante o século XVII, três documentos ingleses foram significativos a respeito dos Direitos Humanos: a *Petition of Rights*, de 1628; o *Habeas Corpus Amendment Act*, de 1679; e o *Bill of Rights*, de 1689.

Em 16 de junho de 1776, foi criada a Declaração de Direitos da Virgínia, a qual, de acordo com o jurista Fábio Konder Comparato, foi a declaração inaugural na Idade Moderna acerca dos Direitos Humanos: “[...] constitui o registro de nascimento dos direitos humanos na História. É o reconhecimento solene de que todos os homens são igualmente vocacionados, pela sua própria natureza, ao aperfeiçoamento constante de si mesmos.” Tal declaração certificou a designação do poder à população, o direito à igualdade, à proteção da liberdade, entre outros direitos.

A Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, proclamada em 4 de julho de 1776, também foi um documento de grande significância histórica. Para tanto, o autor supramencionado explica tal importância: “[...] é o primeiro documento político que reconhece, a par da legitimidade da soberania popular, a existência de direitos inerentes a todo ser

humano, independentemente das diferenças de sexo, raça, religião, cultura ou posição social. [...].”

Além disso, em 26 de agosto de 1789, criou-se a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, a qual legitimou regulamentar os Direitos Humanos. Tal documento adveio da busca pela igualdade e liberdade dos indivíduos durante a Revolução Francesa, fundados em convicções de filósofos e iluministas, como, por exemplo, Montesquieu, Locke e Rousseau.

Igualmente, a fundação da Organização das Nações Unidas (ONU) em 1945 integra a história do desenvolvimento dos direitos humanos. Esta organização é essencial, uma vez que um de seus propósitos é cooperar para assegurar a dignidade de toda a população, bem como para minorar as desigualdades internacionais. Posteriormente, em 1948 a ONU autorizou a constituição da chamada Declaração Universal dos Direitos Humanos, pela Assembleia Geral das Nações Unidas.

Neste sentido, o autor David Fernandes Augusto destaca a relevância do documento citado anteriormente: *“A Declaração dá realce aos direitos fundamentais, na demonstração da dignidade dos direitos do homem e da mulher, com o fim de criar um clima de paz, harmonia e colaboração não só nos lares como em todos ambientes da interação humana.”* Ainda, o filósofo Norberto Bobbio salienta que: *“A Declaração Universal representa a consciência histórica que a humanidade tem dos próprios valores fundamentais na segunda metade do século XX. É uma síntese do passado e uma inspiração para o futuro [...].”*

Além dos documentos importantes já citados, é imprescindível destacar que ao decorrer dos séculos, originaram-se inúmeras Declarações, Pactos e Convenções, as quais são tanto internacionais como regionais, a respeito dos Direitos Humanos.

Isto posto, os Direitos Humanos sobrevieram como consequência da união de diversos elementos, desde as tradições dos povos até a ligação das concepções filosóficas, jurídicas, do direito natural, entre outras.

1.2 Conceito

A definição de Direitos Humanos, até então, é variável na doutrina brasileira. Há diversas denominações atinentes a tais Direitos, como, por exemplo: direitos individuais, direitos humanos fundamentais, direitos subjetivos públicos, direitos naturais, direitos do homem.

O autor João Baptista Herkenhoff interpretou os direitos humanos como: *“Por direitos humanos ou direitos do homem são, modernamente, entendidos aqueles direitos fundamentais que o homem possui pelo fato de ser homem, por sua própria natureza humana, pela dignidade que a ela é inerente. São direitos que não resultam de uma concessão da sociedade política. Pelo contrário, são direitos que a sociedade política tem o dever de consagrar e garantir.”*

Ainda, existem juristas que sustentam que os Direitos Humanos divergem dos Direitos Fundamentais, como, por exemplo, Fábio Comparato. O primeiro encontra-se conexo com documentos internacionais, enquanto o segundo seria os direitos admitidos e concretizados na esfera nacional, no contexto do direito constitucional e não do direito internacional.

Não obstante a distinção realizada entre Direitos Humanos e Direitos Fundamentais no tocante à sua aplicação, a essência destes seria basicamente a mesma. De acordo com a Organização das Nações Unidas (ONU), isto revela que seriam direitos intrínsecos a todo indivíduo, resultantes da dignidade da pessoa humana e que representam uma moderação das ações e omissões do Estado que possam colocar em risco a dignidade humana, bem como nos vínculos dos seres humanos, até mesmo nas relações de trabalho.

Em suma, direitos humanos são os todos os direitos atinentes à prerrogativa de uma vida decente e honesta a todos os indivíduos que vivem neste planeta, sem nenhum tipo de discriminação de cor, religião, nacionalidade, gênero, orientação sexual ou política.

1.3 Características

Os Direitos Humanos são caracterizados essencialmente pela universalidade, indivisibilidade, interdependência, irrenunciabilidade, inalienabilidade e imprescritibilidade. Explica-se.

Os Direitos Humanos são universais, pois são pertinentes a todas as pessoas. O fato de ser indivíduo já estabelece o pressuposto para dispor da sua titularidade, sem discriminação de religião, etnia, opção sexual ou classe social pertencente. O artigo 5º da Declaração de Viena, constituída em 1993, expressa nitidamente as características dos Direitos Humanos, demonstrando a sua peculiaridade universal. Na segunda parte do mencionado artigo, visualiza-se que a pluralidade de culturas não pode se valer de empecilho para a salvaguarda dos Direitos Humanos, conforme se verifica:

“Art. 5º. Todos os Direitos do homem são universais, indivisíveis, interdependentes e interrelacionados. A comunidade internacional tem de considerar globalmente os Direitos do homem, de forma justa e equitativa e com igual ênfase. Embora se devam ter sempre presente o significado das especificidades nacionais e regionais e os antecedentes históricos, culturais e religiosos, compete aos Estados, independentemente dos seus sistemas político, econômico e cultural, promover e proteger todos os Direitos do homem e liberdades fundamentais”.

São indivisíveis e interdependentes, pois a Declaração Universal de 1948 estabeleceu a totalidade dos direitos, e a ofensa de qualquer direito, seja civil, social, econômico, cultural ou político, provoca a ofensa dos restantes. Portanto, a proteção de um determinado direito é requisito para a observância dos demais.

Ainda, vale ressaltar que a dignidade humana é indivisível, e, com base na indivisibilidade e interdependência, busca-se impulsioná-la e garanti-la, uma vez que a sua aplicabilidade total só acontece se possuir a observância do conjunto de todos os direitos.

Por fim, são irrenunciáveis, inalienáveis e imprescritíveis. Irrenunciáveis, pois quer dizer que os direitos humanos não podem passar pela chamada renúncia, ou seja, os titulares não podem abdicar dos direitos supracitados uma vez que estes são fundamentais a todos os indivíduos, e, conseqüentemente, se caracterizam como direitos personalíssimos. Outrossim, os Direitos Humanos são inalienáveis, pois não é admissível transferi-los através de título gratuito ou oneroso. Por não possuírem caráter patrimonial, não é viável usufruir destes direitos. E, por fim, imprescritível, dado que a inaplicabilidade de determinado direito não comina a sua perda. Isto pois, tais direitos são inerentes ao indivíduo, e, por conseguinte, subsistem no decorrer de sua vida, desde o nascimento até a morte, porquanto são direitos extrapatrimoniais.

1.4 Importância

Posteriormente à averiguação da evolução e as características dos Direitos Humanos é possível certificar a sua imensurável relevância. De acordo com autora Flávia Piovesan, os Direitos Humanos são essenciais para a democracia: *“Não há direitos humanos sem democracia, nem tampouco democracia sem direitos humanos. Vale dizer, o regime mais compatível com a proteção dos direitos humanos é o regime democrático”*.

Os Direitos Humanos são de extrema importância para todos os indivíduos sem discriminação de etnia, opção sexual, sexo ou nível econômico-social, tendo em vista que recaem abundantemente em quaisquer vínculos que se manifestam em uma determinada sociedade, como, por exemplo, nas relações entre indivíduo e Estado ou entre os próprios indivíduos. A reconhecimento de tais direitos em um Estado concretiza a delimitação dos governantes, proporcionando às pessoas o cumprimento de suas atividades por unanimidade, respeitando a dignidade da pessoa humana.

Neste sentido, o presente artigo tem como cerne a dignidade humana das mulheres presas que se encontram em estado de

gravidez, e as que já são parturientes. A fim de proceder a análise desta questão, é de suma importância compreender a incidência dos direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro, em especial no âmbito do Direito Penal e Processual Penal, com foco na Execução Penal.

2. Análise doutrinária, jurisprudencial e legal do cumprimento da pena das mulheres grávidas e parturientes

2.1. Constituição federal e direitos fundamentais

Antes de analisar a Lei de Execução Penal Brasileira, se faz necessário apontar alguns dos direitos humanos inseridos no ordenamento jurídico brasileiro, especificando os direitos fundamentais relacionados ao Direito Penal e Processo Penal, sendo que estes princípios constitucionais têm conteúdo de cláusulas pétreas. Neste sentido, cabe mencionar alguns dos direitos e garantias fundamentais do artigo 5º da Constituição Federal, em especial os seguintes incisos:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes;

XLVIII - a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado;

XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral;

L - às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação;

O caput do artigo 5º é responsável pela origem do Princípio da Igualdade, o qual dá ampla proteção da pessoa humana de forma geral, independente de qualquer questão particular de cada

indivíduo, reconhecendo que cada situação deve ser analisada de forma específica, tendo em vista que fatos desiguais devem ser tratados de forma desigual. Neste sentido, José Afonso da Silva entende que:

A igualdade perante o Juiz decorre, pois, da igualdade perante a lei, como garantia constitucional indissolavelmente ligada à democracia. O princípio da igualdade jurisdicional ou perante o juiz apresenta-se, portanto, sob dois prismas: (1) como interdição ao juiz de fazer distinção entre situações iguais, ao aplicar a lei; (2) como interdição ao legislador de editar leis que possibilitem tratamento desigual a situações iguais ou tratamento igual a situações desiguais por parte da Justiça.

O inciso XLVI da CF versa sobre o princípio da individualização da pena, este obriga o magistrado, a analisar o crime de forma individual, de acordo com a lei, com as situações específicas do caso, da personalidade do agente e o meio de execução, cabendo ao juiz da causa utilizar de seu juízo de valor a fim de determinar a pena do acusado da forma mais justa possível desde que de forma fundamentada, conforme se verifica na súmula 719 do Supremo Tribunal Federal: “A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.”

Ainda, os incisos XLVIII, XLIX e L da Constituição Federal, buscam respeitar o princípio da igualdade e da individualização da pena, determinando que a pena sentenciada seja cumprida em estabelecimento condizente com as questões pessoais, físicas e morais do apenado. Cabe salientar que as questões referentes ao procedimento da execução de pena se darão por lei específica, a qual será estudada a seguir, dando especial atenção as condenadas gestantes e parturientes.

2.2. Lei de Execução Penal

A Lei 7.210 de julho de 1984 instituiu os direitos e procedimentos corretos para a execução da pena no Brasil. Conhecida como LEP, a lei tem como objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado, conforme dita em seu art. 1º.

Ainda, o artigo 3º dita que, *“Ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei”*. Desta forma, fica explicitado que, mesmo no caso de omissão na fase judicial, ou então alguma lacuna no ordenamento, serão assegurados os direitos básicos do condenado, prezando assim pela individualização da execução penal, sem distinção de qualquer natureza, seja ela racial, social, religiosa ou política.

Neste sentido, a Lei de Execução Penal estipula que o Estado é o responsável pela assistência do preso e do apenado, tendo como objetivo central a garantia do exercício livre dos direitos fundamentais acima expostos, bem como a ressocialização do detento na sociedade, conforme dita o artigo 10 e 11 da LEP:

Art. 10. A assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade.

Parágrafo único. A assistência estende-se ao egresso.

Art. 11. A assistência será:

I - material;

II - à saúde;

III - jurídica;

IV - educacional;

V - social;

VI - religiosa.

Esta lei, a fim de assegurar os direitos humanos básicos para a existência humana do condenado no sistema penitenciário, estipula condições mínimas para o recolhimento do detento no

cárcere, tais como a obrigação do alojamento em cela individual, em ambiente salubre, com dormitório, aparelho sanitário e lavatório com área mínima de 6,00 m².

Todavia, cabe salientar que foi apenas em 2009, com a publicação da lei 11.942/09, que o tratamento diferencial das presidiárias gestantes e parturientes - direito fundamental assegurado no inciso L da Constituição Federal - foi regulamentado, conforme se verifica no art. 14, §3º e 89 da LEP:

Art. 14. A assistência à saúde do preso e do internado de caráter preventivo e curativo, compreenderá atendimento médico, farmacêutico e odontológico.

§ 1º (Vetado).

§ 2º Quando o estabelecimento penal não estiver aparelhado para prover a assistência médica necessária, esta será prestada em outro local, mediante autorização da direção do estabelecimento.

§ 3º Será assegurado acompanhamento médico à mulher, principalmente no pré-natal e no pós-parto, extensivo ao recém-nascido. (Incluído pela Lei nº 11.942, de 2009)

Art. 89. Além dos requisitos referidos no art. 88, a penitenciária de mulheres será dotada de seção para gestante e parturiente e de creche para abrigar crianças maiores de 6 (seis) meses e menores de 7 (sete) anos, com a finalidade de assistir a criança desamparada cuja responsável estiver presa. (Redação dada pela Lei nº 11.942, de 2009)

Parágrafo único. São requisitos básicos da seção e da creche referidas neste artigo: (Incluído pela Lei nº 11.942, de 2009)

I - atendimento por pessoal qualificado, de acordo com as diretrizes adotadas pela legislação educacional e em unidades autônomas; e (Incluído pela Lei nº 11.942, de 2009)

II - horário de funcionamento que garanta a melhor assistência à criança e à sua responsável. (Incluído pela Lei nº 11.942, de 2009)

Acontece que, apesar do extremo cuidado e zelo legislativo na garantia dos direitos humanos dos condenados e do internado, a ineficácia da lei e a violação dos direitos fundamentais, em

especial das gestantes e das parturientes, é típica dentro do sistema carcerário conforme se demonstrará a seguir.

3. A violação dos Direitos Humanos das carcerárias grávidas e parturientes (2 páginas) (dados de pesquisa)

O Brasil é o 3º país com maior taxa de população prisional para cada 100.000 habitantes, de acordo com o estudo divulgado pela Diretoria de Análise de Políticas Públicas da Fundação Getúlio Vargas, este índice chega a 40,6 em 2016, isso decorre do aumento de 567% da população carcerária feminina entre 2000 e 2016, totalizando 42.355 mulheres no sistema penitenciário brasileiro. (<https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/brasil/2018/11/07/interna-brasil,718057/populacao-carceraria-feminina-no-brasil-e-uma-das-maiores-do-mundo.shtml>)

Ainda, a FGV divulgou informações quanto ao estabelecimento de cumprimento de pena das mulheres, o qual: “se dá muitas vezes em presídios mistos, em que há presos e presas. Segundo a pesquisa, entre as penitenciárias brasileiras, 17% são mistas e 7% são exclusivamente femininas.”

Os dados acima demonstram violação direta ao princípio da igualdade e individualização da pena, tendo em vista que, na maior parte dos casos não há diferenciação no cumprimento da pena entre homens e mulheres, os dados preocupam ainda mais nos casos do tratamento especial para as presidiárias assegurado pelo inciso L do art. 5º da CF, conforme se segue:

As prisões mistas também possuem menos berçários e/ou centros de referências para mulheres (3%) que as específicas (32%). Quando avaliada a existência de creche, as prisões mistas declararam não ter, e as femininas tinham em 5% dos casos. O percentual é considerado baixo, uma vez que 64% das mulheres encarceradas possuem ao menos um filho.

Neste sentido é evidente que, apesar da larga e extensiva garantia legislativa os dados oficiais demonstram um total desrespeito com os presos, em especial com as carcerárias gestantes e parturientes, conforme se verifica nos depoimentos coletados pela Pastoral Carcerária em junho de 2018:

“Não tem assistência médica aqui. Me cortei e fiquei dois meses com a ferida aberta, sem dar ponto, sem remédio. O atendimento médico aqui é uma vez por semana, e duas presas são atendidas. Quando eu fui atendida, disseram que não tinha mais o que fazer, tive que esperar a ferida cicatrizar sozinha. O único remédio que nos dão são para dormir e para a ansiedade, todo dia recebemos um copo de plástico com Amytril, Neozine e Rivotril.” – **(Presas do sistema carcerário)**

“Aqui não é um lugar onde deveria ficar gestantes. Médicos e enfermeiros daqui não tem conhecimento com gestante. Quando temos alguma emergência médica, temos que ser escoltadas pela PM, e a PM alega que não tem ninguém para fazer a escolta. Minha prisão domiciliar foi negada. Fiquei oito meses esperando minha audiência, e no dia não pude ir porque não teve escolta. Na maioria das vezes que somos escoltadas, vamos algemadas”. **(Presas do sistema carcerário)**.

Ainda, a defensora pública Máira Coraci Diniz expõe que para algumas mães presas a separação com a criança é ainda mais difícil do que a própria prisão, mesmo as carcerárias sabendo que este seria o procedimento estabelecido no artigo 89 da LEP, conforme se verifica a seguir:

"Deu seis meses, se procura uma família extensa, uma vó, uma tia, ou o próprio pai, que vem buscar essa criança, retira ela da mãe, e a mãe continua presa. Tem mulheres, em entrevistas que eu fiz com mães presas, que falam que essa separação é pior que a própria prisão, no dia da prisão", diz a defensora pública Máira Coraci Diniz.

Conforme já demonstrado, de fato a legislação busca a garantia dos direitos humanos dos condenados e do internado da

forma mais correta possível, todavia a ineficácia da lei e a violação dos direitos fundamentais também são fatos, tanto que a violação é reconhecida pelo próprio Supremo Tribunal Federal, nas palavras do Ministro Marco Aurélio em decisão da ADPF 347 MC, conforme se segue:

Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como "estado de coisas inconstitucional". (...) Ante a situação precária das penitenciárias, o interesse público direciona à liberação das verbas do Fundo Penitenciário Nacional. (ADPF 347 MC, rel. min. Marco Aurélio, j. 9-9-2015, P, DJE de 19-2-2016).

Além do reconhecimento da “*violação massiva e persistente de direitos fundamentais*” feito pelo ministro, o próprio legislativo também verifica tais falhas, uma vez que sancionou a Lei 11.943/2009, responsável pela nova redação que determina a forma de assegurar a garantia dos direitos humanos, bem como as alterações realizadas pela Lei 13.434/2017, a qual inclui o parágrafo único do artigo 292 do Código de Processo Penal, nos termos a seguir:

Art. 292. Se houver, ainda que por parte de terceiros, resistência à prisão em flagrante ou à determinada por autoridade competente, o executor e as pessoas que o auxiliarem poderão usar dos meios necessários para defender-se ou para vencer a resistência, do que tudo se lavrará auto subscrito também por duas testemunhas.

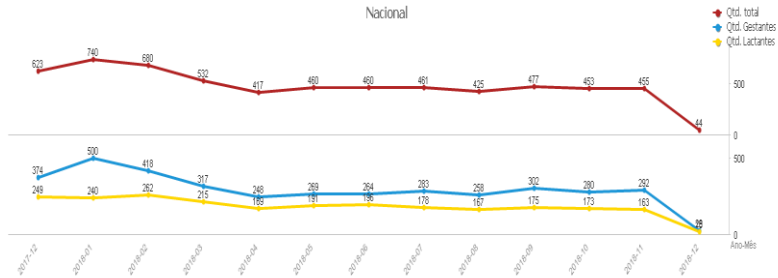
Parágrafo único. É vedado o uso de algemas em mulheres grávidas durante os atos médico-hospitalares preparatórios para a realização do parto e durante o trabalho de parto, bem como em mulheres durante o período de puerpério imediato.

Ainda, com relação às garantias fundamentais, as quais o Estado tem obrigação de assistir o preso, conforme dita o artigo 10 da LEP, a pesquisadora Maria do Carmo Leal, coordenadora da pesquisa “Nascer na Prisão”, feita pela Fundação Oswaldo Cruz, por encomenda do Ministério da Saúde, comenta sobre os dados oficiais do resultado de seu, como se segue:

“Alguns dados são impressionantes. Nada menos de 81% das entrevistadas foram presas quando já estavam grávidas. A grande maioria não está condenada, e sim aguardando julgamento. A maior parte delas foi presa por tráfico (68%), não raro por tentar levar drogas para o marido preso ou guardar droga do marido em casa. E 31% delas chefiavam a família fora da prisão. A maioria (83%) já tinha filho antes. É uma perversidade grande a prisão dessas mulheres”.

Quanto a problemática da grande maioria das novas carcerárias não se tratarem de condenados e sim estarem aguardando julgamento, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal concedeu “Habeas Corpus (HC 143641) coletivo para determinar a substituição da prisão preventiva por domiciliar de mulheres presas, em todo o território nacional, que sejam gestantes ou mães de crianças de até 12 anos ou de pessoas com deficiência, sem prejuízo da aplicação das medidas alternativas previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal (CPP).”

Cabe ressaltar que, apesar da violação dos direitos humanos na fase de execução da pena - sendo esta falha de responsabilidade do Poder Executivo -, o Judiciário busca através de decisões, uma forma de diminuição do número total de grávidas e lactantes inseridas no sistema penitenciário. Verifica-se que, em dezembro de 2017, haviam 374 grávidas e 249 lactantes registradas, contudo, em novembro de 2018 o número caiu para 292 grávidas e 163 lactantes registradas no Cadastro Nacional de Presas Grávidas ou lactantes do Conselho Nacional.



Fonte: Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Disponível em:

<https://paineis.cnj.jus.br/QvAJAZZfc/opendoc.htm?document=qvw_1%5Cpainelcnj.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true&sheet=shIGLMa>

4. Conclusão

Diante da retrospectiva histórica, conceitual e característica acerca dos Direitos Humanos, é possível perceber o quanto estes são importantes para o indivíduo. Contudo, mesmo com tal relevância, tais direitos são constantemente violados no mundo externo, devido a questões aquém do controle da legislação e da doutrina.

Em decorrência disso, a realidade legal dos condenados se encontra bem distante de sua realidade fática, a qual necessitam antes da criação de novas leis ou de decisões favoráveis, que a atual legislação seja cumprida a risca pelo Poder Executivo, tendo como objetivo final, o resguardo de seus direitos humanos em especial na fase de cumprimento da execução da pena.

Cabe salientar que, a questão primordial é a garantia dos direitos fundamentais no sistema penitenciário, em especial a garantia do mínimo para a existência humana, as carcerárias gestantes e parturientes, sendo assim, além das soluções acima expostas, existe a possibilidade da criação de políticas públicas como forma de tentativa de auxílio as presas.

6. Referências

- ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. **O Direito do Trabalho como Dimensão dos Direitos Humanos**. São Paulo: LTr, 2009, pág. 27.
- BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 8. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992, pág. 34.
- CARCERÁRIA. **Vozes Marcadas Pelo Cárcere: Depoimentos de Presos Sobre o Sistema Carcerário**. Disponível em: <<http://carceraria.org.br/combate-e-prevencao-a-tortura/vozes-marcadas-pelo-carcere-depoimentos-de-presos-sobre-o-sistema-carcerario>> Acessado em: 16/12/2018.
- COMPARATO. Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, pág. 80
- COMPARATO. Op. cit., nota 6, pág. 90-91.
- COMPARATO. Op. cit., pág. 49.
- COMPARATO. Op. cit., nota 6, pág. 103.
- CONFERÊNCIA MUNDIAL SOBRE DIREITOS DO HOMEM. **Declaração De Viena e Programa de Ação**, art. 50. Disponível em:..<<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/viena/viena.html>>. Acesso em: 12/12/2018.
- COSTA. Joice Martins da. **A evolução Histórica dos Direitos Humanos**. <https://jus.com.br/artigos/41048/a-evolucao-historica-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 12/12/2018
- FERNANDES, David Augusto. **Tribunal Penal Internacional: a concretização de um sonho**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pág. 18.
- GLOBO. **Detentas relatam a vida de gestante e o pós-parto em presídio de SP**. Disponível em: <<https://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/detentas-relatam-a-vida-de-gestante-e-o-pos-parto-em-presidio-de-sp.ghtml>> Acessado em 15/12/2018.

HERKENHOFF, João Baptista. Conceito de Direitos Humanos. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/herkenhoff/livro1/conceito.html>>. Acesso em: 12/12/2018.

LEAL, Maria do Carmo. **Nascer na prisão**: gestação e parto atrás das grades no Brasil. *Ciênc. saúde coletiva* [online]. 2016, vol.21, n.7, pp.2061-2070. ISSN 1413-8123. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/1413-81232015217.02592016>> Acessado em: 17/12/2018.

MORAES, Alexandre de. Direitos Humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 10 a 5a da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002, pág. 41

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Direitos Humanos. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/direitoshumanos>> Acesso em: 12/12/2018.

PIOVESAN, CARVALHO, L.P.V. de. (Org.). Direitos Humanos e Direito do Trabalho. São Paulo: Atlas, 2010, pág.7.

PIOVESAN. Op. cit., nota 26, pág. 10.

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA, CASA CIVIL. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm> Acessado em: 17/12/2018.

ROMITA, Arion Sayão. Direitos fundamentais nas relações de trabalho. 3. ed. São Paulo: LTr, 2009, pág. 56.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 1999, pág. 221.

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA, CASA CIVIL. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm> Acessado em: 17/12/2018.

Direitos Humanos e políticas públicas

Política de cotas em concursos públicos para pessoas com deficiência sob a ótica da isonomia

*Fernanda Huss Erzinger*¹

1.Introdução

A proteção e a aceitação das pessoas com deficiência são abordagens recentes. Durante muitos séculos, tais pessoas foram discriminadas. A experiência histórica, o enfoque filosófico e jurídico são indispensáveis na reflexão sobre o estigma que cerca a pessoa com deficiência.

Em 1988, a designação de pessoa portadora de deficiência foi introduzida no Brasil com a promulgação da Constituição da República. A partir de então, importantes leis foram editadas, as quais exprimem sobre os direitos das pessoas com deficiência. Embora a Constituição Federal (BRASIL, 1998) diga “pessoa portadora de deficiência”, atualmente a nomenclatura mais adequada é “pessoa com deficiência”, pois esta última expressão coloca em evidência a pessoa, tendo como base o princípio da dignidade da pessoa humana. Tal princípio se afigura como qualidade inerente ao humano, já que por sua própria condição de ser, a pessoa é detentora de dignidade.

O primeiro passo a ser dado é buscar a conscientização de que a pessoa com deficiência não é inferior a alguém sem

¹ Mestranda em Direito no Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR). Servidora pública no Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (TJ/PR). E-mail: fernandahuss@hotmail.com

deficiência, apenas busca a sua igualdade. Tal igualdade deve ser observada não só de modo jurídico, formal, mas também material.

Concluiu-se, então, que proibir a discriminação não era bastante para se ter a efetividade do princípio da igualdade jurídica. Passou-se a exigir do Estado ações afirmativas para reduzir as desigualdades, imputando-se ao princípio da isonomia um caráter material. É deduzível que a chamada “reserva de vagas”, conforme dispõe o art. 37, inciso VIII, da Constituição Federal (BRASIL, 1988), constitui ação afirmativa do Estado no atendimento aos valores constitucionais da igualdade e dignidade da pessoa humana, além de ser uma forma para dirimir a discriminação social e as barreiras existentes. Trata-se de alocar um determinado percentual de vagas para promover, sob condições especiais, a inserção das pessoas com deficiência na Administração. Aqui consiste o principal objetivo deste artigo, qual seja, compreender a reserva de vagas em concursos públicos para pessoas com deficiência sob a ótica da igualdade. Para tanto, foi utilizado o método dedutivo, por meio do levantamento bibliográfico e da análise legislativa, pois as leis infraconstitucionais regulamentadoras são de suma importância neste caso, já que delimitam o alcance, os requisitos e a forma de operacionalização.

2. Da pessoa com deficiência

Estima-se, a partir dos dados coletados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, no censo demográfico de 2010, que 45.606.048 de brasileiros, correspondente a 23,9% da população total, têm algum tipo de deficiência – visual, auditiva, motora e mental ou intelectual (IBGE, 2010).

2.1. Conceito de Pessoa Com Deficiência e Terminologia Adequada

Ao iniciar o presente estudo, tendo como objetivo delimitar claramente o sujeito da abordagem, é de suma importância

conceituar “pessoa com deficiência”. Por sua vez, convém salientar que não há unanimidade na doutrina. Ademais, nem sempre o termo “deficiente” tem significado idêntico para a Medicina e para o Direito. Este último está mais preocupado com as conotações sociais e culturais do problema do que com suas manifestações patológicas.

No entendimento de Danielle Marcial, Cinthia Robert e Elida Séguin, na obra “O Direito do Deficiente” (MARCIAL; ROBERT; SÉGUIN, 1999, p. 16):

Portador de deficiência é qualquer indivíduo que apresente uma limitação física e/ou mental, real ou imaginária, que o desvie do modelo-padrão fixado pelo grupo social a que pertence, dificultando sua vida emocional e social. As diferenças tornam-se barreiras que impedem a integração e o exercício da cidadania.

A Convenção Interamericana Para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Pessoas Portadoras de Deficiência, da Organização dos Estados Americanos, realizada na Guatemala, em 28 de maio de 1999 (OEA, 1999), e ratificada pelo Brasil pelo Decreto nº 3.956/2001 (BRASIL, 2001), resolveu adotar a seguinte definição para deficiência:

O termo "deficiência" significa uma restrição física, mental ou sensorial, de natureza permanente ou transitória, que limita a capacidade de exercer uma ou mais atividades essenciais da vida diária, causada ou agravada pelo ambiente econômico e social.

O Decreto 3.298/1999 (BRASIL, 1999) que regulamenta a Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989 (BRASIL, 1989), a qual dispõe sobre a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, além de consolidar as normas de proteção e dar outras providências, também conceitua deficiência no artigo 3º, inciso I:

Toda perda ou anormalidade de uma estrutura ou função psicológica, fisiológica ou anatômica que gere incapacidade para o

desempenho de atividade, dentro do padrão considerado normal para o ser humano.

A Lei nº 13.146, de 06 de julho de 2015, (BRASIL, 2015) conhecida como Estatuto da Pessoa com Deficiência ou Lei de Inclusão, oriunda da Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência (ONU, 2006), a qual foi assinada em Nova Iorque no ano de 2007 e internalizada no território brasileiro por meio do Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009 (BRASIL, 2009), sendo o primeiro documento de Direitos Humanos aprovado nos termos e pelo quórum estipulado no art. 5º, § 3º da Constituição Federal, adquirindo, portanto, status de emenda constitucional, esclarece no artigo 2ª quem é considerada pessoa com deficiência:

Art. 2º Considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

Todavia, partindo da ideia de Rosana Bervaldi Bevervanço (BEVERVANÇO, 2001, p. 9), é preciso cautela ao definir o que é deficiência para não acarretar exclusões ou injustiças. Não se deve usar expressões pouco científicas ou carregadas de conotação excludente, a exemplo de descapacitado, aleijado, débil mental, e assim por diante.

A expressão “pessoa com necessidades especiais” ou “portador de necessidades especiais” também não é uma terminologia adequada, já que é demasiadamente genérica e não distingue as deficiências em suas modalidades. Ao invés de aproximar a sociedade das deficiências, tal expressão dificulta ainda mais a difusão de informação e conhecimento sobre o assunto. Segundo Maria Aparecida Gugel (GUGEL, 2006, p. 33):

Alerta-se para o uso equivocado do termo “pessoa portadora de necessidades especiais”, próprio para a área da educação, introduzido pela Lei de Diretrizes e Bases da Educação (LDB), que designa não só as pessoas com deficiência mas, os superdotados, obesos, idosos, autistas, pessoas com distúrbio de atenção, emocionais e outros.

O uso do termo “portador” também vem sendo questionado. Embora ele ainda se encontre na legislação e em boa parte da literatura sobre o assunto, hoje há um certo consenso de que ele é impróprio. A deficiência não é algo que se carrega, não é um objeto que se porta durante certo tempo e depois se desfaz. A deficiência é parte constituinte do indivíduo. Logo, a pessoa não porta deficiência, ela a possui como parte integrante do seu próprio ser.

2.2. Contextualização Histórica

A proteção e a aceitação das pessoas com deficiência são abordagens recentes. Durante muitos séculos, tais pessoas foram consideradas “inválidas” e socialmente “inúteis”, ou seja, discriminadas. A experiência histórica, os enfoques filosófico e jurídico são indispensáveis na reflexão acerca do estigma que circunda a pessoa com deficiência. Para Otto Marques da Silva (SILVA, 1987, p. 21):

Anomalias físicas ou mentais, deformações congênitas, amputações traumáticas, doenças graves e de conseqüências incapacitantes, sejam elas de natureza transitória ou permanente, são tão antigas quanto a própria humanidade.

Consoante à crença judaico-cristã, Deus criou o homem à sua imagem e semelhança, sendo as pessoas com deficiência consideradas imperfeitas.

A história se encarrega de demonstrar a vitimização sofrida pelas pessoas com deficiência. Segundo Danielle Marcial, Cinthia Robert e Elida Séguin, em Esparta, cidade-estado da Grécia Antiga,

os neonatos com deformidades eram condenados à morte ao nascer. Em Atenas, outra cidade grega, também havia uma lei que determinava a morte das pessoas “inúteis” visando aumentar a chance de sobrevivência dos perfeitos. Platão, filósofo da Grécia Antiga, por sua vez, recomendava que os “defeituosos” se unissem às “defeituosas”. A Lei das XII Tábuas, antiga legislação que está na origem do direito romano, determinava que o filho nascido monstruoso fosse morto imediatamente. A Pena de Talião, utilizada pelo povo hebreu e babilônio, retribuía a mutilação àquele que a provocou em outrem. O Código de Manu, escrito para a civilização hindu, impedia as pessoas com deficiência do direito de sucessão. Ainda, na Índia Antiga, os deficientes e os doentes incuráveis tinham suas bocas e narinas tapados com lama do rio sagrado e eram atirados às águas do rio Ganges. Na Suécia, até 1.600, era considerado normal os velhos e deficientes serem mortos por seus familiares. Se não bastasse, a mutilação física foi usada como forma de punição para que todos soubessem que aquela pessoa um dia em sua vida cometera um delito (MARCIAL; ROBERT, SÉGUIN 1999, p. 15-21).

No século XX aconteceram duas grandes guerras, mas a Segunda Guerra Mundial foi essencial para que ocorresse uma mudança na mentalidade da sociedade. Muitas pessoas sobreviveram graças aos avanços da medicina, porém ficaram mutiladas, aumentando assim o número de pessoas com deficiência.

As deformidades não eram mais vistas como maldição e simbolizavam o heroísmo. A pessoa com deficiência passou a ser respeitada, mas teve que conviver com as dificuldades produzidas pela deficiência. A partir de então, a Organização das Nações Unidas (ONU) torna-se atuante no assunto, visando melhorar a vida das pessoas com deficiência e conscientizar a sociedade.

Em 1975, a ONU constrói a Declaração dos Direitos das Pessoas Portadoras de Deficiências (Resolução nº 30/84) visando promover níveis de vida mais elevados, trabalho permanente para todos, condições de progresso, além do desenvolvimento

econômico e social. Em tal Declaração, foi introduzido o termo “pessoa portadora de deficiência”, o que representou grande avanço (ONU, 1975). A partir de então, o Brasil, por meio da Emenda Constitucional nº 12/78 passou a utilizar o termo “deficiente” (BRASIL, 1978). A Emenda objetivou assegurar aos deficientes a melhoria de sua condição social e econômica.

Em 1980, a Organização Mundial da Saúde (OMS) publicou a Classificação Internacional de Impedimentos, Deficiência e Incapacidades (CIDID).

O ano de 1981 foi considerado pela ONU como sendo o Ano Internacional das Pessoas Deficientes, conforme Resolução nº 34/154, objetivando igualdade (ONU, 1979). No ano seguinte, a ONU aprovou o Programa de Ação Mundial para as Pessoas com Deficiência (Resolução nº 37/52), o qual visava promover medidas eficazes para reabilitação e prevenção da deficiência.

No ano de 1983, a Organização Internacional do Trabalho (OIT) adotou a Convenção nº 159, a qual visa a reabilitação profissional e emprego de pessoas deficientes, sendo ratificada pelo Brasil e publicada no Decreto Legislativo nº 129, em 22 de maio de 1991 (BRASIL, 1991).

Em 1988, a designação de “pessoa portadora de deficiência” foi introduzida no Brasil com a promulgação da Constituição da República (BRASIL, 1988). A partir de então, importantes leis foram editadas dispendo sobre os direitos das pessoas com deficiência. Como já dito, embora a CF diga “pessoa portadora de deficiência”, atualmente esta não é a nomenclatura mais adequada.

A Constituição Federal assegura, em seu artigo 5º, *caput*, a igualdade formal e no art. 7º, inciso XXXI, trata, de forma específica, em relação às pessoas com deficiência, assegurando-as isonomia nos salários e critérios de admissão. O art. 37, inciso VIII, outrossim, assegura reserva de cargos e empregos públicos para pessoas com deficiência, sendo definidos por lei. Conforme estabelece o art. 23, inciso II, o cuidado com a proteção, saúde, assistência e garantia das pessoas com deficiência compete à União, aos Estados, ao Distrito

Federal e aos Municípios, tarefa esta de competência comum dos entes federativos. No entanto, conforme art. 24, inciso XIV, a competência legislativa cabe, concorrentemente, à União, aos Estados e ao Distrito Federal. Por sua vez, os incisos IV e V do art. 203, asseguram a assistência social à pessoa com deficiência, visando habilitá-las, reabilitá-las e integrá-las. O art. 208, inciso III, garante atendimento educacional especializado à pessoa com deficiência, sendo dever do Estado. O art. 227, § 1º, inciso II, por fim, afirma que o Estado deverá criar programas de prevenção e atendimento especializado para pessoas com deficiência, visando à integração social, além da eliminação de obstáculos arquitetônicos e de todas as formas de discriminação (BRASIL, 1988).

Atualmente, há também a Lei nº 7.853/1989, a qual dispõe sobre o apoio às pessoas com deficiência e sua integração social, abarcando, outrossim, a Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência – Corde. Tal Lei estabelece que a Administração Pública federal conferirá assuntos relativos às pessoas com deficiência tratamento prioritário e apropriado, para que lhes sejam efetivamente ensejados o pleno exercício de seus direitos individuais e sociais e sua completa integração social (BRASIL, 1989).

Por fim, a Lei nº 13.146/2015, conhecida como Estatuto da Pessoa com Deficiência (BRASIL, 2015), oriunda da Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, sendo esta internacionalizada por meio do Decreto 6.949/2009 (BRASIL, 2009), aprovada na forma do art. 5º, § 3º, da Carta Magna (BRASIL, 1988), e, por se tratar de Direitos Humanos, passou a ter status de emenda constitucional, alterou importantes artigos do Código Civil de 2002 e Código de Processo Civil de 2015, pois toda pessoa com deficiência foi considerada como totalmente capaz e a curatela, medida excepcional. Apesar das mudanças, enfatizou a igualdade e a vedação de qualquer tipo de discriminação.

3. Reserva de vagas e empregos públicos para pessoas com deficiência

A pessoa com deficiência, apta a exercer uma função pública de forma a atender o interesse público, ou seja, da coletividade, poderá ingressar, como todos, na administração pública, sendo esta direta ou indireta, por meio de concurso público de provas ou de provas e títulos. O candidato com deficiência poderá optar pela reserva obrigatória de cargos e empregos públicos. Contudo, não é raro surgirem empecilhos dificultando o acesso, pois, conforme coloca Maria Aparecida Gugel, é comum observar “editais poucos claros e à margem dos princípios constitucionais e das normas vigentes” (GUGEL, 2006, p. 22).

É perceptível que mesmo com a existência de cotas para pessoas com deficiência em concursos públicos, a inclusão dessas pessoas é dificultada. Sem a existência das vagas reservadas seria praticamente impossível mencionar a expressão “inclusão” no setor público. São necessárias leis que regulamentem o assunto, além de uma conscientização por parte do administrador público e da própria sociedade.

Por imposição constitucional, as pessoas com deficiência devem contar com uma reserva de vagas em todos os concursos públicos destinados ao ingresso de pessoal na Administração, como se depreende do artigo 37, inciso VIII da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

Para a caracterização da deficiência, o órgão ou entidade responsável pela realização do concurso deverá ter a assistência de equipe multiprofissional composta de três profissionais capacitados e atuantes nas áreas das deficiências em questão, sendo um deles médico, e três profissionais integrantes da carreira almejada pelo candidato, como determina o artigo 5º do Decreto 9.508/2018 (BRASIL, 2018).

O candidato com deficiência concorre às vagas reservadas, juntamente com os demais enquadrados na mesma condição, e

também às vagas não reservadas. É no ato da inscrição que se estabelece o liame entre o candidato com deficiência e o órgão responsável pelo concurso público.

Importante salientar que a pessoa com deficiência, ao contrário do que muitos pensam, obedecem a igualdade de condições no tocante ao conteúdo das provas, à avaliação e aos critérios de aprovação, à nota mínima exigida para todos os demais candidatos e ao horário e ao local de aplicação das provas, conforme dispõe o artigo 2º do recente Decreto nº 9.508/2018 (BRASIL, 2018).

A quantidade de vagas que deve ser reservada para as pessoas com deficiência necessita ser fixada em atendimento ao percentual ditado pela lei, como se depreende da análise do artigo 37, IX, da Constituição Federal (BRASIL, 1988). A lei referida deve ser editada em cada ente federativo para disciplinar a aplicação da reserva em cada esfera administrativa. No plano federal foi editada a Lei 8.112/1990 (Estatuto dos Servidores Públicos Civis da União), a qual determina no artigo 5º, § 2º, o percentual de 20% (BRASIL, 1990).

Admite-se, entretanto, mediante expressa previsão no edital, a aplicação dos diplomas federais, por analogia, onde não exista lei regulamentadora.

Há também o Decreto nº 3.298, de 20 de dezembro de 1999, o qual regulamentou a Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989 (BRASIL, 1989), que ditava, em seu art. 37, § 1º, sobre a reserva do percentual mínimo de 5% das vagas (BRASIL, 1999). Tal norma foi revogada pelo recente Decreto nº 9.508, de 24 de setembro de 2018, o qual continuou a prever, no art. 1º, § 1º, sobre a necessidade das cotas, no mesmo *quantum* (BRASIL, 2018).

Ao observar os dispositivos acima, não há dúvidas quanto ao número mínimo e máximo do percentual de reserva que deve ser estabelecido nos concursos da Administração Pública Federal: no mínimo 5% e no máximo 20%.

O edital do concurso deverá conter cláusula específica e clara a respeito da distribuição das vagas. Para definir o percentual da

reserva de vagas, o administrador deve observar critérios de oportunidade, conveniência e equidade. Maria Aparecida Gugel discorre (GUGEL, 2006, p. 76):

Reputa-se, assim, importante que toda a administração pública estabeleça uma meta percentual em torno de 12%, média aproximada entre 5% e 20%, de forma a mais rapidamente incluir em seus quadros pessoas com deficiência, objetivando alcançar o comando de discriminação positiva constitucional.

Contudo, para efeito de reserva de vagas não se pode exigir que a deficiência seja tão acentuada que implique plena impossibilidade de exercer funções da Administração, fato gerador, inclusive, de aposentadoria para os servidores públicos (MOTTA, 2005, p. 193).

4. Cotas como instrumento de ação afirmativa na promoção da inclusão e isonomia

A própria Constituição Federal, no artigo 203, inciso IV, assegura a integração das pessoas com deficiência na sociedade. Com relação ao emprego, a Carta Magna, no art. 7º, inciso XXXI, declara igualdade nos salários e critérios de admissão (BRASIL, 1988). Com o intuito de incluir a pessoa com deficiência no mercado de trabalho, foi criada uma política de cotas. Importante ressaltar que tal política de reserva de vagas é aplicada tanto na iniciativa privada quanto na pública, sendo justa para favorecer a isonomia entre pessoas com e sem deficiência. Não se trata de um privilégio ou uma benesse, mas de ações afirmativas, já que o ente responsável não ofereceu as mesmas possibilidades de acesso à educação e qualificação profissional para as pessoas com deficiência. Veet Vivarta se manifesta no seguinte sentido (VIVARTA, 2003, p. 105):

Se o Estado, ente responsável pela promoção do desenvolvimento do cidadão, não garantiu as justas condições de acesso à educação e qualificação profissional para crianças, adolescentes e jovens com deficiência, soa razoável que, em algum momento, se recorra à implementação de políticas públicas afirmativas, voltadas para o fortalecimento de suas possibilidades de inserção no mercado.

Sendo assim, o Estado é parte legítima para eliminar a discriminação negativa e promover a integração da pessoa com deficiência. As políticas afirmativas são capazes de igualar a pessoa com deficiência da sem deficiência, dirimindo assim o preconceito existente, tendo como exemplo o acesso aos cargos e empregos públicos via concurso público, mediante reserva destinada à pessoa com deficiência.

Como se sabe, as ações afirmativas podem ser compreendidas como políticas públicas ou privadas que objetivam combater os efeitos decorrentes de uma situação de discriminação persistente e que atinge uma específica minoria social. Sobre este assunto, Glauco Salomão Leite afirma (LEITE, 2012, p. 216):

Se as pessoas com deficiência têm sido vítimas de preconceitos que conduzem a sua exclusão social, bem como lhes retiram oportunidades de trabalho, impedindo seu desenvolvimento livre e autônomo, justifica-se a política de quotas, como instrumento a concretizar uma discriminação positiva.

A Constituição de 1988, em seu art. 3º inc. IV, também baniu toda forma de discriminação, incluindo-se aqui a pessoa com deficiência (BRASIL, 1988). Conforme ressaltam Francisco José Ferreira Muniz e José Lamartine Corrêa de Oliveira, o Estado deve criar “desigualdades igualadoras” para garantir verdadeira isonomia da pessoa com deficiência na sociedade atual, pois em razão de circunstâncias que na maioria das vezes não podem lhes ser imputadas, as pessoas com deficiência possuem dificuldades adicionais em todos os aspectos de sua vida individual e social (MUNIZ; OLIVEIRA, 1980, p. 11-23). A prática de atos comuns,

necessários à sua ação no cenário social custa-lhes mais esforço, nem sempre com certeza de êxito. Desta maneira, o pleno exercício dos direitos fundamentais constitucionalmente assegurados depende de ações da sociedade civil e do Estado, cabendo a iniciativa e coordenação destas ações a este último. Trata-se de conceber “uma forma jurídica para se superar o isolamento ou a diminuição social a que se acham sujeitas as minorias” (ROCHA, 1996, p. 90).

O princípio da isonomia é uma decorrência imediata do princípio republicano, motivo pelo qual Geraldo Ataliba afirmou que ele se irradia sobre todos os dispositivos constitucionais, afetando tanto a elaboração das leis quanto todos os atos administrativos (ATALIBA, 1985, p. 133):

A igualdade é, assim, a primeira base de todos os princípios constitucionais e condiciona a própria função legislativa, que é a mais nobre, alta e ampla de quantas funções o povo, republicanamente, decidiu criar. A isonomia há de se expressar, portanto, em todas as manifestações de Estado, as quais, na sua maioria, se traduzem concretamente em atos de aplicação da lei, ou seu desdobramento. Não há ato ou forma de expressão estatal que possa escapar ou subtrair-se às exigências da igualdade. (...) Toda violação da isonomia é uma violação aos princípios básicos do próprio sistema, agressão a seus mais caros fundamentos e razão de nulidade das manifestações estatais. Ela é como que a pedra de toque no regime republicano.

Como já mencionado, a pessoa com deficiência possui o direito de inscrever-se em concursos públicos em vagas reservadas para tanto, sendo estas de até 20%. Aqui há uma ligação com o princípio da isonomia, ou seja, com a máxima Aristotélica de tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida em que se desiguam, caracterizando a chamada isonomia perante a lei, também conhecida como isonomia formal. Entretanto, somente a isonomia formal não basta, conforme lembra Cármen Lúcia Antunes Rocha (ROCHA, 1996, p. 86):

O Direito constitucional acanhava-se em sua concepção meramente formal do princípio denominado da isonomia, despojado de instrumentos de promoção da igualdade jurídica como vinha até então cuidando. Conclui-se, então, que proibir a discriminação não era bastante para se ter a efetividade do princípio da igualdade jurídica. O que naquele modelo se tinha e se tem é tão somente o princípio da vedação da desigualdade, ou da invalidade do comportamento por preconceito manifesto ou com comprovado (ou comprovável), o que não pode ser considerado o mesmo que garantir a igualdade jurídica.

Segundo Celso Ribeiro Bastos “o princípio da igualdade de todos perante a Administração é excepcionado a fim de que alguns cargos ou empregos públicos, na forma da lei e dos critérios que ela definir, venham a ser reservados a pessoa portadora de deficiência” (BASTOS, 1990, p. 288). Após comprovada a ineficácia do cumprimento dos objetivos republicanos somente com vedação de tratamentos desiguais, passou-se a exigir do Estado ações afirmativas para reduzir as desigualdades, imputando-se ao princípio da isonomia um caráter material, conferindo tratamento prioritário aos grupos discriminados, colocando-os em condições de competição similares aos que historicamente se beneficiam de sua exclusão. Neste sentido é o entendimento de Luiz Alberto David Araujo (ARAUJO, 1994, p. 45):

É razoável entender-se que a pessoa portadora de deficiência tem, pela sua própria condição, direito à quebra da igualdade, em situações das quais participe com pessoa sem deficiência (...). Seria, portanto, lógico afirmar que a pessoa portadora de deficiência tem direito a um tratamento especial dos serviços de saúde ou à criação de uma escola especial (...). Essas situações quebram a igualdade formal, mas apresentam autorização lógica para tanto (...). Da mesma forma, a igualdade será aplicada para impedir que a deficiência sirva de quebra do princípio isonômico, sem logicidade para tal discrimen.

Tal preceito não permite o tratamento desigual entre pessoas na mesma situação, mas permite tratamento desigual

entre pessoas que estão em situações diferentes, já que a manutenção do princípio de forma absoluta, vale dizer, o não-reconhecimento das desigualdades implicaria o surgimento de uma categoria de privilegiados, ou seja, os não deficientes, acarretando consequências que o próprio princípio deseja evitar (ASSIS; LAFAYETTE, 2005, p. 218).

Assim, a igualdade formal deve ser quebrada diante de situações que, logicamente, autorizam tal ruptura. Por intermédio deste princípio, a lei impede que a deficiência seja utilizada como motivo para o empregador não contratar o empregado, já que estabelece a igualdade entre os desiguais. Como forma de neutralizar qualquer iniciativa preconceituosa, a lei introduziu a reserva de mercado tanto no setor público quanto no setor privado, tratando desigualmente os desiguais.

A reserva de cargos e empregos públicos na administração direta e indireta é uma forma de discriminação positiva e um meio para que a pessoa com deficiência recupere o tempo de exclusão, devendo ser observadas as adaptações em face da deficiência declarada.

5. Conclusão

Apesar de algumas iniciativas vindas da parte do Estado e de Organizações Internacionais, em especial da Organização das Nações Unidas (ONU), ainda são inúmeras barreiras físicas e sociais que impedem o efetivo processo de integração das pessoas com deficiência na sociedade.

Para amenizar tal circunstância, as empresas governamentais devem reservar vagas para pessoas com deficiência em concursos públicos. Esta determinação está prevista na própria Constituição Federal, no artigo 37, inciso VIII (BRASIL, 1988), assim como na Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990 (BRASIL, 1990). O Decreto nº 3.298/1999 foi o responsável por regulamentar a porcentagem da reserva de vagas. O art. 37, § 1º,

do referido Decreto, estipulou o percentual mínimo de 5% de cargos reservados para pessoas com deficiência (BRASIL, 1999), sendo revogado e atualizado pelo Decreto nº 9.508/2018, o qual manteve, contudo, a mesma proporção (BRASIL, 2018).

Não se trata de um privilégio ou uma benesse, mas de uma forma de ação afirmativa estatal no sentido de conferir igualdade de oportunidade de acesso às pessoas com deficiência, como maneira alternativa de minorar as dificuldades adicionais a que estão sujeitos, para se inserirem no cenário produtivo e no serviço público.

Por se tratar de direito fundamental, em razão da inspiração ditada pelo princípio da igualdade, a interpretação das questões atinentes à reserva de vagas para as pessoas com deficiência nos concursos públicos deve visar à eficiência máxima do princípio citado, evadindo-se do formalismo e da errônea presunção de que a Administração está prestando algum favor à pessoa com deficiência. Assim sendo, o administrador público deve, dentro dos limites legais, fixar percentual razoável de vagas reservadas, de forma efetiva, visando possibilitar, concretamente, a integração da pessoa com deficiência na Administração Pública (MOTTA, 2005, p. 208-209).

Fazem parte dos deveres do Estado remover e eliminar os obstáculos que impeçam o pleno exercício de direitos das pessoas com deficiência, viabilizando o desenvolvimento de suas potencialidades, com autonomia e participação. Além do mais, em 2008, o Brasil internalizou a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (ONU, 2006), sendo considerada como o primeiro tratado de Direitos Humanos recepcionado com status equivalente à emenda constitucional. Esse fato demonstrou a intenção de promover e proteger os direitos humanos, notadamente das pessoas com algum tipo de deficiência. Em 2015 foi promulgada a Lei 13.146/2015, conhecida como Estatuto da Pessoa com Deficiência, colocando, novamente, em voga o assunto.

Outrossim, o presente artigo não pretende, por evidente, esgotar o tema. Sua finalidade é fornecer um panorama teórico e

normativo da matéria e desmistificar, ainda que brevemente, algumas concepções equivocadas a respeito das cotas para estas pessoas em concursos públicos, almejando, assim, maior efetividade dos direitos e isonomia à pessoa com deficiência.

6. Referências

ARAÚJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência**. Brasília: Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência - CORDE, 1994.

ASSIS, Olney Queiroz; LAFAYETTE, Pozzoli. **Pessoa Portadora de Deficiência: Direitos e Garantias**. 2. ed. São Paulo: Damásio de Jesus, 2005. p. 226. ATALIBA, Geraldo. **República e Constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1990.

BEVERVANÇO, Rosana Beraldi. **Direitos da Pessoa Portadora de Deficiência: da Exclusão à Igualdade**. Curitiba: R.B. Bevervanço, 2001.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 08 dez. 2018.

_____. Decreto nº 129, de 22 de maio de 1991. **Diário Oficial**, Brasília, 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/Do129.htm>. Acesso em: 08 dez. 2018.

_____. Decreto nº 3.298, de 20 de dezembro de 1999. **Diário Oficial**, Brasília, 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3298.htm>. Acesso em: 08 dez. 2018.

_____. Decreto nº 3.956, de 08 de outubro de 2001. **Diário Oficial**, Brasília, 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2001/d3956.htm>. Acesso em: 08 dez. 2018.

_____. Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009. **Diário Oficial**, Brasília, 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm>. Acesso em: 08 dez. 2018.

_____. Decreto nº 9.508, de 24 de setembro de 2018. **Diário Oficial**, Brasília, 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Decreto/D9508.htm#art10>. Acesso em: 08 dez. 2018.

_____. Emenda Constitucional nº 12, de 17 de outubro de 1978. **Diário Oficial**, Brasília, 1978. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc12-78.htm>. Acesso em: 08 dez. 2018.

_____. Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989. **Diário Oficial**, Brasília, 1989. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/leis/L7853.htm>. Acesso em: 08 dez. 2018.

_____. Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. **Diário Oficial**, Brasília, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8112cons.htm>. Acesso em: 08 dez. 2018.

_____. Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991. **Diário Oficial**, Brasília, 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213cons.htm>. Acesso em: 08 dez. 2018.

_____. Lei nº 13.146, de 06 de julho de 2015. **Diário Oficial**, Brasília, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm>. Acesso em: 08 dez. 2018.

GUGEL, Maria Aparecida. **Pessoas com Deficiência e o Direito ao Concurso Público**. Goiânia: UCG, 2006.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). **Censo Demográfico 2010**. Características Gerais da População, Religião e Pessoas com Deficiência. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/94/cd_2010_religiao_deficiencia.pdf>. Acesso em: 08 dez. 2018.

LEITE, Glauco Salomão. O Sistema de Quotas Obrigatórias na Administração Pública e a Pessoa com Deficiência. In: FERRAZ, Carolina Valença et al. **Manual dos Direitos da Pessoa com Deficiência**. São Paulo: Saraiva, 2012.

MARCIAL, Danielle; ROBERT, Cinthia; SÉGUIN, Elida. **O Direito do Deficiente**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1999.

MOTTA, Fabrício. **Concurso Público e Constituição**. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

MUNIZ, Francisco José Ferreira; OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de Oliveira. **O estado de direito e os direitos da personalidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, de 13 de dezembro de 2006**. Disponível em: <<http://www.inr.pt/uploads/docs/direitosfundamentais/convencao/ConvTxtOfPort.pdf>>. Acesso em: 08 dez. 2018.

_____. **Resolução nº 34/154**, de 1979.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). **Convenção Interamericana Para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Pessoas Portadoras de Deficiência**. Guatemala, 28 de maio de 1999.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Ação afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 33, nº 131, jul./set. 1996.

SILVA, Otto Marques da. **A Epopéia Ignorada: A Pessoa Deficiente na História do Mundo de Ontem e de Hoje**. São Paulo: Centro São Camilo de Desenvolvimento em Administração da Saúde, 1987.

VIVARTA, Veet. **Mídia e Deficiência**. Brasília: Andi e Fundação Banco do Brasil, 2003.

Democracia procedimental deliberativa como meio para implementação de políticas públicas mais igualitárias

Fernando De Oliveira Torres¹

1. Introdução: as Políticas Públicas como instrumento do Estado Social na efetividade dos Direitos Fundamentais

Maria Paula Dallari Bucci adverte que ainda não existe um conceito jurídico definitivo de políticas públicas. “Não há propriamente um conceito jurídico, uma vez que as categorias que estruturam o conceito são próprias ou da política ou da administração pública”. Isto porque as Políticas Públicas podem ser implementadas sob diversos formatos jurídicos-normativos (BUCCI, 2009, p.257). Em outras palavras, por conta de sua multiplicidade, “as Políticas Públicas são um conjunto heterogêneo de medidas do ponto de vista jurídico” (LOPES, 199, p.134). Nesta senda, a exteriorização da Política Pública está muito distante de um padrão jurídico uniforme e claramente absorvível pelo sistema jurídico. (BUCCI, 2009, p.249) Fato este que torna mais complexo a definição do que seria para o Direito uma Política Pública.

Entretanto, o termo Políticas Públicas, além de disposto em diversos dispositivos constitucionais, apresenta-se em diversas publicações jurídicas, tornando-se necessário um acordo semântico

¹ Graduado em Direito pela PUCPR. Mestrando em Direito Econômico e Socioambiental pela PUCPR. Especialista em Direito Constitucional pela Academia de Direito Constitucional. Membro do Núcleo de Pesquisa em Políticas Públicas e Desenvolvimento da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (NUPED). Advogado. fernandoadv.torres@yahoo.com.br

sobre o termo para evitar incongruências posteriores. Afinal, “quanto mais se conhece o objeto da Política Pública, maior é a possibilidade de efetividade de um programa de ação governamental” (BUCCI, 2009, p.249)

Um dos pioneiros no estudo sobre Políticas Públicas, Harold Laswell, dividiu Políticas Públicas em duas dimensões. A dimensão do processo da política e a dimensão da inteligência. Neste sentido é a constatação de Vanice Valle ao afirmar que Laswell propunha uma orientação do agir do Estado por meio das Políticas Públicas “(...)orientação essa que se traduz numa dupla dimensão: a do *processo* da política e aquelas das necessidades de *inteligência* desse processo” (VALLE, 2009, p39).

Na primeira dimensão a tarefa é desenvolver a ciência da formação e execução das Políticas Públicas. Na segunda, o objetivo é melhorar o conteúdo concreto da informação e da interpretação disponíveis aos que concebem as referidas políticas (VALLE, 2009, bp.36). Entretanto, o foco de estudo ocorreu de forma contrária à vontade de Laswell. Os estudos que procederam focaram mais na análise da primeira dimensão, em detrimento da segunda, fazendo com que a valorização da ‘função de inteligência’ seja um campo de pesquisa ainda pouco aprofundado, restringindo-se às escolas cujo foco é a avaliação *ex post* das Políticas Públicas (VALLE, 2009, p39).

As Políticas Públicas na dimensão processual definem-se como “programas de ação governamental, em cuja formação há um elemento processual estruturante: política pública é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados [...]”. Considera-se, portanto, que o desenvolvimento das Políticas Públicas deve ser entendido como um ciclo, com especial atenção às suas distintas etapas de construção. Assim, ciente de que não se trata de uma classificação estanque, a ideia de *Policy Cycle* percebe a formação da política pública como um conjunto de processos, incluindo pelo menos (1) a definição da agenda; (2) a especificação das alternativas com base nas quais a

escolha será feira; (3) uma escolha revestida de autoridade (*authoritative choice*) entre as alternativas definidas e (4) a implementação da decisão (BUCCI, 2009, p.109).

Por todo o exposto, de forma a clarear as ideias de Políticas Públicas apresentadas, Vanice Valle apresenta cinco elementos presentes na maioria das definições sobre Política Públicas: (i) Políticas Públicas devem distinguir entre o que o governo pretende fazer e aquilo que, de fato, ele faz; (ii) Políticas Públicas, no plano ideal, envolvem todos os níveis de governo, e não estão restritas a atores formais; (iii) Política Pública é um tema que invade a ação governamental, e não está limitada à legislação, ordens executivas, regras e regulação- portanto, aos instrumentos formais desse agir do poder; Política Pública significa um curso de ação intencional, com uma finalidade específica e conhecida como objetivo; (iv) Políticas Públicas envolvem um processo em desenvolvimento, elas compreendem não só a decisão pela promulgação de uma lei ou projeto, mas também as ações subsequentes de implementação, apoio e avaliação (VALLE, 2009,p39).

Considerando as características elencadas por Valle, bem como o exposto no presente trabalho, é possível definir, a priori, Políticas Públicas como: instrumento de intervenção do Estado de médio e longo prazo, que pressupõe planejamento e participação sociedade, articulando em todos os níveis as atividades do Estado para a realização do interesse público.

Nesta senda, ciente da ressalva apresentada pela própria autora no início do presente tópico, Maria Paula Dallari Bucci define Políticas Públicas como “programas de ação do governo, para a realização de objetivos determinados, num espaço de tempo certo”(BUCCI, 2006, p.140). O mesmo sentido segue a definição de Fábio Konder Comparato, para quem a Política Pública é antes de tudo uma “ ‘atividade’, isto é, um conjunto organizado de normas e atos tendentes à realização de um objetivo determinado” (COMPARATO, 1997,p. 353).Sob a égide da Constituição de 1988,

esses objetivos citados por Comparato, são, de maneira primária, os Direitos Fundamentais previstos na Carta Magna.

Parte-se da premissa que os Direitos Fundamentais possuem eficácia vinculante e devem ser cumpridos imediatamente pelo Estado (SARLET, 2015, p.289). O artigo 5, §1º, da Constituição Federal de 1988 não revela somente um significado negativo, que proíbe o ente público de interferir na esfera jurídica do cidadão agredindo os seus direitos (como geralmente ocorre com o direito de defesa). Do dispositivo constitucional emanam efeitos positivos, que obrigam o Poder Público a agir em prol da implementação desses direitos mesmo quando não haja provocação subjetiva dos indivíduos e inclusive quando a lei não dispuser com precisão como se deve desenvolver a atuação administrativa (HACHEM, 2014). Ao inserir os direitos sociais no artigo 6º da Constituição brasileira de 1988, adotou-se, do ponto de vista de técnica legislativa, uma metodologia distinta com relação à matéria. Deixou-se de tratá-los de forma fragmentada, para introduzi-los no título adequado como verdadeiros direitos fundamentais. Não são, pois, meras normas programáticas residente em outro capítulo constitucional (CLÈVE, 2011, p.17); ao revés, são ordens que, *prima facie*, exigem ordem positiva do Estado.

Isso ocorre porque os direitos sociais fundamentais não se tornam efetivos pelo fato de que se respeitem e amparem, eles requerem ações do Estado tendentes a realizar o programa contido neles (HESSE, 2009, p.46). Cabe ao Estado, portanto, garanti-los aos cidadãos. Assim, “para que o Estado possa garantir os direitos exigidos e, conseqüentemente, influenciar a atuação da Sociedade Civil, é elaborada uma série de mecanismos jurídicos para que sua atuação ocorra a contento” (BREUS, 2007, p.179). Um dos instrumentos utilizado para efetivar essa atuação estatal perante a sociedade são as Políticas Públicas.

A Política Pública é vista, portanto, como criação expressa do Estado de bem-estar. Todavia, apesar de ser uma típica expressão de um intervencionismo estatal, o esquema conceitual das Políticas

Públicas não pode ser considerado válido somente neste modelo de Estado (VALLE, 2009, p36).

Entretanto, apesar do esforço da doutrina em demonstrar a eficácia dos direitos fundamentais sociais, o que se vê na prática é uma realidade diferente. Por conta de criação de Políticas Públicas duvidosas, os direitos fundamentais sociais são comumente ignorados. Exemplo dessa má alocação de recursos pela administração pública se verifica em decisão de Ação Civil Pública, nº n. 038.03.008229-0, do TJSC em que o juiz de primeiro grau determinou que fossem implementadas novas vagas em uma escola em detrimento da desapropriação de uma área particular para a construção de um estádio de futebol, no valor de R\$ 1,75 milhões. Não é possível aceitar, em um país em que 8,3% da população com mais de 15 anos são analfabetos, que o Estado invista quase dois milhões de reais para a futura construção de um estádio de futebol em detrimento de escolas (IBGE, 2014).

O que se vê em decisões como esta é que o modelo de investimento em Políticas Públicas, por vezes, passa muito longe das reais expectativas das camadas mais necessitadas da população e, portanto, é natural que, ao final, essas políticas cheguem a dezoito, de modo significativo, das demandas populares. Neste sentido é a advertência de Maria Dal Bosco, ao demonstrar como a ausência de participação real e efetiva na escolha das políticas públicas, acaba por afastar as políticas implementadas das necessidades da maioria dos brasileiros (DAL BOSCO, 2017).

2. Necessidade de alteração na agenda política para a implementação de uma política pública.

Entretanto, o problema é que muitas vezes essa exclusão não decorre da ausência de verbas para implementar Políticas Públicas que efetivem direitos sociais; ao contrário, decorre da indiferença do ente político com os interesses de muitos segmentos sociais e do silêncio eloquente daqueles que não apresentam qualquer

representação política. Em outras palavras, as Políticas Públicas, na maioria das vezes, passam longe dos temas que interessam para os grupos em estado de vulnerabilidade, por ausência de voz destes no processo político.

Como mencionado, a Política Pública começa quando a agenda é definida. A definição da agenda política “diz respeito ao processo pelo qual os governos decidem quais questões precisam de sua atenção. Ela enfoca, entre outras coisas, a determinação e definição do que constitui o “problema”, que ações de Política Pública subsequentes são destinadas a resolver” (MIURA, 2009).

Segundo Thomas Birkland “agenda é uma coleção de problemas, compreensão de causas, símbolos, soluções e outros elementos dos problemas públicos, que captam a atenção de membros do público e dos seus atores governamentais” (BIRKLAND, 2005, p.110). As agendas listam, portanto, prioridades de atuação do Estado (SECHHI, 2013). A menos que um problema entre para a agenda do governo, nada será feito a respeito dele. O motivo pelo qual uma questão passa a ser vista como um problema envolve processos sociais e políticos complexos, bem como circunstâncias dinâmicas, tais como o surgimento de uma crise, os complicados papéis dos gestores públicos na definição de agenda e atuação dos grupos de pressão (MIURA, 2009).

O estudo que busca explicar como ocorre a formação dessa agenda política mencionada é denominado de “*agenda- settings*”, tendo como expoentes autores como John Kingdon (Modelo de fluxos múltiplos), Jones e Baumgartner (Equilíbrio Pontuado) e Paul Sabatier (Coalizão Defesa). Esses autores buscam identificar quais são as condições necessárias para que um tema passe para a agenda governamental, já que nem todos os problemas da sociedade entrarão na agenda política por conta da ausência de certas condições para que isso ocorra; uma dessas condições mencionada por todos os autores é a existência de atores que advoguem por tais políticas (*policy entrepreneurs*) (MINTRON, 2009).

Neste sentido, é possível considerar que o motivo do esquecimento dos interesses de diversas camadas sociais na formulação da Política Pública está na impossibilidade de um tema entrar na agenda política sem que existam atores políticos (visíveis e invisíveis) que atuem nesse sentido. No Brasil, poucos setores da sociedade têm condições reais de interferir no poder político a ponto de realmente alcançar a pressão necessária para alteração da agenda. Ou seja, há uma ausência de participação no processo político por parte desses grupos, fazendo com que seus Direitos Fundamentais sejam ignorados. Afinal, se um tema sequer entra na agenda não tem como se tornar uma Política Pública. Assim, com essa participação limitada “(...) a democracia adquire um elemento aristocrático, e os respectivos grupos alcançam um peso desproporcional” (HÖFFE, 2005, p.132).

O problema dessa ausência de voz ativa no debate político é mencionado por Robert Dahl, em seu livro “Sobre Democracia”, ao afirmar que os interesses das pessoas que não detém voz política não recebem a mesma atenção daqueles interesses que tem uma voz; Por conta disso, ao autor se questiona como serão protegidos os interesses daqueles indivíduos que não tem voz política e como serão protegidos os interesses fundamentais dos grupos que estão excluídos de participar do debate político (DAHL, 2001, p.91). Para Dahl, a resposta é clara: “os interesses fundamentais dos adultos, a quem são negadas as oportunidades de participar do governo, não são devidamente protegidos e promovidos pelos que governam” (DAHL, 2001, p.91).

Por isso a preocupação com a situação da democracia e esfera pública no Brasil. A consequência lógica desse processo de exclusão do debate político é a ausência de políticas públicas para esses grupos, pois apesar de haver uma previsão formal de participação (no voto; e no caso brasileiro o referendo e plebiscito, previsto no artigo 14 da Constituição Federal de 1988), essa participação não é exercida materialmente, causando o distanciamento entre as políticas públicas necessárias das Políticas

Públicas de fato implementadas (LEAL, 2006, p.63). Para o Dahl, portanto, torna-se necessário aceitar a plena inclusão, pois “corpo dos cidadãos num estado democraticamente governado deve incluir todas as pessoas sujeitas às leis desse estado, com exceção das que estiverem de passagem e as comprovadamente incapazes de cuidar de si mesmas” (DAHL, 2001,p.94).

Por todo o exposto, o problema apresentado pode ser sintetizado da seguinte forma: com uma participação política restrita, as Políticas Públicas acabam sendo, na maioria das vezes, indiferentes às necessidades de muitos brasileiros. O motivo desse distanciamento é que grande parte da população brasileira não tem representatividade e participação política, não apresentando condições de participar na agenda política a ponto de seu tema se tornar política pública. A ausência de participação de diversas camadas sociais na política faz com que os problemas dessas camadas não sejam ouvidos e, conseqüentemente, não ascendam à agenda política, de modo a ultrapassar o primeiro degrau da *Policy Cycle* apresentada no início presente artigo.

Assim, para que haja a implementação de Políticas Públicas a todas as camadas sociais, torna-se necessário criar mecanismos para que tais camadas possam inserir seus problemas na agenda política, de modo a tornar possível a criação de uma Política Pública futura. Afinal, “o distanciamento de grande maioria dos cidadãos da esfera pública, que resulta na falta de qualidade e equidade na satisfação dos interesses dessas pessoas, acaba por ocasionar graves crises de representatividade e legitimidade no Estado brasileiro” (MÜLLER, 2015).

Por conta disso, ao identificar o quadro em que o Brasil se encontra, torna-se forçoso “(...) (re) discutir as teorias de controle e da democracia para trabalhar na busca pelo aprimoramento dos procedimentos de controle existentes e até na criação de novos espaços de deliberação”. (MÜLLER, 2015) Tal constatação se faz necessária, pois como será a seguir demonstrado, Política Pública e Democracia estão intimamente relacionadas, tornando-se

inevitável rememorar o ônus que carrega o cidadão, com relação às Políticas Públicas implementadas, quando não participam, de fato, da esfera pública (MÜLLER, 2015).

3. Democracia como condição de Política Pública

Ao aprofundar os estudos sobre Políticas Públicas, percebe-se que a relação entre Política Pública e democracia é estreita, pois aquela exige a máxima participação dos interessados que só é possível em ambientes democráticos.

A intimidade entre Políticas Públicas e Democracia é tão grande que os estudos mais profundos sobre o tema iniciaram-se em países que apresentam uma democracia mais consolidada, pois o pressuposto que regeu a constituição e a consolidação dos estudos sobre Políticas Públicas é o de que: “em democracias estáveis, aquilo que o governo faz ou deixa de fazer é passível de ser (a) formulado cientificamente e (b) analisado por pesquisadores independentes”(SOUZA, 2006).

Justamente por conta dessa relação é que no Brasil os estudos sobre Políticas Públicas ainda são escassos. Vanice Valle aponta que a instabilidade institucional e ausência de democracia são fatores que impedem o aprofundamento sobre Políticas Públicas. Isto porque “onde não se tem democracia, é reduzido o espaço para discussão em relação a um instrumento de direcionamento da ação do poder, como são as Políticas Públicas” (VALLE, 2009, p.33). Afinal uma Política Pública deve ser “expressão de um processo público, no sentido de abertura à participação de todos os interessados, diretos e indiretos, para a manifestação clara e transparente das posições em jogo”, não coadunando, portanto, com ambientes não/pouco democráticos (BUCCI, 2006, p.269).

Harold Lasswell demonstra a forte imbricação entre Políticas Públicas e democracia ao afirmar que: “*el movimiento no apunta meramente hacia las políticas, sino más específicamente hacia las*

ciencias de políticas de la democracia” (LASWELL, 2000, p.83. A democracia torna-se, portanto, *conditio sine quo non* das Políticas Públicas, sendo impossível a existências de Políticas Públicas legítimas em ambientes não democráticos. Por conta disso, verifica-se que somente com a promulgação da constituição de 1988 e a estabilidade institucional e democrática por ela alcançada é que se tornou possível a inclusão das Políticas Públicas na pauta das reflexões brasileiras.” (VALLE, 2009, p.33).

Ao verificar a relação entre democracia e Política Pública, é possível trilhar um caminho de modo a entender o motivo das Políticas Públicas escolhidas por diversos governos brasileiros se afastarem tanto da necessidade dos cidadãos. Assim, considerando a íntima relação apresentada, para entender Política Pública torna-se necessário maior conhecimento sobre a própria Democracia.

Ao analisar a etimologia da palavra Democracia, como oriunda das terminologias “*demos*” (povo) e “*kratos*” (poder), Luiz Antônio Nakamura adverte que o significado literal do termo seria no sentido de “*el poder del pueblo en las decisiones de gobierno; sin embargo, es importante estudiar en qué consiste y cuáles son sus desafíos, sus reglas, sus valores y sobre todo para qué sirve*” (NAKAMURA, 2017).

Por outro lado, salienta-se que a ideia de democracia, na forma pela qual é conhecida atualmente, distancia-se do sentido original da palavra. Hoje, grande parte de sua formação teórica é baseada nos estudos de Joseph Schumpeter e Robert Dahl, ambos baseados na teoria clássica de democracia, fundada na representação como forma de participação popular (MACEDO, 2013). Representação esta baseada nos estudos de Thomas Hobbes. Para Hanna Pitkin essa representação tomada como procedimento formal em Hobbes, é evidenciada como a representação por autorização, que proporciona uma espécie de transferência de poder do representado para o representante (PITKIN, 1989).

Robert Dahl considera a democracia como necessária, pois permite que se evite a tirania, garante direitos essenciais, a liberdade dos indivíduos, a autodeterminação, a autonomia moral, o desenvolvimento humano, a proteção dos interesses pessoais essenciais, a igualdade política, além de permitir a busca pela paz e a prosperidade (DAHL, 2001, p.58). O mesmo autor cita os critérios necessários para que exista uma democracia que alcance os benefícios apresentados, para Dahl a democracia deve respeitar critérios como: Igualdade de voto; Entendimento esclarecido; Controle do programa de planejamento, bem como a participação efetiva e inclusão dos adultos, no sentido de que todos os membros devem ter iguais oportunidades de participação política (DAHL, 2001, p.49).

Ao identificar a Política Pública como instrumento utilizado pelo Estado para interferir nas relações sociais, percebe-se que o Estado torna-se uma arena de disputa entre as diversas camadas sociais pelo acesso à riqueza social, que invariavelmente resultam em escolha sobre qual interesse atender (BREUS, 2007, p.179). A visão do Estado como arena de disputa das diversas camadas sociais pelo acesso à riqueza por meio de Políticas Públicas só tornou-se possível a partir da ideia de Democracia como Poliarquia de Robert Dahl. Ao refutar que as decisões e alternativas se limitam a um grupo dominante, trazendo a ideia de Pluralismo político, Robert Dahl deu o passo inicial no estudo sobre a formação da agenda de Política Pública (BRASIL, 2015). Sob uma premissa elitista o processo de tomada de decisão era restrito às elites ocupantes dos postos governamentais, sendo entendido como “escolha e atuação de um único grupo dominante, que conduziria o governo por meio de suas próprias escolhas e vontades”, e não como um processo plural decorrente do jogo político, não ensejando por isso muitas discussões sobre o tema (BRASIL, 2015).

Com o advento da ideia pluralista de poder, o poder político não mais se identificou da mesma forma como vontade de uma única classe, mas passou a ser entendido como um jogo de

múltiplos atores e grupos decisivos para o resultado da disputa política (BRASIL, 2015). Segundo Patrícia Cunha, numa perspectiva pluralista o Estado está “sobre a influência de grupos de pressões diversos, com graus de poder diferentes, que atuam na concepção de Políticas Públicas determinando o seu conteúdo sem que haja um grupo dominante” (CUNHA, 2008). Com isso, a tomada de decisão se tornou um ambiente mais complexo e, conseqüentemente, demandando maior atenção, bem como a necessidade de maior abertura para participação de todos no debate político, ou seja, maior Democracia.

A ideia de poder como poliarquia fertilizou o campo de estudo da democracia e, conseqüentemente, das Políticas Públicas, de modo a identificar o motivo de algumas questões chamarem a atenção do governo e outras, mesmo que de igual importância, serem deixadas de lado; tema este, como já mencionado, objeto de estudo da *Agenda Settings* e trabalhado por diversos autores de Ciência Política e Sociologia, mas pouco aprofundado no Direito (SOUZA, 1998).

Por conta do breve apanhado teórico da democracia como poliarquia e Políticas Públicas, é possível entender, em um primeiro momento, Políticas Públicas como o “Estado em ação”; é o Estado implantando um projeto de governo, através de programas, de ações voltadas para setores específicos da sociedade (HOFLING, 2001, p.31). Apesar de se tratar de atuação do Estado na sociedade, sob uma perspectiva pluralista de poder, Política Pública deve ser entendida como “expressão de um processo público, no sentido de abertura à participação de todos os interessados, diretos e indiretos, para a manifestação clara e transparente das posições em jogo” (BUCCI, 2006, p.69).

Todavia, apesar da Política Pública ser vista como um instrumento que necessita de abertura para a participação de todos os interessados, a realidade brasileira decepciona. No Brasil, poucos setores da sociedade têm condições reais de interferir no poder político a ponto de realmente alcançar a pressão necessária

para alteração da agenda. Os grupos de pressão são, em países como o Brasil, predominantemente elitistas, tornando a definição da agenda governamental também elitista. Por conta disso, torna-se necessário questionar até que ponto a elitização da agenda de Política Pública distancia as Políticas Públicas das necessidades da sociedade, bem como o que deve ser feito – já que é possível entender a interferência desses grupos como condição da própria democracia – para pluralizar ao máximo estes grupos, permitindo que os mais diversos segmentos sociais tenham condições de interferir, de fato, na implementação de uma Política Pública.

4. Participação no processo de escolha e a Teoria Democrática de Jürgen Habermas

Pelo problema exposto na parte inicial do trabalho é possível reputar que o Brasil encontra-se naquilo que a professora Caroline Mueller e Eduarda Paes chamam de “*Democracia não-amadurecida*”. Apesar da referida autora afirmar que não se pode admitir que o exercício da cidadania se reduza apenas a configurar um eleitorado temporário, por exemplo(...) ou que venha esporadicamente ser suscitado a atuar em pesquisas de opinião política (MÜLLER, 2015), boa parte da doutrina sobre democracia considera que o aspecto democrático encontra-se visível somente no momento do voto, sendo que “*Por lo que, se debe entender que en una democracia el Poder se transmite de abajo hacia arriba, de los electores a los gobernantes, dicha transmisión se realiza por medio del voto del electorado a favor de algún candidato*” (NAKAMURA, 2017).

Dentre esses autores é possível citar Giovanni Sartori que, ao afirmar que a democracia garante o direito de decidir o destino de todo o povo, adverte que essa decisão deve ser expressa nas eleições, “e somente através de eleições” (SARTORI, 1994, p.127).

Os autores que seguem este posicionamento sobre a democracia, como Giovanni Sartori e Robert Dahl, restringem a

participação do povo a situações esporádicas. A participação existente nesses autores é observada somente no momento do voto, sendo inclusive, a participação excessiva um prejuízo à democracia, pois ocasionaria uma espécie de ditadura da maioria (SARTORI, 1994, p.127). Observa-se, portanto, que existe no discurso desses autores um medo de que uma participação ativa da população leve ao totalitarismo: “o povo, diz Sartori, deve reagir, ele não age; deve reagir às iniciativas e políticas das elites rivais” (PATEMAN, 1992, p.22).

O presente estudo defende, por outro lado, que a participação do povo não pode ser resumida a sua participação nas eleições, como postula Giovanni Sartori ao afirmar que o processo democrático é de fato sintetizado neste ato (SARTORI, 1994, p.123), sob pena de recair-se na elitização das Políticas Públicas apresentada no início do trabalho. De todo modo, os autores que defendem esse posicionamento consideram que a liberdade e igualdade entre os cidadãos em um ambiente democrático devem ocorrer eleições (NAKAMURA, 2017).

O problema dessa visão- adotada na realidade brasileira- é que acaba por existir uma participação restrita na formulação de Políticas Pública, não se observando que essa pequena participação pode causar o distanciamento entre o escolhido e o necessário, pois, como já demonstrado, poucos têm força para inserir temas de seu interesse na agenda governamental, de modo a tornar possível que se implemente uma Política Pública. No Estado Democrático de Direito brasileiro, portanto, a teoria democrática deve ser analisada, pensada e constituída a partir da “particularidades sociais, culturais e econômicas, evidenciadoras de profundos défices de inclusão social e participação política” (LEAL, 2006, p.34).

Ao identificar tal situação, a participação limitada ao voto torna-se insuficiente. Afinal, verificou-se que as Políticas Públicas implementadas no Brasil buscam, na maioria das vezes, satisfazer o interesse de somente algumas parcelas da sociedade brasileira, sendo por isso uma concepção elitista de Política Pública e da

própria democracia. Este tipo de concepção de Política Pública se baseia na “visão do poder exercido por um pequeno número de interesses, elite, que se organizam e atingem os objetivos traçados”(CUNHA, 2008).

Necessário, portanto, criar-se meios para amenizar essa tendência centralizadora do processo de decisão, que causa o distanciamento das Políticas Públicas escolhidas das necessidades dos cidadãos, de modo a permitir que toda a sociedade tenha a oportunidade de participar do debate político e veja seus Direitos Fundamentais plenamente garantidos e efetivados (BREUS, 2007, p.179)

Por conta disso, pela realidade brasileira, necessária se faz “a aceitação da diferença e do pluralismo desse universo de sujeitos interessados e alcançados pelas Políticas Públicas que são levadas a cabo pelo Estado Administrador” (MÜLLER, 2015), para com isso garantir a diversidade, permitindo que haja implementação de políticas públicas que satisfaçam os direitos fundamentais dos mais diversos segmentos sociais. Para que isso ocorra o poder público precisa ser visto como espaço onde a “participação social seja livre e igualitária, de forma a permanentemente se propiciar o controle no que tange a administração e gestão dos interesses dessa sociedade” (MÜLLER, 2015).

Neste sentido, o presente artigo defende que a participação e igualdade entre os cidadãos não pode se resumir ao momento do voto, devendo existir em diversos momentos, como meio de dar voz a tudo e a todos. Afinal, por conta dos elementos que permeiam a ideia de democracia e Política Pública apresentada no presente trabalho, “todo Estado que se declara democrático deveria buscar a efetivação de uma democracia substancial, avançando da forma de governo enquanto democracia formal, ainda que por ora tal esforço pertença ao gênero dos objetivos futuríveis” (MÜLLER, 2015).

Nesta senda, para que existam Políticas Públicas que busquem satisfazer as necessidades dos cidadãos brasileiros, é necessário que todos tenham voz ativa na política. É necessária

uma participação integral na discussão política, que não esteja limitada ao voto ou participações esporádicas, pois “participação eleitoral não é participação real, nem o local apropriado para a participação”; (SARTORI, 1994, p.158). Outrossim, não se busca somente uma participação de função protetora como defendia Jeremy Bentham e John Stuart Mill (PATEMAN, 1992, p.32), requer-se que o cidadão seja visto como ator da política, podendo participar do processo de decisão política sobre os temas que lhe afetam (MÜLLER, 2015), pois somente a participação integral permite que “nenhum homem ou grupo seja senhor do outro, todos são igualmente dependentes e igualmente sujeitos à lei; bem como permite que as decisões coletivas sejam aceitas mais facilmente pelo indivíduos (PATEMAN, 1992, p.39).

Este tipo de participação política dos cidadãos, identificado por Müller e Simonetti como solução para o problema de elitização das Políticas Públicas, é teorizado de maneira muito densa por Jürgen Habermas ao tratar sobre Democracia Procedimental Participativa e deve ser considerado nos termos apresentado por Sartori para quem a participação “não é um simples “fazer parte de” (um simples envolvimento em alguma ocorrência), e menos ainda um “tornado parte de” involuntário. Participação é movimento próprio e, assim, o exato de ser posto em movimento (por outra vontade), isto é, o oposto de mobilização”(SARTORI, 1994, p.158).

Em sua obra “Direito e Facticidade”, Habermas discute a relação entre o mundo normativo e o mundo fático, analisando detalhadamente os desdobramentos e especificidades da concepção de democracia e o papel da esfera pública em sua formação. Para Habermas a análise entre o mundo da vida e o mundo dos sistemas abre caminho para um poder político que tem como central a concepção procedimental deliberativa de democracia, que busca a participação de todos os indivíduos nos processos de deliberação e decisão. A teoria democrática de Habermas considera a participação dos cidadãos nas deliberações e nas tomadas de

decisão o elemento como central da compreensão do processo democrático, buscando o aumento da participação dos cidadãos nos processos de deliberação e decisão e o fomento de uma cultura política democrática (LUBENOW, 2010).

O modelo proposto por Habermas visa um procedimento de normatização, por meio de um caráter procedimental, que garante formalmente igual participação em processos de formação discursiva da opinião e da vontade e estabelece, com isso, um procedimento legítimo de normatização. Para o autor, tendo como pano de fundo a ideia de ação comunicativa, por meio do procedimento e deliberação, seria possível alcançar procedimentos democráticos mais racionais (HABERMAS, 1997, p.368).

As escolhas seriam mais racionais, pois dentro de sua concepção principal de discurso como a busca de verdade, com a substituição da razão prática (kant) para a razão comunicativa (Habermas), a concepção procedimental de democracia deliberativa permite que exista um duplo fluxo entre a relação normas e mundo da vida, capaz de revigorar as instituições e evitar o isolamento de ideias e discursos que fragiliza a concepção de política.

Para Habermas, portanto, por meio de maior participação e um processo bem definido de deliberação, um sistema democrático é capaz de se revigorar com novas ideias e discursos, evitando-se uma auto-democratização interna do sistema (LUBENOW, 2010). Em sua teoria, uma democracia deve se preocupar com o procedimento normativo bem definido para se fazer escolhas, permitindo que o maior número de pessoas façam parte dele. Ao se abrir a participação do debate político e racionalizar a escolha política por meio do procedimento, a ação comunicativa será hábil a alcançar a melhor escolha política possível. Ou seja, dentro de sua teoria da ação comunicativa, cabe ao direito definir o procedimento de escolha e permitir que o maior número de pessoas participe do debate que, dialeticamente, irá recair na melhor escolha possível, pois “uma esfera pública que realiza do procedimento pela ação comunicativa, abandonando a ação instrumental, possibilita a

construção de uma expectativa de racionalidade dos procedimentos em sede de esfera pública” (MÜLLER, 2015).

A chave da teoria de Habermas, portanto, está na percepção procedimental da democracia que permite a institucionalização, por meio da participação, dos discursos e negociações às quais, com o auxílio da ação comunicativa, fundamenta a suposição de racionalidade para todos os resultados obtidos de acordo com o processo (HABERMAS, 1997, p.368).

A participação do maior número de pessoas, portanto, numa perspectiva deliberativa procedimental de Habermas, traria escolhas mais racionais, pois “forçaria os cidadãos a ter de justificar suas decisões e opiniões apelando, em alguma medida, a interesses comuns, argumentando com proposições assertóricas que todos pudessem discordar” (LEAL, 2006, p.61). Este processo de "abertura" para a institucionalização deve estar ancorado num amplo conceito de democracia procedimental e deliberativa (LUBENOW, 2010).

Outro benefício oriundo de maior participação no processo democrático, apesar de não ser tratado diretamente por Habermas - mesmo que implicitamente faça parte do seu discurso - é o caráter educativo da participação. A participação, para alguns autores clássicos da democracia como Rousseau e George Douglas Howard Cole, além dos benefícios apresentados por Habermas já mencionados, traria também um caráter educativo, caráter esse sintetizado por Carole Pateman, ao analisar os estudos de Rousseau, sobre a participação na democracia, que afirma que a participação também “prova um efeito psicológico sobre os que participam, assegurando uma inter-relação contínua entre o funcionamento das instituições as qualidades e atitudes psicológicas dos indivíduos que interagem dentro delas” (PATEMAN, 1992, p.35).

5. Conclusão

Pelo exposto, ao se verificar o problema exposto no introito do trabalho, bem como ao identificar que a Política Pública é uma arena disputa pela riqueza, como mencionado por Thiago Breus, o poder público tem o dever de buscar a participação de todos os segmentos da sociedade antes de escolher como irá alocar os escassos recursos, para assim garantir que as Políticas Públicas não atendam aos interesses de pequena parcela da sociedade. Para isso, a Democracia Deliberativa de Habermas se apresenta como melhor solução para elitização das Políticas Públicas, pois defende que o exercício da “cidadania estende-se para além da mera participação no processo eleitoral, exigindo uma participação mais direta dos indivíduos no domínio da esfera pública, em um processo contínuo de discussão e crítica reflexiva das normas e valores sociais” (MEDEIROS, 2015).

Em resumo, ao identificar como problema o fato de muitos temas importantes para determinados grupos vulneráveis não serem capazes de encontrar espaço de discussão na agenda política, fazendo com que as Políticas Públicas implementadas não tenham em seu bojo esses temas, a teoria de Habermas sobre democracia procedimental deliberativa apresenta-se como melhor solução, pois permite que as Políticas Públicas sejam enxergadas como devem ser desde 1956 (Democracia como poliarquia de Dahl), ou seja, como: “expressão de um processo público, no sentido de abertura à participação de todos os interessados, diretos e indiretos, para a manifestação clara e transparente das posições em jogo” (BUCCI, 2006, p.103).

De todo modo, não se “tem a visão romântica de que tudo se resolverá proporcionando esses espaços de participação à comunidade”, conforme advertência de Müeller (MÜLLER, 2015). O que se busca indicar como essencial para a criação de Políticas Públicas que satisfaçam direitos fundamentais dos mais necessitados é perceber que a escolha e implementação de Políticas Públicas devem ser tratadas como “processo ou conjunto de processos que

culmina na escolha racional e coletiva de prioridades, para a definição dos interesses públicos reconhecidos pelo direito”, e por isto, como “processo de formação do interesse público” (BUCCI, 2006, p.103), tornando-se essencial que haja uma abertura e qualificação desses espaços de discussão, onde a participação deliberativa ocorra de forma espontânea, livre e igualitária (MÜLLER, 2015), pois, “onde o indivíduo é mais livre onde ele coopera com seus iguais na feitura das leis” (PATEMAN, 1992, p.54).

De todo modo, ao buscar a participação efetiva do maior número de pessoas no debate político, a ressalva da Professora Caroline Mueller se faz necessária pois, “para operacionalizar tal perspectiva, é imprescindível construir uma linguagem comum capaz de ser codificada e compreendida pelo homem comum” (MÜLLER, 2015), evitando-se assim um linguagem indecifrável para maioria das pessoas, que serve somente para limitar o número de participantes hábeis a decifrar tais códigos e, conseqüentemente, limitar o próprio debate político.

Desta forma, para superar o problema de elitização das Políticas Públicas, torna-se necessário aumentar ao grau de democracia no Estado Brasileiro e abandonar as características da “*democracia incompleta*”, de modo a garantir uma emancipação ao povo. “Emancipação esta que deve se refletir em uma cidadania participativa e engajada no controle da administração, efetivando assim os procedimentos formais de democracia participativa previstos em suas constituições” (MÜLLER, 2015).

Referências

BIRKLAND, Thomas. (2005), **An Introduction To The Policy Process: Theories, Concepts, And Models Of Public Policy Making**. M E Sharpe Inc; 2 edition, 2005.

BRASIL, Felipe Gonçalves; CAPELLA, Ana Cláudia Niedhardt. **O processo de Agenda-Setting para os Estudos das Políticas Públicas**. In: Revista de Pesquisa em Políticas Públicas. Edição nº 06 - 1º Semestre de 2015.

- BREUS, Thiago Lima. **Políticas Públicas no Estado Constitucional: problemática da concretização dos direitos fundamentais pela Administração Pública brasileira contemporânea**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2006.
- BUCCI, Maria. **Fundamentos para uma teoria jurídica das Políticas Públicas**. 1ª Ed. Saraiva: São Paulo, 2000.
- Caroline Müller; PASE, Eduarda Simonetti. **A necessária relação entre democracia e controle social: discutindo os possíveis reflexos de uma democracia “não amadurecida” na efetivação do controle social da administração pública**. Revista de Investigações Constitucionais, Curitiba, vol. 2, n. 1, p. 293-311, jan./abr. 2015.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Para uma dogmática constitucional emancipatória**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- CORONA NAKAMURA, Luis Antonio. **Las candidaturas independientes en la interpretación jurisdiccional**. Revista de Investigações Constitucionais, Curitiba, vol. 4, n. 2, p. 63-76, maio/ago. 2017.
- CUNHA, Patrícia Rodrigues Chaves. **O debate em torno de Políticas Públicas: o caso da política nacional de juventude no Brasil**. Seminário Nacional de Ciência Política: Democracia em Debate. Universidade Federal do Rio Grande do Sul- UFRGS. Porto Alegre. Set/2008.
- DAHL, Robert A. **Sobre a democracia**. Brasília: Universidade de Brasília, 2001.
- DAL BOSCO, Maria Goretti. **Novo conceito da discricionariedade em Políticas Públicas sob um olhar garantista, para assegurar direitos fundamentais**. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/manaus/direito_humano_admin_maria_dal_bosco_e_paulo_valle.pdf>. Acesso em 03 out. 2013.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: Entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Gtempo Brasileiro. 1997.

HACHEM, Daniel. **Tutela Administrativa Efetiva dos Direitos Fundamentais Sociais: por uma implementação espontânea, integral e igualitária**. Tese (doutorado) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2014.

HAROLD, Laswell. La orientación hacia las políticas. In: AGUILAR VIALLNUEVA, Luís F. **El estúdio de las Políticas Públicas**. México: Miguel Angel Porrúa, 2000.

HESSE, Konrad. **Temas fundamentais do direito constitucional**. São Paulo Saraiva 2009.

HÖFFE, Otfried. A democracia no mundo de hoje. São Paulo: Martins Fontes, 2005. HOFLING, Eloisa de Mattos. Estado E Políticas (Públicas) Sociais. Cadernos Cedes, ano XXI, nº 55, novembro/2001.

LEAL, Rogério Gesta. **Estado, administração pública e sociedade: novos paradigmas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do Judiciário no Estado Social de Direito. In: FARIA, José Eduardo (Org.). **Direitos Humanos, direitos sociais e justiça**. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 113-143.

LUBENOW, Jorge Adriano. Esfera pública e democracia deliberativa em Habermas: modelo teórico e discursos críticos. *Kriterion* [online]. 2010, vol.51, n.121, pp.227-258.

MIURA, Irene Kazumi (org.) **Políticas Públicas; Conceitos básicos**. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/303682/mod_resource/content/1/MaterialDidatico_EAD%2017%2004%202015.pdf>

PATEMAN, Carole. **Participação e teoria democrática**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992.

PIRES, Luis Manuel Fonseca. Políticas Públicas e o direito fundamental à adequada administração penitenciária. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 3, n. 1, p. 183-202, jan./abr. 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SARTORI, Giovanni. **A teoria da democracia revisitada**. Ática: São Paulo. 1994.

SECCHI, Leonardo. **Políticas Públicas: Conceitos, esquemas de análise, casos práticos**. Cengage Learning.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia da Letras, 2010.

SOUZA, Celina. **Políticas Públicas: uma revisão da literatura**. In: Sociologias, Porto Alegre, ano 8, nº 16, jul/dez 2006.

SPOSATI, Aldaíza de Oliveira. **Mapa da exclusão/inclusão social na cidade de São Paulo**. São Paulo: EDUC, 1996.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Políticas Públicas, direitos fundamentais e controle judicial**. Belo horizonte: Fórum, 2009

MEDEIROS, Alexsandro Melo; NORONHA, Nelson M. Ação comunicativa e ação dialógica: diálogos entre Jürgen Habermas e Paulo Freire no âmbito da esfera pública. In: **II Congresso Nacional de Educação (CONEDU)**, 2015, Campina Grande. Anais do II Congresso Nacional de Educação (CONEDU), 2015. v. 2. p. 1-12.

A inclusão dos Direitos Humanos no currículo escolar como Direito Fundamental e compromisso internacional do Estado brasileiro

*Bianca M. Schneider van der Broocke**

*Steve Beloni Corrêa Dielle Dias***

Introdução

Conforme a Unesco, a educação em direitos humanos pode ser definida como um conjunto de atividades de educação, de capacitação e de difusão de informação, orientado para a criação de uma cultura universal de direitos humanos. Uma educação integral em direitos humanos não somente proporciona conhecimentos sobre os direitos humanos e os mecanismos para protegê-los, mas, além disso, transmite também as aptidões necessárias para promover, defender e aplicar os direitos humanos na vida cotidiana das pessoas. Assim a educação em direitos humanos promove as atitudes e o comportamentos necessários para que os direitos humanos para todos os membros da sociedade sejam respeitados. Espera-se que a educação em direitos humanos, muito mais que apenas um conteúdo intelectual, deve ser vista

* Advogada. Mestre em Direito pela Universidade Cândido Mendes – RJ. Doutoranda em Direito Socioambiental e Sustentabilidade na PUCPR. Bolsista CAPES/PROEX.

** Advogado. Especialista em Direito Comercial Internacional pela The Nottingham University, UK, Mestre em Direito pela PUC/PR, Doutorando em Direito Econômico e Desenvolvimento na PUC/PR. Presidente da Comissão de Direito Internacional da OAB/PR.

como mediadora entre a prescrição normativa e a realização dos direitos no Cotidiano.

Portanto, a incorporação destes conteúdos teóricos à sala de aula, tem sentido enquanto inspiram valores e atitudes que conduzem ao desenvolvimento de competências cidadãs de convivência. Ademais, sua efetividade é medida na proporção que este ensino impregna e transforma a relação entre os agentes educativos, sobre a dignidade humana. Mas também os direitos humanos na escola implicam necessariamente a existência de garantias de seu respeito através das normas de conduta e dos mecanismos de proteção desses direitos. No ambiente fora da escola deve existir um contexto jurídico correspondente que garanta aos docentes e aos estudantes o respeito do Estado de seus direitos e o desenvolvimento de normas e políticas para ampliar e melhorar essa proteção.

Diante desse ponto de vista, é insustentável a ação pedagógica na sala de aula sem avanços correspondentes no âmbito jurídico e político e na sociedade em geral. Utilizando-se do método hipotético dedutivo este artigo visa ressaltar fundamentos e parâmetros, importantes e necessários, para a implementação do direito à educação em direitos humanos nas instituições escolares brasileiras. Para tanto, no primeiro tópico do presente trabalho é abordada a educação em Direitos Humanos como direito fundamental na perspectiva do princípio constitucional da igualdade, bem como o direito à educação no contexto político-social brasileiro. A seguir, no segundo tópico, são apresentados os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil na OEA para a educação em Direitos Humanos nas instituições escolares nacionais. E, a partir das temáticas desenvolvidas, conclui-se que há um longo caminho pela frente para um efetivo processo de educação em direitos humanos no país, que seja coerente com os valores e princípios contidos nos tratados internacionais, com base no respeito à dignidade humana.

1. A educação em Direitos Humanos como direito fundamental, o PL n° 256/2011 e as Diretrizes e Bases da Educação Brasileira.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, editada pela Organização das Nações Unidas em 1948, após o término da Segunda Guerra Mundial, trouxe em seu bojo a positivação de direitos fundamentais reconhecidos à universalidade dos seres humanos e, como consequência, deu origem a um novo modelo estatal, o do Estado Social, em que se pretende o equilíbrio entre os direitos à igualdade e à liberdade.

Assim, além de resguardar a esfera de autonomia do indivíduo, elegendo a lei como limite de atuação do Estado, as ordens jurídicas passaram a elencar deveres, diretrizes e normas programáticas a serem cumpridas pelo órgão estatal – por meio de prestações positivas –, em prol da concretização dos direitos mais caros à coletividade dos cidadãos. Neste contexto, “os direitos fundamentais passam a ser considerados, para além de sua função originária de instrumentos de defesa da liberdade individual, elementos da ordem jurídica objetiva, integrando um sistema axiológico que atua como fundamento material de todo o ordenamento jurídico” (SARLET, 2011, p. 60).

A assunção de uma posição de destaque dos direitos fundamentais de segunda dimensão¹ nos textos constitucionais, visando atribuir aos poderes constituídos, comportamento ativo na realização da justiça social, representou uma mudança no paradigma jurídico do Estado liberal, a partir da modificação da postura estatal abstencionista para o enfoque prestacional, no

¹ Classifica a doutrina como sendo de primeira dimensão (ou geração) aqueles direitos fundamentais ditos de defesa do indivíduo perante o Estado, demarcando uma esfera de liberdade individual em face do seu poder (direito à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade, ou seja, direitos civis e políticos). Os da segunda dimensão seriam os direitos econômicos, sociais e culturais. E, os da terceira dimensão, também denominados de direitos de fraternidade ou de solidariedade, seriam aqueles destinados à proteção de grupos humanos, caracterizando-se como direitos de titularidade coletiva ou difusa (SARLET, 2011, pp. 45 – 50).

sentido da concretização desses direitos por meio das políticas públicas² e da conseqüente intervenção do Estado na vida econômica e social (BUCCI, 2006, pp. 3-4).

No Brasil, a Constituição de 1988 adveio como uma forma de reação aos graves retrocessos consagrados durante o governo militar, bem assim como resposta às aspirações relativas à superação da profunda desigualdade socioeconômica produzida ao longo da história do país, incorporando fortemente a afirmação dos direitos humanos. Assim, dentre outras mudanças, trouxe a previsão acerca da proibição da tortura, restabeleceu o voto direto e secreto, fixou penas severas contra as restrições às liberdades civis, dispôs sobre o acesso à justiça, incluiu mecanismos de participação política e estabeleceu um amplo rol de liberdades e direitos fundamentais, em especial os direitos sociais, definindo inclusive os seus modos de concretização. Além disso, para o monitoramento eficiente do Estado enquanto concretizador de políticas públicas consagrou o texto constitucional um Supremo Tribunal Federal ativo e independente, armado com um forte sistema de controle de constitucionalidade concentrado e abstrato.

Dentre os direitos fundamentais sociais previstos na Constituição Federal, encontra-se o direito à educação, que deverá ser “promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”, nos termos do art. 205. Para a concretização desse direito, dentre outras providências previstas no próprio texto constitucional, dispõe o art. 214 que a lei estabelecerá o plano nacional de educação, de duração decenal, com o objetivo de articular o sistema

² Cumpre mencionar, neste ponto, que é a partir do conceito formulado por Maria Paula Dallari Bucci que se emprega o termo “política pública” no presente trabalho, in verbis: “Política pública é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial – visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados” (BUCCI, 2006, p. 39).

nacional de educação em regime de colaboração e definir diretrizes, objetivos, metas e estratégias de implementação, para assegurar a manutenção e desenvolvimento do ensino em seus diversos níveis, etapas e modalidades por meio de ações integradas dos poderes públicos das diferentes esferas federativas.

A norma que prevê a forma de elaboração e as regras gerais para esse plano nacional com duração decenal é a Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei nº 9.394/1996), sendo que o plano que atualmente se encontra em vigor está disposto na Lei nº 13.005/2014 e dá origem à atual versão da Base Nacional Comum Curricular. O órgão responsável pela formulação e avaliação das políticas públicas de educação dele decorrentes é o Ministério da Educação que, para tanto, conta com o auxílio do Conselho Nacional de Educação e das Câmaras que o compõem (Câmara de Educação Básica e Câmara de Educação Superior), conforme preceitua a Lei nº 9.131/1995.

1.1 A educação como direito fundamental social na perspectiva do princípio constitucional da igualdade.

Desde o reconhecimento constitucional do direito à educação como um dos direitos fundamentais sociais, decorrentes da internalização dos direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro, o seu desenvolvimento pôde ser caracterizado a partir de duas ênfases: a expansão da escolarização e a afirmação da construção de uma educação escolar comum a todos, na perspectiva do direito à igualdade, enquanto norma motriz do pacto social democrático de 1988 (CANDAU, 2012, p. 720). Neste diapasão, como se depreende do Relatório sobre o Direito à Educação, realizado pela Plataforma Brasileira de Direitos Humanos, Econômicos, Sociais e Culturais (DhESC Brasil), em 2004,³ conceber a educação como Direito Humano significa

³ Disponível em <http://escoladegestores.mec.gov.br/site/8-biblioteca/pdf/>

considerar o ser humano na sua vocação ontológica de querer “ser mais” e, para tanto, a educação deve ter como horizonte a construção de uma cidadania participativa, a formação de sujeitos de direito, o desenvolvimento da vocação humana de todas as pessoas nela implicadas.

Essa ênfase na qualidade da educação, em prol da igualdade, traz consigo políticas, programas e iniciativas orientadas para o reconhecimento da diversidade, em geral promovidas em resposta a demandas dos movimentos sociais, como explica Vera Maria Ferrão Candau. E, como exemplos do desenvolvimento desta perspectiva, temos as políticas de ação afirmativa, a escola inclusiva, a introdução da história e cultura afro-brasileira, africana e indígena nos currículos escolares, a educação quilombola, a educação no campo, a educação intercultural indígena, e a elaboração de materiais pedagógicos para o enfrentamento da homofobia, do sexismo e do racismo no ambiente escolar (CANDAU, 2012, pp. 721-722). No entanto, como alerta a autora:

Estas iniciativas vêm provocando muitos debates entre educadores e na sociedade em geral. Políticas de igualdade e de reconhecimento da diversidade referidas à educação escolar parecem, algumas vezes, estar em contraposição e, em outras, se desenvolver através de movimentos justapostos, sem a necessária articulação (CANDAU, 2012, p. 722).

Nesse contexto, a educação em direitos humanos no Brasil tem apresentando diversas trajetórias, sempre intimamente articuladas com os processos político-sociais vivenciados no país. Em 2003, no primeiro ano do regime governamental promocional do Partido dos Trabalhadores (KOENER, 2013, p. 83), o país assistiu ao lançamento do Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos (PNEDH), elaborado pelo Comitê Nacional de Educação

em Direitos Humanos, da Secretaria de Direitos Humanos, órgão vinculado à Presidência da República.

Segundo o PNEDH, cuja segunda edição se deu em 2006, educar em direitos humanos é fomentar processos de educação formal e não-formal, de modo a contribuir para a construção da cidadania, o conhecimento dos direitos fundamentais, o respeito à pluralidade e à diversidade sexual, étnica, racial, cultural, de gênero e de crenças religiosas. Nesse processo, a educação é tanto um direito humano em si mesmo, como um meio indispensável para realizar outros direitos fundamentais ao desenvolvimento e à dignidade humana. Destarte, o PNEDH, na condição de política pública de educação, contribui para a criação de uma cultura universal dos direitos humanos direcionada ao fortalecimento do respeito aos direitos e liberdades fundamentais do ser humano; ao pleno desenvolvimento da personalidade humana e senso de dignidade; à prática da tolerância, do respeito à diversidade de gênero e cultura, da amizade entre todas as nações, povos indígenas e grupos raciais, étnicos, religiosos e linguísticos; e à possibilidade de todas as pessoas participarem efetivamente de uma sociedade livre.

No mesmo sentido, a Resolução n.º 1, de 30 de maio de 2012, do Ministério da Educação, ao estabelecer as Diretrizes Nacionais para a educação em Direitos Humanos, passou a dispor que o uso de concepções e práticas educativas fundadas nos Direitos Humanos e em seus processos de promoção, proteção, defesa e aplicação na vida cotidiana e cidadã de sujeitos de direitos e de responsabilidades individuais e coletivas, é um dos eixos fundamentais do direito à educação. Prevê a normativa que aos sistemas de ensino e suas instituições cabe a efetivação da Educação em Direitos Humanos, implicando a adoção sistemática dessas diretrizes por todos(as) os(as) envolvidos(as) nos processos educacionais. Ademais, preceitua que a educação em Direitos Humanos tem a finalidade de promover a educação para a mudança e a transformação social, bem como o objetivo central de

formação para a vida e para a convivência, no exercício cotidiano dos Direitos Humanos como forma de vida e de organização social, política, econômica e cultural nos níveis regionais, nacionais e planetário. Acrescentando que este objetivo deverá orientar os sistemas de ensino e suas instituições no que se refere ao planejamento e ao desenvolvimento de ações de Educação em Direitos Humanos adequadas às necessidades, às características biopsicossociais e culturais dos diferentes sujeitos e seus contextos.

Tal direcionamento é referendado na Declaração Universal dos Direitos Humanos e no Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ao afirmarem que toda pessoa tem direito à educação, orientada para o pleno desenvolvimento da personalidade humana, e fortalecimento do respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais. No âmbito nacional, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação estabelece que educar em direitos humanos é fomentar uma prática educativa “inspirada nos princípios de liberdade e nos ideais de solidariedade humana, com a finalidade do pleno desenvolvimento do educando, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”.

1.2 O PL 256/2011 e o direito à educação no contexto político-social brasileiro.

Em paralelo a essas iniciativas do Poder Executivo, em 2011 o Deputado Federal Pompeo de Mattos apresentou uma proposição legislativa (PL 256/2011) com o intuito de alterar a Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, para incluir os Direitos Humanos como diretriz a ser observada pela educação básica e meio de alcance dos objetivos do ensino fundamental.⁴ Segundo a Justificativa contida

⁴ *In verbis*: Art. 1º O inciso I, do art. 27 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, passa a vigorar com a seguinte redação:

“ Art. 27 I- a difusão de valores fundamentais ao interesse social, aos direitos humanos, aos direitos e deveres do cidadão, de respeito ao bem comum e à ordem democrática”. (NR)

Art. 2º O inciso II, do art. 32 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, passa a vigorar com a

no PL, tomando como norte o papel da educação para a “disseminação mundial” da Declaração Universal dos Direitos Humanos, o projeto busca reverter o “quadro de desconhecimento dos princípios fundamentais dos direitos dos homens”, tendo em vista que o referido diploma legal não determina, com clareza, que “os conteúdos curriculares da educação básica devam ter por diretriz a difusão dos direitos humanos, tampouco explicita que esses direitos tenham que ser introjetados ao nível do ensino fundamental”.

Aprovado pela Comissão de Educação e Cultura em 06/10/2011, o PL 256 seguiu para a Comissão de Constituição e Justiça (CCJ), onde obteve parecer favorável no mesmo ano (17/11/2011), tendo sido, porém, arquivado, em janeiro de 2015, por falta de inclusão na Ordem do Dia durante a legislatura vigente, nos termos do art. 105, *caput*, do Regimento Interno da Câmara dos Deputados. Em fevereiro do mesmo ano, na legislatura seguinte, a pedido do Deputado Arnaldo Jordy, a proposição foi desarquivada e devolvida à CCJ que, em maio de 2017, passou a deliberar novamente sobre o tema, emitindo mais uma vez um parecer favorável ao PL, que desde 29/06/2017 se encontra na Mesa Diretora da Câmara dos Deputados.

Essas últimas movimentações, no entanto, foram uma forma de *backlash*⁵ devido ao fato de que em abril de 2017, já no governo Temer, o Ministério da Educação (MEC) divulgou uma nova versão da Base Nacional Comum Curricular, sem as

seguinte redação:

“ Art. 32II- a compreensão do ambiente natural e social, do sistema político, da tecnologia, das artes, dos direitos humanos e dos valores em que se fundamenta a sociedade” .(NR)

⁵ Como explicam Robert Post e Reva Siegel, a palavra *backlash* começou a ser rotineiramente aplicada na arena política durante o Movimento dos Direitos Civis dos negros nos EUA (1955 – 1968), quando o termo desenvolveu um “uso mais amplo”, que se refere tanto à resistência do sul aos direitos civis e também a “reação branca” na Norte. Neste sentido, *backlash* passou a designar as contraforças desencadeadas por mudanças ameaçadoras no *status quo* e os cientistas sociais começaram a defini-lo como a reação por parte de grupos que estão em declínio, em um sentido de importância, influência e poder, como resultado de mudanças endêmicas seculares na sociedade (POST; SIEGEL, 2007, pp. 16 – 20).

expressões "orientação sexual" e "identidade de gênero", retiradas do documento na redação final, o que contentou os parlamentares conservadores, mas desagradou entidades de direitos humanos e integrantes da Campanha Nacional pelo Direito à Educação⁶, os quais se insurgiram afirmando que, desde 2015, o debate sobre questões de gênero e sexualidade nas políticas públicas é uma recomendação da Organização das Nações Unidas (ONU) ao Brasil. Isso porque, em 2014, foi publicado pela UNESCO o guia "Orientações Técnicas de Educação em Sexualidade para o Cenário Brasileiro"⁷, voltado para o legislador que trabalha na elaboração dos currículos escolares no país, enfatizando uma educação em sexualidade mais abrangente e de qualidade, de forma a promover saúde, bem-estar, respeito aos direitos humanos e igualdade de gênero, empoderando crianças e jovens para uma vida mais saudável, segura e produtiva.

Ao que se vê, o contexto político-social brasileiro torna cada vez mais urgente a promoção de processos pedagógicos bem definidos e transversais para a educação em Direitos Humanos, que colaborem na construção de uma cultura dos direitos humanos na sociedade como um todo e, particularmente, nos sistemas

⁶ A **Campanha Nacional pelo Direito à Educação** surgiu em 1999, impulsionada por um conjunto de organizações da sociedade civil que participaria da Cúpula Mundial de Educação em Dakar (Senegal), no ano seguinte. O objetivo era somar diferentes forças políticas, priorizando ações de mobilização, pressão política e comunicação. Hoje é considerada a articulação mais ampla e plural no campo da educação básica no Brasil, constituindo-se como uma rede que articula mais de 200 grupos e entidades distribuídas por todo o país, incluindo movimentos sociais, sindicatos, organizações não-governamentais nacionais e internacionais, fundações, grupos universitários, estudantes, juvenis e comunitários, além de centenas de cidadãos que acreditam na construção de um país justo e sustentável por meio da oferta de uma educação pública de qualidade. Tem como missão atuar pela efetivação e ampliação dos direitos educacionais para que todas as pessoas tenham garantido seu direito a uma educação pública, gratuita e de qualidade no Brasil. Gerida por uma equipe de coordenação geral e dirigida por um comitê diretivo nacional, a Campanha possui 22 comitês regionais espalhados por Brasil, que garantem sua base social.

Atualmente, a Campanha coordena o movimento "PNE pra valer!", formado por diversos ativistas e organizações, que realizam em todo o território nacional uma série de ações para incidir sobre a tramitação e a criação da lei que dará origem ao novo Plano Nacional de Educação (PNE). Disponível em: www.campanhaeducacao.org.br

⁷ Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0022/002277/227762por.pdf>

educacionais, em consonância com os compromissos internacionais assumidos pelo país, conforme será exposto no próximo tópico deste trabalho.

1. A educação em Direitos Humanos nas instituições escolares e os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil.

A Declaração Universal de Direitos Humanos, que em 2018 completa setenta anos, foi adotada em 10 de dezembro de 1948 pela Assembleia Geral da ONU, e se aplica a toda comunidade internacional, com o objetivo de que os direitos humanos e valores de cunho universal devem ser respeitados por todos os Estados. Esta declaração é um dos mais importantes instrumentos jurídicos internacionais, o qual inaugurou a dimensão humana dos direitos no amplo sistema global de proteção de direitos humanos, possibilitando assim a incorporação de princípios e direitos correlatos nas nações.

Em seus trinta artigos, os princípios presentes na Declaração Universal de Direitos Humanos situam-se na confluência democrática entre os direitos e liberdades individuais e os deveres para com a comunidade em que se vive. Como demonstração de sua força ética nas últimas décadas, inúmeros outros documentos relacionados aos Direitos Humanos vêm sendo elaborados e acordados em todo o mundo. Todos eles expressam preocupação com a necessidade de difusão e disseminação do conhecimento relacionado aos Direitos Humanos, como se depreende do teor do art. 26, *in verbis*:

“1. Todo ser humano tem direito à instrução. A instrução será gratuita, pelo menos nos graus elementares e fundamentais. A instrução elementar será obrigatória. A instrução técnico-profissional será acessível a todos, bem como a instrução superior, está baseada no mérito.

2. A instrução será orientada no sentido do pleno desenvolvimento **da personalidade humana** e do fortalecimento

do **respeito pelos direitos do ser humano** e pelas **liberdades fundamentais**. A instrução promoverá a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e grupos raciais ou religiosos e coadjuvará as atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz.

3. Os pais têm prioridade de direito na escolha do gênero de instrução que será ministrada a seus filhos. (Grifo nosso)”

Esse arcabouço normativo internacional visa a desenvolver uma consciência para a educação em Direitos Humanos, conforme se depreende do texto da Convenção sobre os Direitos Da Criança, que foi adotada pela ONU em 20 de novembro de 1989 e entrou em vigor em 2 de setembro de 1990 e que foi rapidamente incorporada ao Direito Brasileiro, entrando aqui em vigor e tendo sido promulgada pelo Decreto 99.710 de 21 de novembro de 1990⁸.

⁸ DECRETO Nº 99.710, DE 21 DE NOVEMBRO DE 1990.

Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança.

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 frequência 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.

Em seu artigo 28, item 2, dispõe o Decreto que 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 referida convenção. Nessa toada, a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 1º, inciso III já estabelece que um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito é a Dignidade da Pessoa Humana. E a mesma Constituição ainda trata deste assunto nos artigos 170, 226 § 7º, 227 e 230 (RAMOS, 2017, p. 76).

Internacionalmente, a dignidade da pessoa humana também é assegurada em inúmeros Documentos, tais como no preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos, e nos Pactos Internacionais sobre Direitos Cíveis e Políticos e sobre Direitos Sociais, Econômicos e Culturais, e em todos ressaltando que todos os seres humanos nascem livres e iguais, em dignidade e direitos e liberdade. Para São Tomás de Aquino é inerente a todas as pessoas a dignidade humana, como uma qualidade que nos diferencia dos demais seres e objetos. Ele defende o conceito de que toda pessoa é uma substância individual de natureza racional e centro da criação por serem imagem e semelhança de Deus (RAMOS, 2017, p. 77).

Já Kant entende que tudo tem um preço ou uma dignidade, de modo que aquilo que pode ser precificado é substituível e tem equivalente, já aquilo que não admite equivalente, como o ser humano, possui uma dignidade, de modo que as coisas possuem preço e os indivíduos possuem dignidade (RAMOS, 2017, p. 77). As pessoas são o fim em si mesmo e não o meio.

Para Ingo Sarlet a dignidade humana consiste na qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano, que o protege contra todo tratamento degradante e discriminação odiosa, bem como assegura condições materiais mínimas de sobrevivência (SARLET, 2001, p. 60).

Essa é a base teórica que serve de parâmetro à identificação da concepção que orienta o trabalho na educação em Direitos

Humanos, norteando as políticas nessa esfera, nos âmbitos nacional e internacional, sendo de fundamental importância para o aprimoramento dos legisladores e educadores, a quem compete viabilizar esse direito fundamental social. E, especificamente em relação à formação em direitos humanos dos profissionais que atuam nas mais diversas áreas da educação, a prática pedagógica também precisa ser conduzida de forma a atentar à metodologia estabelecida para a condução desses processos nos compromissos internacionais assumidos pelo país. Como afirma Abraham Magendzo, “pretender aproximar-se deste saber como um observador, como um acumulador acrítico, como um receptor passivo é desconhecer a natureza do saber da democracia e dos Direitos Humanos” (MAGENDZO, 1994, pp. 145-146).

O professor é aquele que vai mediar diversas relações e conflitos que ocorrem no espaço escolar, em especial, é mediador da relação entre a criança e o conhecimento social e científico. É aquele que não será capaz de promover respeito, senão praticá-lo, e que não poderá desconstruir preconceitos se for preconceituoso, não poderá formar as crianças/alunos para a cidadania ativa se não a exerce e sequer conhece seus direitos. Portanto o professor precisará estar bem preparado e ter a consciência de que precisará de técnicas para ensinar e fazer os alunos vivenciarem este mesmo conhecimento. Passar por essa experiência é muito importante na formação em direitos humanos, principalmente para as crianças e jovens.

Destarte, a Educação em Direitos Humanos, conforme a UNESCO, pode ser definida como um conjunto de atividades de educação, de capacitação e de difusão de informação, fundamental para a criação de uma cultura universal de Direitos Humanos.⁹

⁹ Programa Mundial para educação em direitos humanos, Plano de Ação. Unesco: Nova Iorque e Genebra, 2006.

2.1 As diretrizes da Organização dos Estados Americanos para a Educação em Direitos Humanos.

Em 30 de dezembro de 1999, por meio do Decreto n. 3.321/2001, foi promulgado no Brasil o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, denominado de "Protocolo de São Salvador", concluído em 17 de novembro de 1988, em São Salvador, El Salvador. Esse tratado internacional também reforça a legislação e posicionamentos já mencionados, expressando isso especificamente em seu artigo 13, que versa sobre o direito à educação, *in verbis*:

- “1. Toda pessoa tem direito à educação.
2. Os Estados Partes neste Protocolo convencionam em que a educação deverá orientar-se para o pleno desenvolvimento da personalidade humana e do sentido de sua dignidade e deverá fortalecer o respeito pelos direitos humanos, pelo pluralismo ideológico, pelas liberdades fundamentais, pela justiça e pela paz. Convencionam, também, em que a educação deve capacitar todas as pessoas para participar efetivamente de uma sociedade democrática e pluralista, conseguir uma subsistência digna, favorecer a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e todos os grupos raciais, étnicos ou religiosos e promover as atividades em prol da manutenção da paz.
3. Os Estados Partes neste Protocolo reconhecem que, a fim de conseguir o pleno exercício do direito à educação:
 - a) O ensino de primeiro grau deve ser obrigatório e acessível a todos gratuitamente;
 - b) O ensino de segundo grau, em suas diferentes formas, inclusive o ensino técnico e profissional de segundo grau, deve ser generalizado e tornar-se acessível a todos, pelos meios que forem apropriados e, especialmente, pela implantação progressiva do ensino gratuito;
 - c) O ensino superior deve tornar-se igualmente acessível a todos, de acordo com a capacidade de cada um, pelos meios que forem apropriados e, especialmente, pela implantação progressiva do ensino gratuito;

- d) Deve-se promover ou intensificar, na medida do possível, o ensino básico para as pessoas que não tiverem recebido ou terminado o ciclo completo de instrução do primeiro grau;
 - e) Deverão ser estabelecidos programas de ensino diferenciado para os deficientes, a fim de proporcionar instrução especial e formação a pessoas com impedimentos físicos ou deficiência mental.
4. De acordo com a legislação interna dos Estados Partes, os pais terão direito a escolher o tipo de educação a ser dada aos seus filhos, desde que esteja de acordo com os princípios enunciados acima.
 5. Nada do disposto neste Protocolo poderá ser interpretado como restrição da liberdade dos particulares e entidades de estabelecer e dirigir instituições de ensino, de acordo com a legislação interna dos Estados Partes.”

Dentre os esforços internacionais da Organização dos Estados Americanos (OEA) para promover o referido Protocolo, está a elaboração de um Pacto Interamericano pela Educação em Direitos Humanos, em 2011. Esse documento foi planejado em conjunto com o Instituto Interamericano de Direitos Humanos (IIDH)¹⁰, pensando no desenvolvimento de ações sobre três campos, enfatizando nos pontos de conexão que conduzem ao fortalecimento da dimensão pedagógica da educação em direitos humanos, através de uma estratégia de incidência sucessiva e complementar, quais sejam: o reconhecimento legal do direito à educação em direitos humanos, o desenvolvimento de políticas públicas educativas, e o fortalecimento das condições e recursos pedagógicos do sistema educativo para a educação em direitos humanos.

O primeiro campo de ação envolve a subscrição e ratificação dos instrumentos internacionais e sua inclusão expressa

¹⁰ Criado em 1980 pelo Convênio entre a Corte Interamericana de Direitos Humanos e a República da Costa Rica, o IIDH é uma entidade internacional autônoma, acadêmica, dedicada ao ensino, pesquisa e promoção dos direitos humanos, facilitando o diálogo com os diversos atores do movimento dos direitos humanos e das autoridades estatais. Sobre ele: <https://www.iidh.ed.cr>

na Constituição e nas leis, além do desenvolvimento de normativa que permita a instalação e funcionamento dos mecanismos legais de proteção e realização do direito à educação em direitos humanos. O segundo se refere à forma de implementação das normas de proteção dos direitos humanos, que requer o desenvolvimento de estratégias político-administrativas que impliquem na execução de ações inter-relacionadas do Estado em diferentes âmbitos. Neste diapasão, o IIDH recomenda que as políticas públicas se concentrem em quatro frentes: dotação de infraestrutura e recursos técnicos; desenho, adequação e implementação curricular; abordagem da exclusão, da discriminação e da pobreza desde a educação em direitos humanos; e segurança e erradicação da violência.

Outra iniciativa da OEA foi a Resolução da Assembleia Geral (AG/RES) n. 2673¹¹, sobre “A educação em direitos humanos na educação formas nas Américas”, que dispõe que a educação em direitos humanos desde a primeira infância contribui para o fortalecimento do sistema democrático, contribui para o desenvolvimento, a segurança e o progresso das sociedades livres nas Américas e ainda constitui um elemento essencial para a promoção e proteção dos direitos humanos e das liberdades fundamentais.

De acordo com Candau, a educação em direitos humanos é uma educação comprometida com a formação de sujeitos de direito e a afirmação da democracia, da justiça e do reconhecimento da diversidade, com os valores da tolerância, da solidariedade e da justiça social, com a sustentabilidade, a inclusão e a pluralidade. Além disso, na medida em que objetiva formar pessoas críticas e comprometidas com a transformação social, a Educação em Direitos Humanos tem um caráter eminentemente político. Dessa forma, dentro de um processo crítico, torna-se possível modificar

¹¹ Disponível em https://www.iidh.ed.cr/multic/UserFiles/Biblioteca/IIDHpt/11_2011/7eacac2d-cdf4-428d-9513-3a319255c4d8.pdf

atitudes, condutas e convicções, não pela imposição de valores e princípios, mas sim por meios democráticos de construção e de participação, que possibilitem a experiência diária desses direitos e a capacidade de atuar frente às inúmeras injustiças e desigualdades encontradas em nossa sociedade (CANDAU, 2009, pp. 79-80).

Nesse sentido, como pontua a autora, existem importantes desafios na realização da prática pedagógica em direitos humanos, sendo os problemas mais recorrentes: a) desconstruir a visão do senso comum sobre os direitos humanos; b) assumir uma concepção de direitos humanos e explicar o que se pretende atingir em cada situação concreta (para evitar a polissemia); c) construir ambientes educativos, que respeitem e promovam os direitos humanos; d) incorporar a visão de direitos humanos no currículo escolar e como um dos eixos norteadores dos projetos político-pedagógicos; e) introduzir a educação em direitos humanos na formação inicial e continuada de educadores(as); f) estimular a produção de materiais de apoio; e g) articular políticas de igualdade e de reconhecimento das diferenças (CANDAU, 2009, pp. 81-82).

As contribuições almejadas para a educação em direitos humanos e cidadania seriam, principalmente, promover e estimular situações relacionadas à prática da tolerância e do respeito às diversidades culturais, sexuais e étnicas, as quais estariam pautadas no processo necessário de “formação de cidadãos críticos e conscientes de seus direitos e deveres” (BRASIL, 2003, p. 10).

Conclusão

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, promulgada pela Organização das Nações Unidas em 1948, após o término da Segunda Guerra Mundial, fez com que as nações progredissem na esfera de proteção dos direitos humanos, enquanto influenciadora de outros importantes instrumentos

jurídicos, como as Constituições e demais normas legais, que possuem o condão da realização e implementação de valores humanos nos âmbitos nacionais. No caso do Brasil, contudo, muito ainda precisa ser feito para se alcançar a plena dignidade da pessoa humana, principalmente no que tange à educação como direito humano e ao direito à educação em Direitos Humanos.

A educação em Direitos Humanos tem por escopo a formação integral do cidadão, como sujeito de direito e na perspectiva do princípio da igualdade, enquanto corolário do nosso pacto político. Mas o caminho para um processo de educação em direitos humanos é longo e exige a adoção efetiva das diretrizes já previstas em lei e de uma prática pedagógica que seja coerente com os valores e princípios contidos nos tratados internacionais de direitos humanos que o Brasil é signatário, que têm por base o respeito à dignidade humana.

A educação não é mais somente responsável pela transmissão de conteúdo, também é sua função preparar para a cidadania, o que significa que deve promover a compreensão dos direitos e deveres para que a convivência em sociedade seja plenamente vivenciada desde os primeiros contatos com o outro, sob o manto da tolerância e com respeito à diversidade e ao pluralismo.

Referências bibliográficas

Brasil. **Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos**. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, Ministério da Educação, 2003.

_____. **Lei nº 13.005, de 25 de junho de 2014**, Aprova o Plano Nacional de Educação - PNE e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Atos2011-2014/2014/Lei/L13005.htm. Acesso em 8/12/2018.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). **Políticas Públicas: Reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006, pp. 1-49.

CANAU, Vera Maria Ferrão; SACAVINO, Suzana. Educação em direitos humanos no Brasil: ideias-força e perspectivas de futuro. In: MAGENDZO, Abraham (Org.) **Pensamiento e ideas-fuerza de la educación en derechos humanos en Iberoamérica**. Santiago, Chile: OIE/Orealc/Unesco, 2009. pp.68-83.

CANAU, Vera Maria Ferrão. **Direito à educação, diversidade e educação em direitos humanos**. *Educ. soc.*, Campinas, v. 33, n. 120, p. 715-726, jul.-set. 2012. Disponível em: <http://www.cedes.unicamp.br>

KOERNER, Andrei. Ativismo Judicial? Jurisprudência constitucional e política no STF pós-88. **Novos Estudos**, v. 96, Jul. 2013 p. 69-85.

MAGENDZO, Abraham. Formación de profesores para una educación para la vida democrática y el respeto a los Derechos Humanos. In: MAGENDZO, Abraham (Org.) **Educación en derechos humanos: apuntes para una nueva práctica**. Santiago: CNRR-PIIE, 1994. pp.139-146.

POST, Robert C.; SIEGEL, Reva B. Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash. In: **Harvard Civil-Rights Civil-Liberties Law Review**. v. 42. Cambridge: Harvard University, 2007.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 4^a edição, 2^a Tiragem. São Paulo: Editora Saraiva, 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

_____. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2001.

Programa Mundial para Educação em Direitos Humanos, Plano de Ação. Unesco: Nova Iorque e Genebra, 2006. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/dados/textos/edh/br/plano_acao_programa_mundial_edh_pt.pdf. Acesso em 08/12/2018.

Direitos Humanos nas Cortes

Diálogos judiciais sobre direitos humanos no *Ius Constitutionale Commune Latino-Americano*¹

*Ana Carolina Lopes Olsen*²

*Katya Kozicki*³

Introdução

O pluralismo jurídico tornou-se uma realidade inevitável para a maior parte dos juízes ao redor do mundo, e não é diferente na América Latina. Não só diversos sistemas jurídicos interagem para solucionar problemas semelhantes como também precisam conviver com disputas de sentidos envolvendo esses sistemas, notadamente quando eles se dirigem a sociedades diversas, como ocorre com Convenções e Tratados Internacionais. No sistema interamericano, a Convenção Americana estabelece uma série de

¹ Esse texto corresponde a palestra apresentada no I Seminário Nacional de Direito Constitucional: os 30 anos da Constituição e o STF, realizado pela UNINTER, em parceria com a Escola da Magistratura do Paraná (EMAP) e o Centro de Estudos da Constituição da UFPR, em 28 de setembro de 2018, no auditório do Tribunal de Justiça do Paraná. Trata-se de versão simplificada do texto “Judicial Dialogues in the Inter-American Human Rights System: propositions towards pluralism”, submetido à Revista Culturas Jurídicas em 2018.

² Doutoranda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Mestre em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná. Professora de Direito Constitucional e Direitos Humanos do Centro Universitário Católica de Santa Catarina, Joinville.

³ Professora titular nos programas de graduação e pós-graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná e Universidade Federal do Paraná. Doutora em Ciências Jurídicas pela Universidade Federal de Santa Catarina. Professora Visitante no Centro de Estudos para Democracia, da Universidade de Westminster, Londres, de 1998 a 1999. Pesquisadora visitante na Benjamin Cardozo School of Law, Nova York, EUA, de 2012 a 2013. Pesquisadora com Bolsa Produtividade do CNPq, Brasil.

normas de direitos humanos que terão seu sentido preenchido pelos diversos atores do sistema, mas especialmente, daqueles dotados de autoridade interpretativa, como a Corte Interamericana e as Cortes Constitucionais. Qual a extensão da proteção ao direito à vida desde a concepção, tal como garantido no artigo 4º da Convenção? Tanto cortes constitucionais quanto a Corte Interamericana podem apresentar respostas diversas para a questão, o que justifica a preocupação com a construção de standards comuns capazes de acomodá-las.

Especialmente no sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, essa realidade impulsionou as Cortes nacionais a levar em consideração como suas vizinhas decidem e, especialmente, atentar para sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que por si mesmas demandam dos Estados o seu cumprimento. A comunicação entre as Cortes assume a feição de diálogos judiciais que revelam uma dupla importância: de um lado, criam o ambiente ideal para a troca de argumentos e razões de decidir, assim favorecendo o surgimento de padrões jurídicos comuns capazes de gerar maior segurança para o processo decisório; de outro, precisamente em virtude dessa troca de ideias, eles respeitam e fomentam o pluralismo, permitindo que esses padrões se abram para a divergência e a diversidade.

Nesse panorama, verifica-se necessidade de se acomodar o pluralismo jurídico no ambiente latino-americano, notadamente para a proteção dos direitos humanos, o que se viabiliza através de diálogos judiciais enquanto mecanismo de integração capaz de fomentar um *Ius Constitutionale Commune*. Nesse ambiente, os diálogos travados entre a Corte Interamericana e as Cortes nacionais possibilitariam de fato a proteção dos direitos humanos sem descuidar da preservação do pluralismo?

Para responder a esse problema, esse estudo se pautou pelo método dedutivo e pesquisa bibliográfica, dividindo-se em três partes. Na primeira, serão abordados os métodos pensados por Mireille Delmas-Marty para acomodar o pluralismo jurídico e

promover sua integração (coordenação, unificação e harmonização), a fim de identificar aquele que melhor se encaixa no sistema interamericano de direitos humanos. Na segunda, serão compreendidas as categorias de diálogos judiciais desenvolvidas por Anne-Marie Slaughter (horizontal, vertical e vertical-horizontal), e associadas ao modelo de integração identificado. Na terceira e última parte, serão abordados os diálogos travados no sistema interamericano, compreendido como um *Ius Constitutionale Commune*, a fim de verificar se a integração realizada se adequa à proposta de preservar o pluralismo jurídico.

1. Propostas de integração do pluralismo jurídico no *Ius Constitutionale Commune*

A paisagem jurídica do século XXI está marcada pela imprecisão e pela fluidez. O pilar de sustentação do discurso sobre o direito corresponde a uma pluralidade de normas e sistemas jurídicos entrelaçados – ora de forma a se fortalecer mutuamente, ora a se imbricarem em curtos circuitos que apresentam respostas diversas para problemas semelhantes que ultrapassam fronteiras (DELMAS-MARTY, 2006, p. 7-9).

Trata-se de um fenômeno que se integra a novos arranjos mundiais⁴, em que o cidadão deixou de estar sujeito apenas às leis de seu Estado, mas de ser titular de direitos num plano internacional em que a soberania assume caráter instrumental pois o Estado se abre para o panorama internacional em uma relação de interdependência (MORALES ANTONIAZZI, 2013, p. 181). O paradigma jurídico deixa de estar centrado na figura estatal já que o Estado não é um fim em

⁴ Anne-Marie Slaughter compreende essa realidade como uma “Nova Ordem Mundial” que os Estados perdem sua centralidade mas se desagregam em redes que tem outros atores como elementos centrais da solução dos conflitos que ultrapassam as fronteiras. Dentre esses atores, reconhece inclusive a função dos juizes, que dialogam com decisões estrangeiras e de outros tribunais, especialmente para decidir sobre casos que repercutam internacionalmente. (SLAUGHTER, 2004, p. 15-16; 31). Em que pese essa visão, a proteção dos direitos humanos ainda depende essencialmente da estrutura institucional dos Estados.

si, mas existe para o desenvolvimento da pessoa humana (*human rights approach*) (PIOVESAN, 2013, p. 390).

O pluralismo jurídico se manifesta em diversos níveis de produção e decisão judicial: (1) dentro das cortes nacionais; (2) quando cortes internacionais aplicam normas domésticas como parâmetro para interpretação de normas internacionais; (3) quando cortes internacionais sintetizam normas nacionais para demonstrar o apoio que sua posição têm perante as cortes nacionais; (4) quando as mesmas situações encontram definições diferenciadas em diversos tratados internacionais; e (5) decisões judiciais de cortes internacionais que divergem entre si na interpretação e aplicação das mesmas normas internacionais (DELMAS-MARTY, 2018).

Todos esses níveis de interlocução clamam por alguma forma de integração. Atenta a essa realidade, Delmas-Marty categorizou três modelos de ordenação (*ordering pluralism*) ou acomodação do pluralismo jurídico: coordenação, harmonização e unificação (DELMAS-MARTY, 2018).

A **coordenação** favorece uma leve ordenação do pluralismo pois por ela os sistemas jurídicos mantêm uma livre troca de conceitos e padrões jurídicos, em um processo não vinculante que não traz nenhuma intenção de estabelecer planos hierárquicos entre os interlocutores. Delmas-Marty (2006, p. 52-53) observa que as interferências cruzadas de fundamentos de julgados preservam profundamente o pluralismo, mas não são capazes de acomodá-los quando geram resultados conflitantes. Aqui, esses exemplos estrangeiros – os “excedentes”, para usar a linguagem de Frydman (2016, p. 25) são usados a partir da “autoridade” reconhecida ao seu prolator, mas uma autoridade que pode ser questionada, ou posta de lado. Isso mostra que essa interação dinâmica, sem hierarquia, não é suficiente para solucionar conflitos decorrentes de tratamentos jurídicos diversos, próprios do pluralismo. Essa inter-normatividade permite a afirmação de uma comunidade de valores, uma espécie de

comunidade de juízes (SLAUGHTER, 2003, p. 219), mas não de um direito comum ou comunitário.

O nível de maior intensidade de integração possível pode ser identificado na **unificação**. Nela, os sistemas jurídicos nacionais são combinados em um modelo hierárquico de primazia do internacional, que realiza um controle de constitucionalidade/convencionalidade a partir de parâmetros rígidos de validade. Nesse caso, há maior segurança para o direito comum, mas pouca – ou nenhuma – preservação do pluralismo e da divergência. Essa é uma solução que acaba sendo difícil de implementar em sentido prático – pois frequentemente encontra resistência por parte dos agentes públicos domésticos, ciosos de suas particularidades identitárias. Ainda, difícil de justificar em termos éticos, em razão da desconsideração em relação à alteridade e o estabelecimento de uma ordem superior com matizes imperialistas (DELMAS-MARTY, 2006, p. 101-103).

Uma terceira proposta de integração do pluralismo jurídico prima pela tentativa de equilíbrio entre as duas propostas anteriores. A **harmonização** representa um grau mais profundo de interação entre os sistemas jurídicos que a coordenação, pois há uma ordem jurídica integradora que, embora não exija obediência cega de seus membros, demanda reconhecimento e compromisso em torno de alguns princípios – notadamente os direitos humanos. Mas também foge de uma codificação uniformizante, ao propor uma integração imperfeita e aberta aos particularismos locais. Essa harmonização instaura uma relação vertical em que o sistema internacional interage com o nacional, ora estando em uma posição mais elevada, em que controla os sentidos dos direitos, ora sendo deferente ao sistema nacional, o que lhe proporcionaria flexibilidade e compatibilização às especificidades culturais, históricas, sociais, econômicas, de cada sociedade (DELMAS-MARTY, 2006, p. 71-78).

Esse tipo de integração pode ser encontrado na proposta de um *Ius Constitutionale Commune*, idealizado por Armin von Bogdandy (2016), que tem por premissas teóricas a “combinação

dogmática entre o direito nacional e o internacional público, a orientação metodológica focada em princípios, a centralidade dos direitos e a estratégia de buscar transformações graduais.” (VON BOGDANDY, 2016, p. 13). Esse *Ius Constitutionale Commune* se estrutura a partir de três pilares: “uma concepção interdependente de direitos fundamentais, uma concepção social de democracia e uma concepção participativa de justiça constitucional” (ARANGO, 2014, p. 26-27). O ponto comum na interação entre esses diversos direitos seria precisamente a Convenção Americana de Direitos Humanos (VON BOGDANDY, 2016, p. 17-18).

Assim, diante do pluralismo jurídico que marca a realidade mundial, um olhar para a América Latina sugere um modelo de integração capaz de articular premissas comuns, sem contudo imposições unilaterais, mas sim abertas às proposições jurídicas domésticas.

Nessa seara, passa-se a analisar os diálogos judiciais que contribuem para o desenvolvimento desse modelo.

2. As modalidades de diálogos judiciais

Em matéria de diálogos judiciais, a primeira tarefa é reconhecer que não há um diálogo, mas diálogos – travados em circunstâncias diversas, tendo temas e atores diversos (juízes, administradores, legisladores). É possível, contudo, reconhecer certos requisitos para que a figura dos diálogos esteja presente. Eles pressupõem necessariamente uma abertura da ordem jurídica que se percebe uma entre outras diversas, muitas vezes regulando temáticas muito próximas ou idênticas, como violações de direitos humanos (FRYDMAN, 2016). Os diálogos sobre os quais se pretende focar se enquadram nessa categoria, pois nesse caso há um compromisso dos juízes para com uma certa acomodação entre concepções jurídicas diversas, na medida em que eles integram sistemas internacionais e regionais de direitos humanos.

Os diálogos judiciais vão além da consulta ao direito estrangeiro, enquanto prática de direito comparado, para se estender às razões de decidir e aos fundamentos adotados pela jurisprudência estrangeira enquanto um argumento persuasivo, que poderá fundamentar a decisão sobre uma dada demanda. Os diálogos têm um sentido maior, são uma conversa aberta e constante, em que fundamentos são analisados, trocados, adaptados, em uma espiral dialética por vezes progressiva, outras regressiva, mas sempre voltada para sínteses de sentido como novas premissas para discussão (FACHIN, 2017, p. 19). Como coloca Benoît Frydman (2016, p. 24-25), os diálogos judiciais têm uma dimensão integrativa tal como a idealizada por Ronald Dworkin com a categoria da “cadeia de direito”, em que se agrega à noção temporal de justaposição de precedentes uma noção espacial de justaposição de sistemas jurídicos diversos. Assim, “o juiz não fundamenta mais sua decisão sobre precedentes, ou seja, sobre antecedentes, mas igualmente, se ousarmos dizê-lo, sobre excedentes, ou antes, sobre extra-cedentes” (FRYDMAN, 2016, p. 25).

Especialmente em sede de direitos humanos, esses diálogos têm uma dupla importância: de um lado eles criam o espaço especial para a troca de fundamentos e argumentos jurídicos, de modo a possibilitar a criação de standards comuns e garantir segurança ao processo decisório envolvendo direitos humanos. De outro lado, precisamente em razão dessa troca de ideias, os diálogos respeitam e fomentam o pluralismo, permitindo que os standards comuns estejam abertos para a diversidade e a divergência.

Observando a realidade das trocas judiciais, Anne-Marie Slaughter (1994, p. 112) idealizou três espécies de diálogos, a partir da posição ocupada pelos juízes interlocutores em seus sistemas jurídicos: diálogos horizontais e verticais, que podem permanecer puros ou interagir entre si num modelo misto vertical-horizontal.

No modelo de harmonização, mais adequado ao *Ius Constitutionale Commune* Latino-Americano, esses diálogos

assumem o caráter convencional, já que juízes nacionais e internacionais interagem em torno de compromissos decorrentes da Convenção Americana de Direitos Humanos (BURGORGUE-LARSEN, 2013, p. 243).

O diálogo horizontal é aquele praticado pelas Cortes Constitucionais entre si – são interlocutores que estão no mesmo nível hierárquico do sistema, e dialogam porque estão ligados e vinculadas aos mesmos tratados internacionais (SLAUGHTER, 1994, p. 103). Esses tratados internacionais também passaram por um processo de constitucionalização, sendo incorporados ao sistema jurídico doméstico por cláusulas de abertura nas Constituições (MORALES ANTONIAZZI, 2013, p. 189). Assim, os juízes latino-americanos se tornam co-responsáveis pela definição da extensão e o conteúdo das normas de direitos humanos, o que desencadeia uma complementação e até transformação do direito doméstico a partir de standards de direitos humanos, mas ao mesmo tempo preserva espaço para divergências em razão de particularidades culturais. Nesse sentido, o diálogo horizontal acaba por ser institucionalizado, pois contribui para a criação de um *Ius Constitutionale Commune*.

É o que se pode verificar no caso Gelman, em que a Suprema Corte de Justiça do Uruguai reportou a Lei de Caducidade contrária à Convenção Americana de Direitos Humanos, e também violadora da soberania popular, a partir da jurisprudência interamericana, e especialmente de um julgado da Corte Suprema de la Nación, da Argentina, a respeito da lei de anistia (MOHALLEN, 2017, p 106). A partir da jurisprudência argentina, a Corte Uruguaia usou o fundamento de “bloco constitucional”, com consonância com os ditames do *Ius Constitutionale Commune*. Também concernente à lei de anistia, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADPF n. 153, fundamentou conclusão oposta – a de que a Lei de Anistia brasileira não violava a soberania popular e somente por iniciativa do Legislador poderia ser revogada. Embora seja condenável o desalinhamento do Supremo Tribunal Federal em relação à

jurisprudência interamericana, Michael Mohallen (2017), verificou que sua fundamentação levou em consideração a jurisprudência de outras Cortes Superiores (Argentina, Uruguai), para mostrar que a situação brasileira estaria em diferente contexto (BRASIL, 2010, p. 183 e ss.).

Todavia, é preciso reconhecer que o Supremo Tribunal Federal, ao se engajar em diálogos horizontais, tem uma atuação mais voltada para a coordenação do que harmonização.

Nessa modalidade, o Supremo Tribunal Federal já fundamentou suas decisões a partir de julgados de cortes europeias ou a Corte Norte-Americana (no julgamento do HC 82424, conhecido como caso *Ellwanger*, o Ministro Marco Aurélio fundamentou seu voto-vista em decisões da Corte Constitucional Alemã, da Suprema Corte dos Estados Unidos, do Tribunal Constitucional Espanhol) (BRASIL, 2003). Na maioria das vezes, porém, sequer há diálogo, mas extensa citação de legislação estrangeira (ADI 3510, sobre a pesquisa com células tronco), o que pode configurar prática de direito comparado, mas não verdadeiro diálogo judicial, em que a troca de argumentos favorece o estabelecimento de standards comuns.

Já o diálogo vertical é aquele que ocorre entre as Cortes situadas em níveis hierarquicamente diferentes em um sistema multinível, como as Cortes Constitucionais e a Corte Interamericana de Direitos Humanos (SLAUGHTER, 1994, p. 106). Esse diálogo manifesta a intenção de construir um direito comum a partir da harmonização de diferentes significados de direitos humanos, o que não pode, todavia, ser resolvido por critérios maniqueístas ou excludentes, mas necessariamente por uma atuação combinada capaz de articular as propostas divergentes.

Significa dizer que esse diálogo vertical pode ser tanto num sentido de incorporação da jurisprudência supranacional por cortes nacionais numa modalidade conhecida como *top-down* (é o caso da Colômbia, por determinação da própria Constituição Colombiana, e na prática jurisprudencial da Argentina que tem

forte incorporação), como também da internacionalização de padrões nacionais em virtude de sua implementação pela Corte Interamericana, num modelo *bottom-up* (GÓNGORA-MERA, 2013, p. 312). Na Europa, por exemplo, a Corte Constitucional Alemã desenvolveu a doutrina da proporcionalidade, que foi absorvida pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos, e a partir dele espalhou-se por outras Cortes Constitucionais Europeias.

Todavia, o diálogo vertical mantido pela Corte Interamericana com as Cortes Constitucionais muitas vezes deixa pouco espaço para divergência. Essa é a análise final que se pretende: como esses diálogos judiciais têm ocorrido no sistema interamericano de direitos humanos, e se eles têm preservado o pluralismo.

3. Controle e deferência nos diálogos judiciais sobre direitos humanos

Tomando como base o princípio da subsidiariedade (CAROZZA, 2003; DELMAS-MARTY, 2006, p. 72), enquanto princípio estrutural das relações jurídicas internacionais, é possível visualizar duas linhas de ação na interação entre jurisprudência supranacional e nacional: (1) o controle e a ingerência da Corte Interamericana – inclusive orientando a atuação dos juízes nacionais, o qual é desencadeado pela incapacidade do Estado de promover a proteção dos direitos dos cidadãos; (2) a deferência manifestada pela Corte supranacional diante de decisões adotadas na esfera doméstica, que escolhem formas diversas de proteger os direitos humanos segundo suas particularidades culturais. Enquanto a primeira é conhecida como controle de convencionalidade, a segunda é conhecida por margem de apreciação, ou somente deferência. O diálogo judicial implica reciprocidade, não é uma via de mão única. Por vezes será necessário falar (controle de convencionalidade), por outras será necessário ouvir (deferência) (ACOSTA ALVARADO, 2015, p. 266).

Através do controle de convencionalidade, a Corte Interamericana se tornou apta a declarar a compatibilidade de comandos nacionais com os direitos humanos previstos na Convenção Americana, e, ainda mais, definir o significado e o alcance desses direitos. Trata-se de uma atuação que nasceu do comprometimento com a proteção e promoção de direitos humanos nas sociedades latinas, marcadas pela desigualdade, abuso de poder e constantes violações à dignidade humana.

Esse diálogo vertical pressupõe concordância e comprometimento com standards internacionais (estrangeiros). Porém, essas decisões judiciais supranacionais não podem ser insulares, mas devem estar abertas aos argumentos trazidos pelas cortes nacionais, de modo que as melhores soluções sempre derivam de uma interação mútua e respeitosa. Mais que isso, dependem de intensa deliberação, não só dentro do ambiente decisório da Corte, como também com as demais cortes nacionais envolvidas.

Segundo Ferrer Mac-Gregor (2017), a dinâmica do controle de convencionalidade é profundamente dialógica, porque permite que entendimentos adotados pelas Cortes Constitucionais sejam reconhecidos pela Corte Interamericana, inclusive incorporando-se à sua jurisprudência, se forem considerados mais favoráveis, a partir do princípio da interpretação *pro homine*. Mas e se o juiz nacional entender que o seu padrão doméstico é o mais favorável, colocando em disputa o standard supranacional? Deve prevalecer automaticamente o padrão externo? Ainda, até que ponto o critério da norma mais favorável é suficiente para resolver situações em que há direitos humanos afetados nos diversos ângulos da equação? Alguns casos ilustram esse dilema:

No caso *Artavia Murillo vs. Costa Rica* (CORTE, 2012), a Corte Interamericana desacreditou interpretação feita pela Corte Constitucional da Costa Rica. A Corte doméstica proibiu a fertilização *in vitro* em virtude do direito à vida desde a concepção, previsto na Convenção. A Corte Interamericana fez interpretação evolutiva da norma convencional para reconhecer o direito ao

planejamento familiar e à evolução tecnológica, desacreditando a interpretação doméstica.

No caso *Fontevicchia y D'Amico vs. Argentina* (CORTE, 2011), o conflito entre liberdade de expressão de jornalistas, direito à informação do povo argentino e a privacidade do ex-presidente Carlos Menem foram valorados em favor da privacidade na Suprema Corte Argentina. Essa decisão foi considerada sem efeito pela Corte Interamericana, a partir da sua interpretação dos direitos envolvidos, dando prevalência à liberdade de expressão e ao direito à informação.

Em nenhum desses casos a decisão supranacional foi bem recebida e teve plena efetividade. Esse comportamento pode minar a legitimidade da Corte Interamericana, de certa forma comprometendo sua autoridade pública (VON BOGDANDY; VENZKE, 2016, p. 166). Até onde pode avançar a ingerência da Corte Interamericana, a fim de harmonizar o pluralismo jurídico sem unificá-lo?

Não haveria casos em que decisões tomadas pelas Cortes Constitucionais, mediante deliberação e participação popular, como no caso das audiências públicas, ou de controle de constitucionalidade desencadeado por ação popular, na Colômbia, mereceriam ser mantidas por seu valor epistêmico, por sua legitimidade? Por exemplo, quando a Corte Constitucional Colombiana foi chamada a se pronunciar sobre fertilização *in vitro*, decidiu que essa matéria deveria ser decidida pelo Legislativo, mostrando deferência ao ambiente político, em respeito às escolhas identitárias de seu povo. Deveria ter sumariamente aplicado a jurisprudência da Corte Interamericana para reconhecer o direito de cobrar do Estado o acesso a essa modalidade reprodutiva?

Em um mundo em que pode haver profundas divergências culturais, essa diversidade precisa ser levada em consideração e a solução não pode ser um mero ato de autoridade.

Para além da margem de controle evidenciada no controle de convencionalidade, a harmonização dos sistemas jurídicos plurais

deve pressupor uma margem de deferência para as decisões nacionais (quando respeitadas do Estado de Direito, da democracia substancial). Nesse caso, a Corte Interamericana praticaria auto-contenção a fim de deixar (ouvir) a Corte Constitucional definir a convencionalidade e o sentido dos direitos humanos para uma determinada sociedade (o que poderia gerar novos fundamentos a serem aproveitados por outras cortes constitucionais, num diálogo horizontal, ou mesmo pela Corte Interamericana, num diálogo vertical *bottom-up*).

Mireille Delmas-Marty defende uma margem de apreciação, a partir dos exemplos do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (DELMAS-MARTY, 2006, p. 78-81), um instituto que não pode ser simplesmente importado, dadas as particularidades latino-americanas, mas tem muito a ensinar.

Para Andrew Legg (2012, p. 17-18), a margem de apreciação é uma manifestação da deferência de uma corte supranacional a uma corte nacional, quando evidenciado que a Corte atuou na proteção e na promoção dos direitos humanos, a partir de critérios como a proporcionalidade e a razoabilidade. Segundo ele, os juízes locais estariam melhor habilitados para tratar da definição e alcance dos direitos humanos nos casos concretos que lhe são assinalados, por melhor conhecerem as particularidades não só jurídicas, mas sobretudo históricas, sociais, econômicas daquela comunidade.

Em outra aproximação, Roa Roa, Chueiri et. al. (2018, p. 224) afirmam que a deferência seria tecnicamente diferente da margem de apreciação, pois estaria relacionada à matéria sob julgamento. A deferência deveria ser manifestada em casos em que a Corte tem uma competência limitada (especialmente em situações em que a norma convencional atribui ao legislador doméstico um espaço de atuação), ou em situações em que há um profundo desacordo social e político dentro do Estado, o qual só poderia ser resolvido por mecanismos de participação democrática substancial.

É certo que a Corte Interamericana não deve se mostrar deferente quando Cortes Constitucionais chancelam graves violações de direitos humanos. Todavia, com o aumento da complexidade jurídica, política e social na América Latina, especialmente a partir da consolidação da democracia, é possível verificar que a Corte vem sendo chamada a decidir outros tipos de casos, em que os padrões culturais divergentes assumem um papel importante.

No caso da Opinião Consultiva n. 4/84 (CORTE, 1984), a Corte Interamericana tratou de uma emenda constitucional na Costa Rica, reguladora do processo de naturalização, que privilegiava estrangeiros com identidade cultural, histórica ou espiritual com o país. Essa emenda não violaria a Convenção Americana de Direitos Humanos e era razoável e proporcional com valores legítimos do povo costaricense.

No caso *Castañeda Gutman vs. Mexico* (CORTE, 2008) a Corte reconheceu a convencionalidade de uma proibição constitucional de candidatura avulsa (sem filiação partidária), em 2008. Em razão do silêncio da Convenção Americana sobre o tema, seria necessário reconhecer autonomia para a deliberação interna dos Estados, a qual levaria em consideração características históricas e sociais do processo político interno.

Finalmente, no pedido de Opinião Consultiva desencadeado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos acerca dos processos de *impeachment*. Depois de colher diversas contribuições de *amicus curiae*, a Corte decidiu negar seguimento ao processo. Dentre os diversos fundamentos apresentados, a Corte tratou especificamente da “pluralidade de desenhos institucionais que regulam figuras de *impeachment* e juízos políticos, assim como diversas modalidades de processo a serem observado em cada país com variações substanciais que dificultam significativamente sua redução a um standard comum interamericano...” (CORTE, 2018, parágrafo 14). Além disso, observa que os “desenhos institucionais são produtos históricos que respondem às necessidades e à experiência constitucional de cada sociedade” (CORTE, 2018,

parágrafo 17). Mesmo sem expressamente mencionar a deferência, e inclusive admitindo a possibilidade de tratar do tema em casos contenciosos específicos, restou evidente que a Corte Interamericana se conteve quando convocada a proclamar padrões comuns sobre o controle político do poder Executivo, preservando portanto o pluralismo a eles inerente.

4. Conclusão

A América Latina tem vivenciado a emergência de um novo Direito Público. Os elementos históricos, políticos e as desigualdades econômicas que marcam os Estados-membros do Sistema Interamericano de Direitos Humanos permitiram um maior grau de entrelaçamento de seus sistemas constitucionais a fim de gerar um *Ius Constitutionale Commune*, que mais do que refletir, projeta uma realidade em que esses Estados possam cumprir suas promessas de proteção aos Direitos Humanos, respeito à democracia, e garantia do Estado de Direito. Grande parte da operacionalidade desse *Ius Constitutionale Commune* passa pela atuação das cortes jurisdicionais, que instrumentalizam a abertura das constituições para os tratados internacionais de direitos humanos em diálogo com a Corte Interamericana de Direitos Humanos, alçada à condição de autoridade interpretativa do eixo normativo desse novo sistema, a Convenção Americana de Direitos Humanos.

A integração das constituições, tratados, e múltiplas interpretações emanadas das normas de direitos humanos deve ser feita segundo o modelo de harmonização proposto por Delmas-Marty, o qual busca compatibilizar a criação de standards comuns com o respeito às particularidades locais que justamente enriquecem e dinamizam a interpretação e aplicação do Direito. Nessa linha, nos diálogos verticais mantidos pela Corte Interamericana de Direitos Humanos com as Cortes nacionais, não se deve descuidar do controle de convencionalidade, a fim de conter violações de direitos humanos praticadas pelos Estados através da aplicação do Direito pelos seus

juízes, e assim evitar que estes se escondam sob o escudo de uma soberania já relativizada para desrespeitar a Convenção Americana de Direitos Humanos. Porém, de outro lado, a Corte deve estar profundamente atenta para as particularidades culturais, políticas, econômicas e históricas de cada sociedade, a fim de respeitar novas interpretações dos direitos humanos mais compatíveis com essa diversidade.

Dessa foram, em matérias de diálogos, o que importa é o outro. Sua alteridade é que permite a identificação do eu. O *Ius Constitutionale Commune* Latino-Americano é um produto das vivências latinas, de uma esperança comum em dias melhores, formada a partir de identidades diversas, plurais. Essas identidades não podem ser esmaecidas. A autoridade da Corte Interamericana foi erigida pelos cidadãos latino-americanos que nela vêem um espaço de proteção e promoção de direitos. O outro com quem se pode dialogar, porque está disposto a ouvir. Que todos os interlocutores mantenham esse contínuo aprendizado inerente à dinâmica entre o discurso e a atenção.

5. Referências

ACOSTA ALVARADO, Paola Andrea. El diálogo judicial interamericano, un camino de doble vía hacia la protección efectiva. In MEZZETTI, Luca; CONCI, Luiz Guilherme Arcaro (Coord). **Diálogo entre cortes: a jurisprudência nacional e internacional como fator de aproximação de ordens jurídicas em um mundo cosmopolita**. Brasília: OAB, Conselho Federal, 2015.

ARANGO, Rodolfo. Fundamentos del *Ius Constitutionale Commune* en América Latina: Derechos fundamentales, democracia y justicia constitucional. In: von BOGDANDY, Armin; FIX-FIERRO, Héctor, MORALES ANTONIAZZI, Mariela (Coord). ***Ius Constitutionale Commune en América Latina: rasgos, potencialidades y desafíos***. México: UNAM; Heidelberg: Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional., 2014, p. 25-36.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 82.424-RS**. Rel. Ministro Moreira Alves. Brasília: Diário de Justiça, 19 mar. 2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 153-DF**. Julgado em 29 abril 2010. Voto Ayres Brito. Brasília: Diário de Justiça n. 145, 06 ago. 2010.

BURGORGUE-LARSEN, Laurence. De la internacionalización del diálogo entre los jueces. In: VON BOGDANDY, Armin; MORALES ANTONIAZZI, Mariela; PIOVESAN, Flávia. **Estudos Avançados de Direitos Humanos**. Democracia e Integração Jurídica: Emergência de um novo Direito Público. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 231-264.

CAROZZA, Paolo G. **Subsidiarity as a Structural Principle of International Human Rights Law**. (2003). Scholarly Works. Paper 564. Available at: http://scholarship.law.nd.edu/law_faculty_scholarship/564. Access in: Apr. 22 2018

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Artavia Murillo et. al. vs. Costa Rica**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). 28 Noviembre 2012.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina**. Fondo, Reparaciones y Costas. 29 Noviembre 2011.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Opinión Consultiva 4/84**. Enero 19, 1984. Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos**. Agost 6th 2008. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C n. 184. Párrafos n. 149; 155-159.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Resolución de 29 de Mayo de 2018**. Solicitud de Opinión Consultiva Presentada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Párrafos 14-17.

DELMAS-MARTY, Mireille. **Le Pluralisme ordonné**: Les Forces imaginantes du droit 2: Ordonner le Pluralism. Paris: Seuil, 2006.

DELMAS-MARTY, Mireille. **Legal pluralism as a dynamic process in a moving world**. Feb 28, 2018. Available in: <http://jamesgstewart.com/legal-pluralism-as-a-dynamic-process-in-a-moving-world/>. Access in: March 25 2018.

FACHIN, Melina Girardi. À guisa de introdução: os sentidos do constitucionalismo multinível. In: FACHIN, Melina Girardi (Org.). **Direito Constitucional Multinível: diálogos a partir do direito internacional dos direitos humanos**. Curitiba: Prismas, 2017, p. 15-28.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. What do We Mean When We Talk About Judicial Dialogue?: Reflections of a Judge of The Inter-American Court of Human Rights. **Harvard Human Rights Journal**, v. 30, 2017, p. 89-127.

FRYDMAN, Benoît. Diálogo internacional dos juízes e a perspectiva ideal de justiça universal. In PIOVESAN, Flávia; SALDANHA, Jânia Maria Lopes. **Diálogos Jurisdicionais e Direitos Humanos**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 15-32.

GÓNGORA-MERA, Manuel Eduardo. Interacciones y convergencias entre la corte interamericana de derechos humanos y los tribunales constitucionales nacionales: un enfoque coevolutivo. In VON BOGDANDY, Armin; PIOVESAN, Flávia; MORALES ANTONIAZZI, Mariela. **Estudios avanzados de Derechos Humanos**. Democracia e Integração Jurídica: Emergência de um novo Direito Público. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 312-337.

LEGG, Andrew. **The Margin of Appreciation in International Human Rights Law: Deference and Proportionality**. Oxford: Oxford University Press, 2012.

MOHALLEN, Michael. Horizontal Judicial Dialogue on Human Rights: the practice of Constitutional Courts in South America (Chapter 3). In MÜLLER, Amrei. **Judicial Dialogue and Human Rights: Studies on International Courts and Tribunals**. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2017, p. 67-113.

MORALES ANTONIAZZI, Mariela. La doble estatalidad abierta: interamericanización y mercosurización de las Constituciones suramericanas. In VON BOGDANDY, Armin; PIOVESAN, Flávia; MORALES ANTONIAZZI, Mariela. **Estudios avanzados de Derechos Humanos**. Democracia e Integração Jurídica: Emergência de um novo Direito Público. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 178-227.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e diálogo jurisdicional no contexto latino-americano. In VON BOGDANDY, Armin; PIOVESAN, Flávia; MORALES ANTONIAZZI, Mariela. **Estudos avançados de Direitos Humanos. Democracia e Integração Jurídica: Emergência de um novo Direito Público.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 388-409.

ROA ROA, Jorge Ernesto; CHUEIRI, Vera Karam de et al. Amicus curiae sobre a solicitação de opinião consultiva relativa à figura do juízo político ou impeachment apresentada pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, PR, Brasil, v. 63, n. 1, p. 213-266, abr. 2018. ISSN 2236-7284. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/59379>>. Acesso em: 30 abr. 2018. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rfdufpr.v63i1.59379>.

SLAUGHTER, Anne-Marie. A Typology of Transjudicial Communication. **University of Richmond Law Review**, v. 29. Available at: <http://scholarship.richmond.edu/lawreview/vol29/iss1/6>. Access in: September 2018.

SLAUGHTER, Anne-Marie. A global community of Courts. **Harvard International Law Journal**, v. 44. P. 191-219. Available at: <https://www.jura.uni-hamburg.de/media/ueber-die-fakultaet/personen/albers-marion/seoul-national-university/course-outline/slaughter-2003-a-global-community-of-courts.pdf>. Access in: December 2018.

SLAUGHTER, Anne-Marie. **A New World Order.** New Jersey: Princeton University Press, 2004.

VON BOGDANDY, Armin. *Ius Constitutionale Commune* na América Latina: uma reflexão sobre um constitucionalismo transformador. In VON BOGDANDY, Armin; MORALES ANTONIAZZI, Mariela; PIOVESAN, Flávia (Coord.). ***Ius Constitutionale Commune na América Latina.*** V. 1. Marco Conceptual. Curitiba: Juruá, 2016, p. 11-51.

VON BOGDANDY, Armin; VENZKE, Ingo. **? En nombre de quién?** Una teoría de derecho público sobre la actividad judicial internacional. Trad. Paola Andrea Acosta Alvarado. Rev. Pedro Villarreal. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2016.

Reflexões sobre os paradoxos dos direitos humanos e a participação plural na sua construção: o sistema de peticionamento e a participação da vítima nos julgamentos da Corte Interamericana de Direitos Humanos¹

*Camila Salgueiro da Purificação Marques²
Julia Lins das Chagas Lima³*

1 Introdução

O trabalho, que parte de uma perspectiva crítica e paradoxal dos direitos humanos, objetiva analisar a possibilidade de peticionamento à Corte Interamericana de Direitos Humanos, descrevendo o seu procedimento e o acesso do cidadão por meio da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, assim como verificar a participação da vítima no processo. Desse modo, também se investiga se tais mecanismos contribuem para a

¹ Alguns trechos do presente artigo, principalmente do primeiro e segundo tópicos foram abordados e aprofundados no trabalho “Os direitos humanos do trabalhador: apontamentos sobre o julgamento do caso dos trabalhadores da Fazenda Brasil Verde na Corte Interamericana de Direitos Humanos”, que constitui um capítulo do livro “Fronteiras e Horizontes do Direito do Trabalho: resultados de pesquisa do Núcleo de Estudos Avançados em Direito do Trabalho e Socioeconômico” (no prelo).

² Doutoranda em Direito – PUCPR (Pontifícia Universidade Católica do Paraná), Bolsista Capes/Fundação Araucária. Mestre em Direito – PUSP (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo). Bacharel em Direito – UEPG (Universidade Estadual de Ponta Grossa).

³ Pós-Graduada em Direito Civil e Empresarial – ABDConst (Academia Brasileira de Direito Constitucional). Bacharel em Direito – UniCuritiba (Centro Universitário Curitiba).

construção de uma decisão mais plural e, talvez, dialogada com as peculiaridades do país envolvido no julgamento.

A Comissão recebe a petição do cidadão e investiga a situação, podendo elaborar recomendações ao Estado responsável para que se restabeleça o desfrute dos direitos, o que ocorre com o objetivo de que fatos similares não voltem a ocorrer no futuro e para que os fatos ocorridos sejam investigados e reparados. E de acordo com o artigo 25 do Regulamento da Corte, a vítima também é notificada para participar do processo.

Para alcançar o objetivo proposto e descrever os dois procedimentos aqui em foco, primeiramente, tece-se algumas ponderações acerca dos direitos humanos, mormente a respeito do seu caráter paradoxal destacado por Costas Douzinas e por Boaventura de Sousa Santos, assim como a necessidade de existir soluções dialogadas com os valores da sociedade local. Em seguida, trata-se da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que surge com uma proposta de preservação dos direitos humanos, por meio de uma atuação tanto consultiva, como contenciosa, a fim de que não prevaleça um discurso “uniformizante” por parte dos Estados. Por fim, aborda-se a forma como as pessoas que tiveram seus direitos humanos violados podem chegar à Corte, a fim de ter seus casos apreciados, o que é feito por meio da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, assim como a participação da vítima no procedimento.

Importa destacar que a pesquisa utiliza o método dedutivo e está em fase inicial. Não se pretende esgotar a temática, mas despertar o interesse do leitor e trazer algumas luzes à problemática da proteção dos direitos humanos no âmbito internacional.

2 Reflexões sobre os paradoxos dos direitos humanos e a participação plural na sua construção

Os direitos humanos, previstos em Tratados Internacionais, trazem consigo a promessa de emancipação e de autorrealização

do homem. E se de um lado os direitos humanos nasceram com as revoluções burguesas, como ideologia capaz de enfrentar o poder absolutista dos Estados monárquicos, por outro lado, ultrapassaram essa categoria para se revelar como ideologia de todos os regimes contemporâneos. (DOUZINAS, 2009, p. 19).

Se no século XX os direitos humanos foram reconhecidos no plano internacional, e pelo sistema jurídico de diversos Estados como prerrogativas jurídico-morais de todas as pessoas, também foi nesse século que se verificam graves e correntes violações de seus princípios, desde os crimes contra a humanidade praticados no Holocausto, à bomba de Hiroshima e Nagasaki, conflitos genocidas na África, e, mais recentemente, as diuturnas violações de direitos sofridas pelos refugiados. (DOUZINAS, 2009, p. 20)

Conforme preceitua Costas Douzinas (2009, p. 25), para compreender se é válido resgatar a ideia de direitos humanos a partir dos paradoxos que lhe são inerentes, é necessário questionar o lugar que esses direitos passaram a ocupar – incorporados que foram aos sistemas jurídicos dos Estados capitalistas ocidentais, e mesmo ao sistema jurídico internacional de berço nitidamente ocidental cristão. De instrumento crítico de combate ao abuso do Estado, eles foram transformados em mecanismo e discurso legitimador do Estado. Uma vez positivados e revestidos de força jurídica, perderam seu caráter crítico e sua capacidade verdadeiramente emancipatória (DOUZINAS, 2009, p. 26). Nas palavras do autor:

Se os direitos humanos se tornaram o mito realizado das sociedades pós-modernas, a sua história exige que reavaliemos suas promessas longe da arrogância autossatisfeita dos Estados e dos apologistas liberais e tentemos descobrir estratégias políticas e princípios morais que não dependam exclusivamente da universalidade da lei, da arqueologia do mito ou do imperialismo da razão. (DOUZINAS, 2009, p. 26)

Nessa linha, os direitos humanos, nascidos da luta contra o abuso do poder do Estado, na medida em que positivados e

dependentes da “confiança em governos, instituições internacionais, juízes e outros centros de poder público ou privado” perdem sua própria essência, sua “razão de ser”, qual seja, “precisamente defender as pessoas dessas instituições e poderes” (DOUZINAS, 2009, p. 30).

Tal paradoxo inerente à própria ideia dos direitos humanos também foi reconhecido por Boaventura de Souza Santos, e na sua visão decorre do próprio processo histórico que gerou a positivação desses direitos, como um processo dialético entre regulação e emancipação. Para Santos, entretanto, nem todo processo que gerou positivação de direitos humanos e, portanto, contribuiu para o fenômeno da regulação, implica simples tradução de um ideal ocidental imperialista. Eles também implicaram um marco das conquistas das classes trabalhadoras e populares, o que contribuiu para a política dos direitos humanos. Assim, a noção de direitos humanos não é monolítica, pois mesmo dentro do contexto europeu ela é fruto de lutas internas em que concepções distintas lutaram por hegemonia. (BOAVENTURA, 1998, p. 211-212). Precisamente no silêncio das declarações de direitos permanece aberta a promessa de novos direitos, razão pela qual eles guardam, na visão de Santos (1998, p. 212), seu potencial emancipatório e sua natureza utópica. Assim, o foco crítico de Santos não está tanto na inflação de direitos humanos positivados, mas nos eloquentes “silêncios”.

Boaventura de Souza Santos (1999, p. 223) entende que os Estados ainda são, de um lado, os maiores violadores de direitos humanos, e de outro, seus maiores protetores (principalmente no tocante à violação de outros grupos). Todavia, em muitos casos as violações de direitos humanos escapam do controle estatal, o que poderia justificar a existência de um sistema institucional internacional. Como preconiza Douzinas (2016), se é preciso resistir às classificações nacionais, às imposições estatais, num sentido quase libertário, talvez sejam organismos supra estatais que, paradoxalmente, possam garantir o exercício desse direito.

Todavia, o sistema mundial de proteção dos direitos humanos precisaria permitir que os mais diferentes grupos humanos participassem da criação dos direitos. Desse modo, sempre que necessário proteger aquele que legitimamente pretende resistir à opressão, as Cortes devem ser o abrigo, a fortaleza. Mas não poderiam ser elas instrumentos de imposição de um discurso único e “uniformizante”.

Seria possível cogitar, partindo da premissa de que as Cortes Internacionais funcionariam como um espaço de proteção dos direitos mais essenciais, como a igualdade e à resistência à opressão, que suas decisões judiciais internacionais podem funcionar também como espaço de diálogo e construção de sentidos para os direitos humanos. Um diálogo que reconheça outros sistemas jurídicos, outros direitos, outras existências, partindo da premissa de que a construção dos direitos humanos deve se dar de forma intercultural, assim como preconizado por Boaventura de Souza Santos. Nessa linha, as decisões deveriam dialogar com os valores internos de cada sociedade, a fim de fundamentar a implementação de direitos humanos a partir de uma vertente cultural.

Nesse contexto, investiga-se a possibilidade de peticionamento à Corte Interamericana de Direitos Humanos, o que ocorre por meio da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, descrevendo o seu procedimento e sempre refletindo a respeito das decisões que são construídas no seu âmbito, assim como a participação da vítima no processo de julgamento da Corte. E também se investiga se tais mecanismos contribuem, ainda que minimamente, para uma construção mais plural dos direitos humanos.

3 Noções gerais sobre o funcionamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos

Primeiramente, destaca-se que a Convenção Americana dos Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), ratificada pelo

Brasil, estabelece quais são os direitos humanos que necessariamente devem ser observados nos Estados ratificantes. A Convenção constituiu dois importantes órgãos para a preservação dos direitos humanos, quais sejam, a Comissão Interamericana dos Direitos Humanos e a Corte Interamericana dos Direitos Humanos (SILVA, 2006, p. 47-61).

A Sede da Corte é São José, na Costa Rica, podendo ser alterada, de acordo com a votação dos Estados que dela fazem parte. Sua competência obrigatória é reconhecida no Brasil, o que se deu por meio do Decreto Legislativo n.º 89, de 1988. E a natureza da Corte é tanto consultiva, por meio da interpretação dos dispositivos relativos aos direitos humanos, em que fornecem opinião que permite compreender o alcance da legislação; assim como contenciosa, refletida na possibilidade de emissão de decisão quanto à violação ou não de algum direito humano disposto na Convenção (SILVA, 2006, p. 47-61). Mais especificamente, a sua função contenciosa nada mais é do que a verificação no sentido de um Estado ser responsabilizado internacionalmente pela violação de algum direito humano estipulado pela Convenção.

Para que um caso possa ser levado à Jurisdição da Corte é necessária a intermediação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos ou de um Estado. Isto é, o indivíduo e as organizações isoladas não têm poderes para chegar à Corte sem o suporte da Comissão, conforme será explicado detalhadamente no próximo tópico. (CIDH, 2018). Além disso, só podem ser levados à Corte casos contra Estados que ratificaram a Convenção, bem como que necessariamente tenham reconhecido a competência da Corte, o que pode ocorrer apenas em determinado caso concreto a fim de submetê-lo ao julgamento pela Corte (CIDH, 2010).

No entanto, há participação das vítimas e de suas famílias, uma vez que há abertura para que exponham suas pretensões, alegações e material probatório perante à Corte, o que pode ser feito durante todo o procedimento contencioso, assim como podem se manifestar oralmente, o que permite que estejam inseridas

amplamente no processo, podendo contribuir com uma decisão favorável por parte da Corte (AGU, 2017).

Quanto às decisões do Tribunal, é importante ressaltar que são definitivas e irrecorríveis, sendo possível, no entanto, que, a pedido das partes, seja a decisão esclarecida quanto ao seu alcance e sentido. Além disso, é possível o deferimento de medidas provisórias, a fim de resguardar o direito em casos graves e urgentes, evitando-se prejuízos irreparáveis a partir da demora da decisão, o que é de extrema importância às pessoas que estão sendo privadas de seus direitos humanos. (CIDH, 2018) Para o deferimento de medidas cautelares, não é necessário a apresentação de petição anterior, podendo o pedido ser apresentado por qualquer pessoa, inclusive. (CIDH, 2010)

As sentenças proferidas pela Corte são internacionais, uma vez que se trata de órgão jurídico internacional, isto é, elas não se sujeitam à soberania de nenhum Estado em particular, sendo obrigatórias nos Estados que ratificaram a sua jurisdição previamente (CEIA, 2013, p. 113-152). Inclusive, caso se observe a inexecução da sentença, há um órgão próprio que é chamado a integrar à relação, que é a Assembleia da OEA (Organização dos Estados Americanos), que como afirma Ceia (2013, p. 113-152) exerce constrangimento político para que o Estado cumpra a decisão.

Outro ponto importante é que as sentenças proferidas pela Corte não estão sujeitas à homologação perante o Superior Tribunal de Justiça, pois as normas aplicadas são normas internacionais que já foram aceitas pelo Direito Brasileiro, sendo dispensável um duplo controle, inclusive, não é admitido se utilizar de norma nacional para evitar a aplicação de decisão proferida pela Corte (CEIA, 2013, p. 113-152).

A função contenciosa da Corte beneficia não só a quem teve seus direitos humanos violados, como também exerce efeitos positivos nas políticas dos países condenados pela violação, ressalta Ceia (2013, p. 113-152). Tomando por exemplo o Brasil, percebe-se

que a condenação influencia o desenvolvimento de políticas públicas, a promulgação de leis que possuam como objetivo o resguardo das pessoas que tiveram direitos humanos violados, assim como atrai olhares da sociedade como um todo à violação, o que não deixa de ser uma forma de combate a futuras transgressões desses direitos.

De fato, de acordo com Bash, Filippini, Laya e outros (2010, p. 09-35), as decisões da Corte exercem influência direta na conduta dos Estados, que são motivados a colocar em prática reformas políticas e jurídicas a partir do resultado que o peticionamento perante à Corte proporciona, o que demonstra o caráter positivo do acesso à Corte.

Não há dúvidas do papel fundamental da Corte para promoção dos direitos humanos, assim como para proporcionar conscientização às pessoas acerca das violações aos direitos humanos e de como essas práticas devem ser rejeitadas e combatidas, como ressalta Ceia (2013, p. 113-152).

4 O sistema de peticionamento à Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a participação da vítima no julgamento

Conforme já mencionado, o peticionamento perante à Corte é intermediado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, cuja função é fazer com que os direitos humanos sejam observados na América (CIDH, 2010).

Uma das formas de incentivo à observância aos direitos humanos é o sistema de peticionamento individual, que possui como consequência a verificação pela Corte da violação ou não de um direito humano, com a consequente atribuição de responsabilidade ao Estado (CIDH, 2010).

Quando do seu surgimento, a Comissão representava um órgão autônomo da OEA, não possuindo como função o exame de violações aos direitos humanos, como atualmente. Tal ampliação de competência foi motivada pela própria Comissão, com a

possibilidade de emissão de recomendações, o que permanece atualmente. Em um primeiro momento, a Comissão evitava a rejeição de qualquer petição que chegasse ao seu conhecimento. No entanto, posteriormente, com o aumento de casos e a entrada em vigor da Convenção Americana, a Comissão e a Corte se tornaram órgãos interconectados para o recebimento das petições. (TRINDADE, 2017, p. 424-426)

Há que se ressaltar que as petições são apresentadas individualmente, por grupos ou ainda, por organizações em face de Estados membros da OEA, que engloba 35 países americanos, tais como a Argentina, Brasil, Canadá, Colômbia, Venezuela, México, Peru, Estados Unidos, entre outros, e possui como objetivos, em síntese, a garantia da paz, a consolidação da democracia representativa e promoção do desenvolvimento econômico e social dos países membros (CIDH, 2010).

O peticionante não necessariamente precisa ser a vítima, no entanto, como regra, a Comissão irá informar ao Estado a identidade da vítima, a fim de saber quem está sofrendo os fatos alegados na inicial. Casos especiais poderão ser examinados pela Comissão, a partir de uma exposição de motivos por parte da vítima, a fim de ter resguardada a sua identidade no caso concreto (CIDH, 2010).

Apesar disso, houve uma modificação regulamentar a fim de inserir no procedimento a vítima ou o seu representante em que, mesmo não sendo as peticionantes iniciais, poderão participar do procedimento de forma escrita, apresentando argumentos, provas, entre outros. É o que dispõe o art. 25 do Regulamento:

Depois de notificado o escrito de submissão do caso, conforme o art. 39 deste Regulamento, as supostas vítimas ou seus representantes poderão apresentar de forma autônoma o seu escrito de petições, argumentos e provas e continuarão atuando dessa forma durante todo o processo. (CIDH, 2018)

Tal modificação permite um maior protagonismo por parte das vítimas e de seus representantes, a fim de garantir um maior equilíbrio processual entre as partes, o que demonstra que a participação da vítima é essencial a fim de que não seja imposto o entendimento uniformizador do Estado no caso concreto, sem a possibilidade de exposição intensa da vítima acerca do direito violado e de suas circunstâncias (Exposición de motivos de la Reforma Reglamentaria, 2018)

A participação da vítima é muito importante e deve ser ampliada e incentivada em todas as etapas do procedimento, o que pode inclusive contribuir com o entendimento do caso, com as especificidades locais para se proferir melhor e mais correta decisão, que se aproxime à realidade do caso.

As condenações são única e exclusivamente destinadas aos Estados, não sendo possível a responsabilização individual de pessoa física. Além disso, é importante destacar que, mesmo os Estados que não ratificaram a Convenção, podem ter seus casos examinados pela Comissão, por meio da alegação de violação aos direitos da Declaração Americana ou ainda violações de outros tratados ratificados pelo Estado específico. Para o caso ser considerado procedente e encaminhado para julgamento na Corte, no entanto, é necessário que diga respeito a Estados que ratificaram a Convenção Americana e tenham aceito a competência da Corte. (CIDH, 2010)

Contudo, para que a Comissão aceite determinado caso, é necessário que já tenham sido esgotadas as possibilidades de julgamento dentro da legislação do Estado envolvido, ou seja, não haja mais possibilidade de recursos, a não ser em casos em que a legislação interna não preveja processo para proteção dos direitos humanos, seja obstado à vítima o acesso a esses recursos, ou ainda, a morosidade para o julgamento sem justificativa para tanto, situações em que será admitida uma solicitação perante a Comissão mesmo sem o esgotamento de recursos internos (CIDH, 2010).

O prazo para a apresentação de solicitação perante a Comissão é de 6 meses a partir do trânsito em julgado da decisão que não admite mais recursos, sendo que nas exceções mencionadas acima, não há prazo determinado fixado, sendo previsto um prazo 'razoável', subjetivamente, para se recorrer à Comissão (CIDH, 2010).

Como regra, as petições devem ser apresentadas em francês, português, inglês ou espanhol, dependendo do idioma oficial do Estado, sendo que casos especiais podem ser avaliados pela Comissão, o que demonstra que a Comissão se mostra aberta a atender às necessidades da vítima e do peticionante nos casos que são levados ao seu conhecimento (CIDH, 2010).

Além disso, não é necessária a presença de advogado para peticionar frente à Comissão e nem mesmo há cobrança de qualquer valor. Não são exigidas cópias autenticadas dos documentos anexos à petição, bastando que sejam legíveis, podendo a petição ser apresentada em vias físicas diretamente à Comissão ou mesmo pela via eletrônica, fax ou correio, percebendo-se a reduzida burocracia da Comissão e disponibilidade para atender as mais diferentes necessidades para o acesso e a garantia da proteção dos direitos humanos (CIDH, 2010).

Todo o procedimento da Comissão se dá pela via escrita, não sendo necessário o comparecimento do peticionante, a não ser em casos específicos em que são agendadas audiências. Inclusive, a Comissão disponibiliza modelos de peticionamento, a fim de auxiliar às partes (CIDH, 2010).

A partir do recebimento da petição, a Comissão fará uma avaliação inicial do caso, em que poderá decidir pela tramitação ou não da petição ou solicitar documentos ou informações adicionais. Após, terá início a etapa de admissibilidade, caso tenha-se decidido pela sua tramitação. Nessa etapa, haverá o envio da petição ao Estado para sua manifestação (CIDH, 2010).

Posteriormente, serão analisadas a petição e as informações apresentadas pelas partes, podendo ser firmado acordo ou então,

haverá decisão acerca do mérito da lide, que são as recomendações, emitidas a partir da verificação da violação de direitos humanos, as quais podem incluir condutas a serem tomadas como investigação, punição dos responsáveis pela violação, suspensão e reparação de danos, alterações legais, entre outras que se mostrem adequadas no caso concreto (CIDH, 2010).

Caso não haja cumprimento da decisão pelo Estado o caso será publicado ou será submetido à Corte Interamericana de Direitos Humanos, a critério da Comissão. Caso seja submetido à Corte, será proferida sentença em processo com participação da vítima, do Estado e da Comissão (CIDH, 2010).

5 Conclusão

Diante do exposto, foi possível verificar a abertura do sistema de peticionamento à Comissão para que a população de modo geral possa buscar e lutar pela preservação dos direitos humanos. Em síntese, a Comissão garante flexibilidades em seu regramento, com redução de burocracia e facilidades que permitem o acesso do peticionante e da vítima à Comissão, como por exemplo, a disposição de modelos de peticionamento com tudo que é necessário constar na petição, a possibilidade de peticionar tanto pela via física como eletrônica, as diversas línguas que podem ser utilizadas pelo peticionante, a fim de que não seja uma barreira à busca de seu direito, a ausência de custos, entre outros.

Ocorre que, o sistema de peticionamento, por si só, apesar de favorecer a dinâmica da Corte, fazendo com que casos cheguem até ela, não garante um diálogo com a sociedade e cultura local do país envolvido no caso *sub judice*, de modo a impedir a aplicação de um entendimento “uniformizante” a tal Estado.

Contudo, o art. 25 do Regulamento e os demais mecanismos da Corte, que possibilitam a participação da vítima em todas as etapas do procedimento, estes sim trazem uma maior abertura para o diálogo, podendo possibilitar a abertura da Corte para os

valores da cultura local, a fim de uma construção mais plural dos direitos humanos.

De um modo geral, como bem destaca Flavia Piovesan (2015), o sistema interamericano como um todo apresenta uma particular institucionalidade marcada pelo protagonismo de diversos atores, onde interagem Estados, vítimas, organizações da sociedade civil nacionais e internacionais, a Comissão e a Corte Interamericana no âmbito da Organização dos Estados Americanos.

Isto é, possui potencialidade para o diálogo e para, quem sabe, uma abertura que considere também os valores e a cultura local.

Referências

BASH, Fernando; FILIPPINI, Leonardo; LAYA, Ana etc. **A eficácia do sistema interamericano de proteção de direitos humanos: uma abordagem quantitativa sobre seu funcionamento e sobre o cumprimento de suas decisões.** Revista internacional de direitos humanos, v.7, n.12, jun.2010, p. 9-35.

CEIA, Eleonora Mesquista. **A jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Desenvolvimento da Proteção dos Direitos Humanos no Brasil.** Revista EMERJ, Rio de Janeiro, v.16, n.61, p. 113-152, jan-fev-mar.2013.

Corte Interamericana de Direitos Humanos. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/113486>. Acesso em 15 dez. 2018.

DOUZINAS, Costas. **O fim dos direitos humanos.** Trad. Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009.

Exposición de motivos de la Reforma Reglamentaria. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/sitios/reglamento/nov_2009_motivos_esp.pdf>. Acesso em 17 dez.2018.

_____. Os paradoxos dos direitos humanos. Trad. Caius Brandão. **Anuário do Núcleo Interdisciplinar de Estudos e Pesquisas em Direitos Humanos/UFG**. V. 1, n. 1, Goiânia: 2011. Disponível em: <<https://www.cienciassociais.ufg.br/up/106/o/ConferenciaAberturax.pdf?1350490879>>. Acesso em: 06 mai. 2017.

_____. Seven Theses on Human Rights: (4) Universalism & Communitarianism are Interdependent. **Critical Legal Thinking**. 30 mai. 2013. Disponível em: <<http://criticallegalthinking.com/2013/05/30/seven-theses-on-human-rights-4-universalism-communitarianism-are-interdependent/>>. Acesso em 12 mai. 2017.

_____. Human Rights for Martians. **Critical Legal Thinking**. 3 mai. 2016. Disponível em: <<http://criticallegalthinking.com/2016/05/03/human-rightsformartians/>>. Acesso em: 09 mai. 2017.

SANTOS, Boaventura de Souza. **La Globalización del Derecho**: los nuevos caminos de la regulación y la emancipación. Trad. César Rodríguez. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 1998.

_____. Human Rights as na Emancipatory Script? Cultural and Political Conditions. In: _____ (Org.) **Another Knowledge is Possible: Beyond Northern Epistemologies**. London: Verso, 2008, p. 3-40.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e Constitucionalismo Regional Transformador: o impacto do Sistema interamericano. **Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional**, Vol.8, ago. 2015, p; 293-316.

SILVA, Andressa de Souza e. **A Corte Interamericana de Direitos Humanos**. Revista Jurídica, Brasília, v.8, n.79, p. 47-61, jun/jul 2006.

Sistema de Petições e Casos: Folheto informativo. Disponível em <<http://www.corteidh.or.cr/>>. Acesso em: 05.12.2018.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. **Princípios do Direito Internacional Contemporâneo**. Brasília: FUNAG, 2017.

O direito à liberdade de expressão e a aplicação das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos no Brasil

*Patricia Almeida de Moraes**

*Vinicius Pedroso de Moraes***

1. Introdução

A liberdade de expressão está relacionada à liberdade de procurar, difundir e receber informações, ideias e opiniões, não importando o conteúdo, sem que isso cause alguma censura ou repressão. Ao ser humano deve ser assegurado o direito de pensar, opinar e de expressar suas ideias, assim como de ter conhecimento de ideias alheias e informações.

Dessa forma, a liberdade de expressão é necessária em uma sociedade democrática, pois nesta a participação popular é imprescindível, sendo que só ocorrerá caso o povo tenha conhecimento dos fatos e informações a respeito daquilo que ocorre no mundo social em que vivem. Nesse sentido, não apenas os fatos e informações devem circular e atingir um amplo conhecimento, mas também as pessoas devem poder expressar

* Mestranda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Bolsista Capes. Pesquisadora no Grupo Direitos Humanos e Direito Internacional: convergências e divergências. Membro da Clínica de Direitos Humanos PPGD/PUCPR. Advogada.

** Graduando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Pesquisadora no Grupo Direitos Humanos e Direito Internacional: convergências e divergências. Membro da Clínica de Direitos Humanos PPGD/PUCPR.

suas opiniões e pensamentos a respeito destes fatos e informações, da realidade à sua volta, sem que haja qualquer tipo de censura prévia ou perseguição que possa impedir ou restringir tanto a liberdade de expressão, como o acesso às informações e opiniões existentes.

Desta forma o direito à liberdade de expressão possui uma importância fundamental na sociedade atual em que vivemos, de forma que em todos os documentos internacionais de proteção dos direitos humanos é assegurado o seu pleno exercício. Neste trabalho apenas será tratado o direito à liberdade de expressão assegurado no âmbito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, pois é o qual o Brasil faz parte sendo membro da Organização dos Estados Americanos (OEA).

O sistema interamericano de Direitos Humanos é composto pela Corte e pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Dessa forma, antes do caso ser levado à Corte, já houve extenso processo no âmbito da Comissão e é possível que várias de suas determinações sejam, desde logo, implementadas pelos Estados.

Será tratado o caso *Gomes Lund Vs. Brasil*, em que o país foi condenado por violação do direito à liberdade de expressão e quais medidas foram impostas pela Corte como condenação ao Estado. Também foi estudado o Parecer Consultivo da Corte, no Caso do registro profissional obrigatório de jornalistas, em que se verificou reflexos desta decisão no Brasil, apesar de o país não ter sido obrigado a aplicá-la, como no caso anterior, entretanto o STF adotou entendimento no mesmo sentido da Corte.

Foi utilizado o método dedutivo de investigação e da pesquisa documental, bibliográfica, jurisprudencial, além da análise de casos, com uma pesquisa exploratória, explicativa e descritiva das decisões proferidas pela Corte e comparação com a jurisprudência Brasileira.

2. O direito à liberdade de expressão no sistema interamericano de direitos humanos

A liberdade de expressão consiste no direito à livre comunicação espiritual, no direito de fazer conhecer aos outros o próprio pensamento, como previsto no art. 11º da Declaração francesa dos direitos do homem de 1989: a livre comunicação de pensamentos e opiniões. Não se trata de proteger o homem isolado, mas as relações interindividuais. Assim, a liberdade de expressão abrange todas as expressões que influenciam a formação de opiniões: não só a própria opinião, de caráter mais ou menos crítico, referida ou não a aspectos de verdade, mas também a comunicação de fatos, ou seja, informações. (SOUZA, 1984, p. 137)

A liberdade de expressão é essencial para a construção de um Estado Democrático de Direito, conforme ensina Alexandre de Moraes (2007, p.111):

A liberdade de expressão constitui um dos fundamentos essenciais de uma sociedade democrática e compreende não somente as informações consideradas como inofensivas, indiferentes ou favoráveis, mas também aquelas que possam causar transtornos, resistência, inquietar pessoas, pois a democracia somente existe a partir da consagração do pluralismo de ideias e pensamentos, da tolerância de opiniões e do espírito aberto ao diálogo.

Em uma sociedade democrática todos devem ter o direito de participação, seja de forma ativa, demonstrando suas ideias e opiniões a respeito do meio e da forma de administração da sociedade, mas também de forma passiva, recebendo informações dos acontecimentos e tendo conhecimento das ideias daqueles que participam de forma ativa. Alexandre de Moraes ainda conclui que “Proibir a livre manifestação de pensamento é pretender alcançar a proibição ao pensamento e, conseqüentemente, obter a unanimidade autoritária, arbitrária e irreal.” (MORAES, 2007, p. 111)

Para o total gozo da liberdade de expressão se faz necessário, primeiramente, haver a liberdade de informação. Todos devem ter o direito ao acesso à informação, devendo ser respeitado o direito de informar e de ser informado, bem como de buscar informações. Por isso é importante sistematizar, de um lado, o direito de informação e, de outro, a liberdade de expressão, de forma que no primeiro está apenas a divulgação de fatos, dados, qualidades, objetivamente apuradas, já no segundo está a livre expressão do pensamento por qualquer meio, seja a criação artística ou literária, que inclui o cinema, o teatro, a novela, a ficção literária, as artes plásticas, a música, até mesmo a opinião publicada em jornal ou em qualquer outro veículo. (CARVALHO, 1999, p. 25)

Assim, a liberdade de informação é parte do direito à liberdade de expressão, pois é a partir do conhecimento dos fatos e dados referente à realidade em que está inserido, é que surgem as ideias, opiniões, pensamentos e formas de expressá-los. A liberdade de expressão faz com que as notícias sejam acessíveis a todos os indivíduos, e que eles possam interpretá-las e chegar às suas próprias conclusões, de forma que possam compartilhá-las com toda a sociedade livremente.

2.1 O artigo 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos¹

A Convenção Americana de Direitos Humanos ou Pacto São José da Costa Rica é considerado como o principal instrumento do Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Essa convenção foi adotada e aberta à assinatura em 22 de novembro de 1969, na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, realizada em São José da Costa Rica, advindo daí o popular nome dado à convenção, contudo, apenas entrou em vigor em 1978.

¹ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. Disponível em: < <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao.americana.htm> > Acesso em 10 de dezembro de 2018.

Este documento, além de definir os direitos humanos, cria obrigações para os Estados, que se comprometem a adotar medidas internas para a proteção desses direitos. Dentre os direitos assegurados pela Convenção, está o direito à liberdade de expressão, presente no artigo 13 que, assim como os demais direitos, deve ser garantido a todos. O artigo 13 estabelece o direito à liberdade de pensamento e de expressão, compreendendo a liberdade de buscar, receber e difundir informações e ideias, por qualquer meio, seja verbal, por escrito, de forma impressa ou artística. O Brasil é signatário da Convenção, de forma que a promulgou em 06 de setembro de 1992, por meio do Decreto nº 678² de mesma data. Ocorre que até a presente data, nem todos os Estados que fazem parte da OEA ratificaram esta Convenção.³

O inciso primeiro do artigo estabelece a liberdade de expressão, da manifestação dos pensamentos e das convicções internas de cada ser humano. A expressão da personalidade de cada um reside em suas crenças sobre o mundo e nas relações sociais. Além disso, o inciso segundo prevê que o exercício do direito não poderá estar sujeito à censura prévia, mas à responsabilidades ulteriores.

As responsabilidades ulteriores, que o artigo 13 menciona, deverão estar expressamente previstas em lei. A responsabilização é necessária para assegurar o respeito dos direitos e da reputação de pessoas que possam ter sido atingidas, além da proteção à segurança nacional, ordem pública ou saúde e moral públicas. Dessa forma, verifica-se que ninguém será impedido de manifestar seus pensamentos e opiniões, contudo, na hipótese de causar

² CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992**. Disponível em: < <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1992/decreto-678-6-novembro-1992-449028-publicacaooriginal-1-pe.html> > Acesso em 11 de dezembro de 2018.

³ Tabela indicativa dos países signatários do Pacto de San Jose da Costa Rica disponível em: < https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/d.Convencao_Americana_Ratif.htm > Acesso em 11 de dezembro de 2018.

prejuízos à honra ou imagem de outrem, será responsabilizado e terá o dever de indenizar.

O dispositivo, em seu inciso terceiro, estabelece que não poderá haver restrição do direito de expressão por vias e meios indiretos. Consideram-se meios indiretos aqueles que difundem informações e as transmitem à população, como papel de imprensa, frequências radioelétricas, ou equipamentos usados na difusão de informações. Assim sendo, não será permitido o abuso do controle de tais meios de comunicação, nem qualquer forma destinada a obstar a comunicação e a circulação de ideias e opiniões. De acordo com o inciso, esses abusos de controles podem partir de órgãos oficiais ou particulares.

Conforme dispõe o inciso quarto do artigo 13, somente poderá haver censura prévia, caso seja estabelecida por lei, e apenas para espetáculos públicos. Essa censura tem o objetivo de regular o acesso de crianças e adolescentes à espetáculos que possam causar prejuízo moral aos mesmos. Essa medida visa proteger as crianças e adolescentes, os quais estão em fase de desenvolvimento social, de caráter e moral. Contudo, este inciso não exclui o disposto no inciso segundo, sendo que esta forma de censura não excluirá as responsabilidades ulteriores.

O inciso quinto dispõe que a lei deverá estabelecer proibição de toda propaganda que seja a favor da guerra, “bem como, apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitamento à discriminação, à hostilidade, ao crime, ou à violência.”. Verifica-se, neste inciso, a máxima de que não se pode permitir que a liberdade atente contra a própria liberdade, de forma que pessoas utilizem a liberdade de se expressar que possuem, para disseminar o ódio contra um certo grupo de pessoas, de forma a atentar contra a liberdade destes.

Nesse sentido, o artigo 32, inciso segundo, da Convenção, considera que os direitos de cada pessoa são limitados pelos direitos dos demais, pela segurança de todos e pelas justas exigências do bem comum, em uma sociedade democrática. Dessa

forma, mostra-se necessária a proibição de propaganda e apologia do ódio e da guerra, para que possa manter uma sociedade democrática harmoniosa.

2.2 A Declaração de Princípios sobre a Liberdade de Expressão⁴

Aprovada pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, em outubro de 2000, a Declaração de Princípios sobre a Liberdade de Expressão reforça, em seu preâmbulo, que a consolidação e o desenvolvimento da democracia dependem da existência da liberdade de expressão, bem como, que tal direito é essencial para o avanço do conhecimento e do entendimento entre os povos, que conduzirá a uma verdadeira compreensão e cooperação entre as nações. Enfatiza-se ainda, que a liberdade de expressão não é uma concessão dos Estados, mas sim, um direito fundamental.

Como primeiro princípio, considera-se a liberdade de expressão como um direito fundamental e inalienável, inerente a todos, sendo indispensável para a existência de uma sociedade democrática. Todas as pessoas devem ter igualdade de oportunidades para receber, buscar e divulgar informações, por qualquer meio de comunicação, sem que haja discriminação.

O direito ao acesso à informação sobre si próprio ou sobre seus bens, de forma fácil e não onerosa, é considerado outro princípio. Da mesma forma, o acesso à informação em poder do Estado, é considerado um direito fundamental, contudo, este princípio admite limitações excepcionais, para casos de perigo real ou iminente que ameace a segurança nacional da sociedade, porém tais limitações deverão ser previamente estabelecidas em lei.

⁴ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Declaração de Princípios Sobre a Liberdade de Expressão.** Costa Rica. 2000. Disponível em : <<http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/s.convencao.liberdade.de.expressao.htm>> Acesso em 10 de dezembro de 2018.

Deverá ser proibida por lei a censura prévia, interferência ou pressão sobre qualquer forma de expressão por qualquer meio de comunicação. As restrições à livre circulação de ideias e informações, assim como a imposição arbitrária de informações, caracterizam violação à liberdade de expressão.

Conforme esta declaração de princípios, a associação obrigatória ou a exigência de títulos para o exercício da atividade jornalística são consideradas restrições ilegítimas à liberdade de expressão. As condutas que regem a atividade jornalística são éticas, contudo não poderão ser impostas pelo Estado. Ainda, estabelece que condicionamentos prévios feitos por parte dos Estados para atestar veracidade, oportunidade ou imparcialidade das informações, são incompatíveis com o direito à liberdade de expressão.

O documento em análise prevê que todo comunicador social tem o direito de reserva de suas fontes de informação, arquivos pessoais e profissionais, de forma que a destruição material dos meios de comunicação, bem como, o assassinato, a ameaça e a intimidação aos comunicadores sociais, violam os direitos fundamentais da pessoa e limita severamente a liberdade de expressão. Nestas situações, cabe aos Estados prevenir e investigar, assim como aplicar sanções aos autores.

A Declaração de Princípios sobre Liberdade de Expressão determina que as leis que tratem de privacidade não poderão inibir ou restringir a investigação e difusão de informações. Sendo assim, a proteção à reputação deverá ser garantida apenas por meio de sanções civis, devendo ser comprovado que o comunicador tinha a intenção de causar dano, ou que tinha consciência de estar divulgando notícias falsas, ou que se comportou com manifesta negligência na busca da verdade da informação.

No que se refere aos monopólios ou oligopólios e controle dos meios de comunicação, estes devem estar sujeitos às leis antimonopólio. Estas formas de controle restringem a pluralidade e a diversidade que asseguram o pleno direito do acesso à

informação, atentando contra a democracia. Já quanto às concessões de rádio e televisão, devem garantir a igualdade de oportunidades de acesso a todos, considerando os critérios democráticos.

Os meios de comunicação social têm o direito de realizar seu trabalho de forma independente, demonstrando que pressões no sentido de silenciar a atividade informativa dos comunicadores são incompatíveis a liberdade de expressão. O poder do Estado e os recursos da Fazenda Pública, não poderão ser utilizados para a concessão de vantagens alfandegárias, distribuição arbitrária de créditos oficiais e publicidade, e outorga de frequência de rádio e televisão, visando privilegiar, premiar ou castigar os comunicadores sociais em função de suas linhas de informação.

3. Aplicação das decisões da corte interamericana de direitos humanos no Brasil

A Emenda Constitucional n. 45, de 8 de dezembro de 2004, introduziu na Constituição Federal, o parágrafo 3º do artigo 5º, o qual estabelece que os tratados e convenções sobre direitos humanos, que forem aprovados por três quintos dos votos, em cada casa do Congresso Nacional, serão equivalentes a Emendas Constitucionais, portanto terão hierarquia de norma Constitucional.

Essa emenda foi de extrema importância, pois anterior a ela, o STF já havia firmado o seguinte posicionamento:

[...] Os tratados ou convenções internacionais, uma vez regularmente incorporados ao direito interno, situam-se, no sistema jurídico brasileiro, nos mesmos planos de validade, de eficácia e de autoridade em que se posicionam as leis ordinárias,

havendo, em consequência, entre estas e os atos de direito internacional público, mera relação de paridade normativa.⁵

Dessa forma, não havia prevalência dos tratados internacionais de direitos humanos em face de leis ordinárias, de forma que na ocorrência de conflito entre essas normas, deveria se observar o critério cronológico ou da especialidade. Com a emenda constitucional n. 45 houve uma prevalência dos tratados internacionais de Direitos Humanos sobre as leis ordinárias.

Ocorre que não foi tratado no texto constitucional a respeito dos tratados de direitos humanos que já haviam sido ratificados, fazendo com que surgissem divergências no tocante ao status destes tratados de Direitos Humanos, aprovados antes da emenda 45. Muitos doutrinadores⁶ consideram que os tratados ratificados antes da emenda teriam hierarquia constitucional, enquanto outros⁷ acreditam não ser possível recepcionar os tratados anteriores, pela incompatibilidade formal, considerando a diferença de quórum em que foram aprovados.

Já o Supremo Tribunal Federal⁸ firmou seu entendimento considerando a recepção dos tratados anteriores como normas de hierarquia supralegal, ou seja, estão acima das leis ordinárias, mas ainda abaixo da Constituição. Nesse Contexto, de norma supralegal, que se insere a Convenção Americana de Direitos Humanos, a qual entrou em vigor no ordenamento jurídico brasileiro no ano 1998.

⁵ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. ADI-MC 1.480**. Relator: Celso de Mello. Brasília, 04/09/1997. Publicado em 18/05/2001. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347083>>. Acesso em: 13 de março de 2016.

⁶ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 7^a ed. São Paulo, Saraiva, 2006.

⁷ SARLET, Ingo W. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 6.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006.

⁸BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 466.343/ SP**. Relator: Cezar Peluso. Brasília. Publicado em 04/06/2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/re466343.pdf>> Acesso em: 21 de março de 2016.

3.1 Caso Gomes Lund e Outros Vs. Brasil⁹

Esse caso tratou do desaparecimento forçado de integrantes da Guerrilha do Araguaia, que ocorreu no período da ditadura militar, entre os anos de 1972 e 1975. Dentre outras violações de direitos humanos, envolve violação ao direito de liberdade de expressão, em seu aspecto de buscar informações.

Familiares dos desaparecidos na Guerrilha do Araguaia buscaram, sem êxito, notícias e informações dos desaparecidos, junto ao governo brasileiro. Diante da ausência de respostas decidiram, em 1982, ajuizar demanda em face do Estado, no âmbito interno, com o objetivo de esclarecer as circunstâncias dos desaparecimentos, bem como saber o local do sepultamento dos corpos. Ocorre que em 1995 ainda não havia sido proferida sentença no processo, o que fez com que fosse peticionada, perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, solicitação de solução para o caso.

A sentença da demanda interna foi proferida em 2003, ordenando que o Estado brasileiro apresentasse todas as informações relativas à Guerrilha do Araguaia, contudo a execução da sentença somente foi ordenada em 12 de março de 2009, e em 10 de julho 2009 a Advocacia Geral da União apresentou os documentos relativos à guerrilha, que totalizaram 21.000 páginas provenientes de arquivos do Serviço Nacional de Informações.

Em 26 de março de 2009, no âmbito internacional, a Comissão submeteu o caso à Corte, que apresentou seu julgamento em 24 de novembro de 2010. A Corte esclareceu que somente teria competência para se pronunciar acerca dos fatos posteriores a 10 de novembro de 1998, data em que o Brasil reconheceu a competência da Corte. Considerando os fatos ocorridos após essa data, a Corte considerou ter havido ofensa ao direito de liberdade

⁹ Todas as informações sobre o caso estão disponíveis em: < http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf> Acesso em 11 de dezembro de 2018.

de expressão, previsto no artigo 13 da Convenção, considerando a violação ao direito de acesso à informação em poder do Estado.

A Corte considerou que o artigo 13 protege o direito de toda pessoa de solicitar o acesso à informação sob o controle do Estado, amparando o direito de receber essa informação e a obrigação positiva do Estado em fornecê-la. Essa informação deve ser fornecida sem a necessidade de comprovar um interesse direto para a sua obtenção, salvo quando houver legítima restrição.

Foi determinado também pela Corte, que em uma sociedade democrática, é indispensável que as autoridades sejam regidas pelo princípio da máxima divulgação, o qual estabelece a presunção de que toda informação deve ser divulgada, apenas estando sujeita a um sistema restrito de exceções. Dessa forma, a Corte determinou que os familiares das vítimas de violação de Direitos Humanos têm o direito de saber a verdade, que está compreendido no direito de acesso à justiça.

Ao Final Corte IDH estabeleceu que quando se tratar de violações de Direitos Humanos, as autoridades estatais não poderão se escusar utilizando mecanismos como o segredo de Estado ou a confidencialidade da informação, bem como as razões de interesse público e segurança nacional, para deixar de apresentar informações requeridas pelas autoridades encarregadas da investigação ou processos judiciais.

No que se refere à violação do artigo 13 da Convenção, a Corte determinou que o Estado brasileiro, realizasse ações e modificações legais a fim de sistematizar e tornar públicos todos os documentos relacionados com a operação da Guerrilha do Araguaia, bem como, adequar o direito interno brasileiro aos parâmetros internacionais de proteção do direito de acesso à informação. Desse modo, deveriam ser prestadas as informações demandadas pelos familiares dos desaparecidos na Guerrilha do Araguaia, e caso fosse comprovado o óbito, deveria ser informado o local do sepultamento.

A Corte avaliou de maneira positiva, as iniciativas do Brasil em prol de fornecer e dar publicidade aos documentos relativos ao período militar. De acordo com as informações do Estado, apresentadas na Ação Ordinária, em tramite da Primeira Vara Federal do Distrito Federal, foram apresentadas 21.319 páginas de documentos do acervo do extinto Serviço Nacional de Informações.

Ademais, em 18 de novembro de 2011 foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro a Lei 12.527/2011, também conhecida como Lei de Acesso à Informações Públicas, que disciplina procedimentos a serem observados pelos entes públicos, com o objetivo de garantir o acesso a informações em seu poder, observando o previsto no inciso XXXIII do art. 5º, bem como nos incisos II, § 3º do artigo 37 e §2º do artigo 216, todos da Constituição Federal. Esta lei privilegiou a garantia de acesso à informação como regra geral, conforme dispõe o artigo 21 da mesma, não poderá ser negado acesso à informação necessária à tutela judicial ou administrativa de direitos fundamentais, e parágrafo único prevê que as informações ou documentos que versem sobre condutas que impliquem violação dos direitos humanos praticada por agentes públicos ou a mando de autoridades públicas não poderão ser objeto de restrição de acesso.¹⁰

A Corte ainda estabeleceu a criação de uma Comissão da Verdade, para que os parâmetros internacionais de autonomia, independência e consulta publica sejam cumpridos, adotando recursos e atribuições adequados. A Comissão foi criada pela Lei 12.528/2011 de 18 de novembro de 2011, com o objetivo de examinar e esclarecer as violações de direitos humanos praticadas no período fixado entre 1946 e 1988, “a fim de efetivar o direito à memória e à verdade histórica e promover a reconciliação nacional”¹¹.

¹⁰BRASIL. Lei 12.527/2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12528.htm>http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm>. Acesso em: 03 de março de 2016.

¹¹ BRASIL. Lei 12.528/2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12528.htm>. Acesso em: 03 de março de 2016.

A Comissão Nacional da Verdade foi composta por sete membros, indicados pela Presidência da República, e teve o prazo de dois anos para a conclusão dos trabalhos. A CNV detinha competência para tomar depoimentos, requisitar e avaliar documentos, para esclarecer situações em que houve violações de Direitos Humanos, bem como identificar as circunstâncias, a estrutura e os locais relacionados a estas violações.

Em 10 de dezembro de 2014, a Comissão Nacional da Verdade, entregou à presidente da república o relatório final, no qual concluiu que as práticas de violações aos direitos humanos, ocorridas entre 1946 e 1988, resultaram de uma ação generalizada e sistemática do Estado brasileiro, configurando tais condutas como crimes contra a humanidade. A CNV teve condições de confirmar 434 mortes e desaparecimentos de vítimas do regime militar.

3.2 Parecer Consultivo 5/85 E O RE 511.961 - O Registro Profissional Obrigatório de Jornalistas

Em 1985, o Estado da Costa Rica solicitou parecer da Corte Interamericana de Direitos Humanos, a respeito de interpretação do artigo 13 da Convenção, em relação ao registro profissional obrigatório de jornalistas. Em resposta, a Corte emitiu Opinião Consultiva n.5, na qual determinou que a exigência de diploma específico para o exercício da profissão de jornalista, bem como a obrigatoriedade da inscrição do jornalista em colegiado profissional, ofendem a liberdade de expressão.

Foi considerado ser o jornalismo a forma preponderante de manifestação do pensamento e portando não se pode restringir esse modo de se expressar, que é um direito, àqueles que não realizaram um ensino profissionalizante ou não possuem inscrição em conselho profissional, conforme trechos do parecer transcritos a seguir:

[...] o jornalismo é a manifestação primária e principal da liberdade de expressão do pensamento e, por essa razão, não pode ser concebido meramente como a prestação de um serviço ao público através da aplicação de alguns conhecimentos ou capacitação adquiridos em uma universidade ou por quem está inscrito em um determinado conselho profissional, como poderia acontecer com outras profissões, pois está vinculado à liberdade de expressão que é inerente a todo ser humano.

[...]

A profissão de jornalista - o que fazem os jornalistas implica precisamente buscar, receber e difundir informação. O exercício do jornalismo, portanto, requer que uma pessoa se envolva em atividades que estão definidas ou compreendidas na liberdade de expressão garantida na Convenção.¹²

Por fim, a Corte concluiu que as regulamentações que exigem a necessidade de diploma e a inscrição de jornalistas, são ilegítimas e violam o artigo 13 e 29 (interpretativo) do Pacto de San José da Costa Rica, por considerar, mais uma vez, que a liberdade de expressão é imprescindível em um Estado de Direito.

Os Pareceres Consultivos emitidos pela Corte, não vinculam os Estados, contudo são importantes fontes de informação sobre a visão da Corte IDH, que é o órgão responsável pelo julgamento dos Estados em casos de violações de Direitos Humanos. Assim, forma-se o fenômeno da “coisa julgada interpretada” (RAMOS, 2009, p. 261), de forma que os Estados devem acatar estes entendimentos para evitar uma futura responsabilização.

Neste íterim, o Brasil, com o intuito de não sofrer condenação pela Corte a respeito do tema, tomou providencias para regularizar a situação do registro profissional dos jornalistas em seu território, considerando que havia o Decreto-Lei n. 972 de 1969, que exigia diploma específico de Jornalismo para o exercício da profissão de jornalista, para se assegurar a qualidade e a ética

¹² CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Parecer Consultivo OC-5/85 de 13 de novembro de 1985**. Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/04/5a3794bc4994e81fd534219e2d57e3aa.pdf>> Acesso em 13 de dezembro de 2018.

profissional. Dessa forma, em 2001 o Ministério Público Federal ingressou com ação civil pública em face da União, com o objetivo de impedir que o Ministério do Trabalho exigisse diploma de jornalista para quem almejava exercer a profissão.

A ação civil pública foi julgada procedente em primeira instância, alcançando-se a supressão do diploma de jornalista para o exercício da profissão, contudo a União ingressou com recurso de apelação junto ao Tribunal Regional da 3ª Região, o qual deu provimento ao recurso. Entretanto, o MPF interpôs recurso extraordinário destinado ao STF, alegando que tal exigência contrariava o artigo 13 da Convenção, conforme Parecer da Corte, bem como infringia os artigos 5º, incisos IX e XII e 220 da Constituição Federal.

Em voto do Ministro Gilmar Mendes, o STF julgou o recurso totalmente procedente, concluindo que o artigo 4º, inciso V, do Decreto-Lei n. 972, de 1969, que exigia o diploma de jornalista para o exercício da profissão, não foi recepcionado pela Constituição de 1988. O STF utilizou, na maior parte de sua fundamentação o entendimento da Corte Interamericana de Direitos,

A Corte Interamericana de Direitos Humanos proferiu decisão no dia 13 de novembro de 1985, declarando que a obrigatoriedade do diploma universitário e da inscrição em ordem profissional para o exercício da profissão de jornalista viola o art. 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos, que protege a liberdade de expressão em sentido amplo (caso "La colegiación obligatoria de periodistas" - Opinião Consultiva OC-5/85, de 13 de novembro de 1985). Também a Organização dos Estados Americanos - OEA, por meio da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, entende que a exigência de diploma universitário em jornalismo, como condição obrigatória para o exercício dessa profissão, viola o direito à liberdade de expressão (Informe Anual da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, de 25 de fevereiro de 2009)¹³

¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 511.961/ SP. Relator: Min. Gilmar Mendes, Brasília, 17/06/2009. Publicado em 13/11/2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605643>> Acesso em: 26 de março de 2016.

Dessa forma, verifica-se que, nesta situação, o STF atentou-se para a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, aplicando o mesmo entendimento no âmbito interno.

4. Conclusão

Com o fim dos regimes ditatoriais no continente americano e a instalação das democracias, que ainda eram recentes e frágeis, tornou-se necessária a criação de um instituto internacional para a proteção dos direitos humanos. Neste contexto surgiu a instalação o Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

A proteção ao direito à liberdade de expressão é imprescindível em uma sociedade democrática, pois nesta é necessário que o povo receba informações a respeito do que ocorre em sua sociedade e possa se manifestar quanto a isso, já que a participação popular é de suma importância neste regime político. Ademais, os meios de comunicação são essenciais em uma democracia, para que ocorra a difusão das informações e ideias, de forma que atuem com independência e liberdade plena, pois lhes compete a divulgação de informações de interesse público.

Entretanto, a liberdade de expressão não é absoluta, podendo ser relativizada apenas em três hipóteses, que estão previstas no artigo 13 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos. A primeira hipótese é o caso de responsabilidades ulteriores, que ocorre quando há o exercício abusivo deste direito, de forma a causar dano a outrem, contudo, esta restrição não poderá ser tamanha a ponto de se tornar uma forma de censura prévia. Outra hipótese é a censura referente à classificação indicativa de faixa etária para espetáculos públicos, visando regular o acesso de crianças e adolescentes a espetáculos que possam lhe causar prejuízo moral, mas deverá estar estabelecida em lei. A terceira hipótese é referente à proibição de propagandas a favor da

guerra, ódio nacional, racial, religioso e que incitem discriminação, crime e violência.

No Brasil, já foram adotadas diversas medidas e aprovadas leis, a partir de decisões e do entendimento da Corte IDH, dentre elas estão à formação da Comissão da Verdade, a retirada da lei de imprensa do ordenamento jurídico brasileiro e a inexigibilidade de diploma específico para o exercício da profissão de jornalista. Ocorre que tais medidas apenas foram adotadas, pois foram questionadas diretamente em ações judiciais, de forma que as decisões proferidas pela Corte eram a base para a proposição destas ações.

A relevância dos trabalhos da Comissão e da Corte é muito maior do que o admitido hoje, não somente por abranger um sistema regional, e com isso, mais próximo dos países signatários, mas ainda, por tratar do tema direitos humanos. Por ser sistema de direito internacional, em relação ao qual os Estados membros estão obrigados, a necessidade de haver um diálogo entre o sistema interamericano e o sistema interno brasileiro é de extrema importância.

Referência

CARVALHO, L. G. Grandinetti Castanho de. **Direito de Informação e Liberdade de Expressão**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais: teoria geral**. Editora Atlas, 8ª Ed. São Paulo. 2007

PIOVESAN, Flavia Cristina. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 7ª ed. São Paulo, Saraiva, 2006.

RAMOS, André de Carvalho. **Supremo Tribunal Federal Brasileiro e o Controle de Convencionalidade: Levando a Sério os Tratados de Direitos Humanos**. São Paulo. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 104, pp. 241- 286, jan /dez 2009.

SARLET, Ingo W. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 6.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006.

SOUSA, Nuno e. **A liberdade de imprensa**. Coimbra: Coimbra, 1984.

BRASIL. **Lei 12.527/2011**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12528.htm http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm>. Acesso em: 03 de dezembro de 2018.

BRASIL. **Lei 12.528/2011**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12528.htm>. Acesso em: 03 de dezembro de 2018.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. ADI-MC 1.480**. Relator: Celso de Mello. Brasília, 04/09/1997. Publicado em 18/05/2001. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347083>>. Acesso em: 13 de março de 2016.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 466.343/ SP**. Relator: Cezar Peluso. Brasília. Publicado em 04/06/2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/re466343.pdf>> Acesso em: 21 de março de 2016.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 511.961/ SP**. Relator: Min. Gilmar Mendes, Brasília, 17/06/2009. Publicado em 13/11/2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605643>> Acesso em: 26 de março de 2016.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992**. Disponível em: < <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1992/decreto-678-6-novembro-1992-449028-publicacaooriginal-1-pe.html>> Acesso em 11 de dezembro de 2018.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. Disponível em: < https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm> Acesso em 10 de dezembro de 2018.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Declaração de Princípios Sobre a Liberdade de Expressão**. Costa Rica. 2000. Disponível em : <<http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/s.convencao.liberdade.de.expressao.htm>> Acesso em 10 de dezembro de 2018.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Gomes Lund e outros Vs. Brasil**. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf> Acesso em 11 de dezembro de 2018.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Jurisprudência as Corte Interamericana de Direitos Humanos**. Brasília. Ministério da Justiça, 2015. p. 20.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Parecer Consultivo OC-5/85 de 13 de novembro de 1985**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/04/5a3794bc4994e81fd534219e2d57e3aa.pdf>> Acesso em 13 de dezembro de 2018.

Direitos Humanos, Estado, empresas e sociedade

Os Estados, as empresas e os direitos humanos: os desafios da agenda global das nações unidas, 70 anos após a declaração universal dos direitos humanos

*Nathália Soares de Mattos**

Introdução

No que se refere à compreensão dos direitos humanos, é consenso entre os mais renomados doutrinadores e estudiosos do direito, bem como entre historiadores, filósofos e sociólogos, que é preciso rechaçar veemente a dita “absolutização do conceito de direitos humanos” (FACHIN, 2015, p. 11), a fim de estes não sejam considerados isoladamente, posto que, “enquanto direitos históricos, eles são mutáveis, ou seja, suscetíveis de transformação e de ampliação” (BOBBIO, 2004, p. 20).

Evidente, portanto, que por sua própria natureza e porque aplicáveis às mais diversas esferas da vida humana, os direitos humanos podem ser conceituados sob uma variedade de perspectivas, enfoques e disciplinas. Daí a enorme dificuldade de se estabelecer uma definição concreta dos direitos humanos, termo que não raras vezes carrega problemas de vagueza, generalidade, disparidades, circularidade, reducionismo, insuficiência e

* Advogada. Aprovada no Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR) para cursar mestrado na área de Direito Socioambiental e Sustentabilidade (Processo Seletivo/2019), Especialista em Direito Aplicado pela Escola da Magistratura do Paraná (EMAP) e bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Maringá (UEM). E-mail: nsdmattos@gmail.com

seletividade (ARIFA, 2018, p. 150). Contudo, sem a pretensão de discorrer a respeito das pertinentes críticas quanto à vagueza e/ou generalidade da expressão, basta compreender, para o momento, que os direitos humanos, “mais do que ‘direitos propriamente ditos’, são processos; ou seja, o resultado sempre provisório das lutas que os seres humanos colocam em prática para ter acesso aos bens necessários para a vida” (FLORES, 2009, p. 34).

Feitas essas considerações, é certo que, sob o viés histórico, a formalização dos direitos humanos exsurge no segundo pós-guerra como resposta da comunidade internacional ao totalitarismo e às atrocidades vivenciadas naquele período (PIOVESAN, 2013, p. 192). Assim, na data de 10 de outubro de 1948, a Assembleia Geral das Nações Unidas, em sua 3ª sessão, reunida em Paris, França, proclamou, por meio da Resolução 217 A (III), a denominada Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) que, a um só tempo, consagrou valores de cunho universal e inaugurou uma ordem mundial fundada no respeito à dignidade humana (ASSEMBLEIA GERAL DA ONU, 1948).

Nesse sentido, apesar de não ter efeito vinculante, mas já com o propósito claro de ser uma espécie de carta de direitos internacional, ou o que mais próximo haveria de uma constituição internacional, “a DUDH logrou o feito, sem precedentes, de traçar um horizonte comum, e necessariamente compartilhado, para a sociedade mundial. Sua importância para a globalização do direito e da política e para a estruturação do direito internacional dos direitos humanos é inegável.” (Hernandez; Bernardi; Terto e Dantas, 2018, p. 3).

Não tardou para que despontasse uma série de tratados internacionais e outros instrumentos que expandiram a proteção de direitos humanos, culminando na chamada *concepção contemporânea dos direitos humanos* “que repousa, de um lado, no valor da dignidade humana como fundamento da proteção e, de outro, no processo (inédito na abrangência e na intensidade) de internacionalização da positivação e proteção destes direitos” (FACHIN, 2015, p. 19/20). Foi, portanto, a partir da DUDH que se

desenvolveram legislações, nacionais e internacionais, que atualmente regulam uma ampla gama de direitos, sejam eles civis, econômicos, sociais, políticos, etc. Daí ser correto dizer, sem maiores ressalvas, que “seja no plano ideológico, filosófico ou jurídico-normativo, nenhum documento internacional tem contribuído tanto para a defesa e garantia dos direitos humanos como ela (DUDH)” (PEREIRA e SILVA, 2018, p. 182).

Ocorre que, “falar de direitos humanos, no mundo contemporâneo, supõe enfrentar-se desafios completamente diferentes dos que enfrentaram os redatores da Declaração Universal de 1948” (FLORES, 2002), uma vez que, desde meados do século XX, a celeridade no fluxo de informações e a universalização de direitos contribuíram para que o fenômeno da globalização atingisse de forma expressiva a dimensão econômica, seja por meio da abertura comercial das economias nacionais, seja pela expansão das multinacionais que ocupam pontos estratégicos para a produção e distribuição internacional (BARBOSA, 2018).

A esse respeito, vale dizer que a partir de 1990 observou-se uma considerável expansão do alcance e da função das corporações multinacionais, de forma que estas passaram a atuar em diversos países, desenvolvendo inovadoras e distantes redes de produção transnacionais. É muito comum que, ainda hoje, tais companhias instalem afiliadas – que são as sedes das grandes produções –, em países de governança e instituições internas fracas. Como consequência, nestes países de menor expressividade internacional, a incidência de abusos a direitos humanos relacionados a empresas acaba sendo significativamente mais alta, seja pela inexistência de leis locais, seja porque as leis existentes não são observadas (RUGGIE, 2014, p. 88-89).

Ilustrando este cenário, mister ressaltar os dados divulgados pela organização não governamental *Global Justice Now* no ano de 2015. Na oportunidade, a organização realizou uma classificação que compara as cifras de negócios das principais empresas com a renda orçamentária anual dos países e, de acordo com a lista

divulgada, é possível constatar que das 100 (cem) maiores economias mundiais, apenas 31 (trinta e uma) são Estados; as outras 69 (sessenta e nove) são multinacionais. Segundo o mesmo estudo, se a rede norte-americana de supermercados “Walmart” fosse um Estado, ocuparia o décimo posto, atrás dos Estados Unidos, China, Alemanha, Japão, França, Reino Unido, Itália, Brasil e Canadá (GLOBAL JUSTICE NOW, 2015).

Com efeito, a relação entre as empresas e a proteção dos direitos humanos passou a integrar de forma recorrente a agenda internacional, sobretudo diante das novas realidades trazidas pelo processo de reestruturação produtiva por meio do qual as empresas transnacionais conseguiram estabelecer redes corporativas que ultrapassaram as economias nacionais e construíram núcleos de atividades econômicas sujeitos a uma única visão global estratégica, processo este que John Ruggie chamou de “processo de globalização corporativa” (RUGGIE, 2014).

Destarte, se é certo que o aparato protetivo dos direitos humanos foi inicialmente estruturado para resguardar os indivíduos de possíveis violações advindas do Estado (eficácia vertical), é certo, igualmente, que a globalização e o aumento do número de grandes conglomerados econômicos (multinacionais e transnacionais) fizeram com que o foco de proteção dos direitos humanos fosse ampliado para atingir não apenas os entes estatais, projetando-se, também, para relações mais complexas envolvendo empresas e a coletividade. Afastaram-se, pois, os pressupostos que tradicionalmente sustentavam a separação entre Estado e sociedade civil (SARMENTO, 2011, p. 131) e a exclusão dos direitos fundamentais do campo das relações entre particulares (eficácia horizontal)¹.

¹ A *eficácia vertical* dos direitos humanos é extraída da “Teoria do *status*” desenvolvida por Georg Jellinek, no livro *Sistema de direitos públicos subjetivos* (1892). Pela afirmação da *verticalidade*, sustenta o autor que os direitos são concretizados na relação desigual entre indivíduo e Estado. Como a teoria é no final do século XIX não abarca os direitos humanos nas *relações entre particulares* (efeito horizontal dos direitos humanos), nem, tampouco, os direitos de *titularidade difusa*, transindividual. (RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, pp. 50-51). No Brasil, o Supremo Tribunal Federal, a partir do julgamento do Recurso Extraordinário 201.819-8, assumiu posição a favor da *eficácia horizontal* dos direitos

Diante dessa realidade e, impulsionada por indivíduos e comunidades afetados de forma negativa pela globalização corporativa, aos poucos a “arquitetura tradicionalmente estatocêntrica do campo de Relações Internacionais é questionada pelo potencial de aglutinação de entes não-estatais em volta dos debates e processos internacionais de direitos humanos” Hernandez; Bernardi; Terto e Dantas, 2018, p. 6).

O que se vê, portanto, é que desde a proclamação da Declaração Universal de Direitos Humanos o mundo passou por uma série de transformações históricas, políticas e sociais, de sorte que um dos maiores desafios do mundo pós-contemporâneo é superar os entraves de abordagens jurídicas ultrapassadas, com o fim último de impedir que, durante as negociações, empresas transnacionais possam impor a prevalência do discurso pautado em interesses econômicos, em detrimento de uma visão protetora dos direitos humanos (ANGELUCCI; ROLAND, 2016, p. 7).

Nesse sentido, farar-se-á nos tópicos que se sucedem breves apontamentos acerca do panomara de construção, no âmbito das Nações Unidas, de uma agenda global em Direitos Humanos e Empresas.

As Nações Unidas e o início da agenda global em direitos humanos e empresas

Os primórdios da agenda de Direitos Humanos e Empresas da ONU remetem à década de 70, com a criação da Comissão e Centro sobre Corporações Transnacionais (*United Nations Centre on Transnational Corporations – UNCTC*), que tinha por escopo a elaboração de uma regulação vinculante para as transnacionais, declarada como uma das prioridades da comunidade mundial pela

fundamentais (STF, RE nº 201819, Rel^a. Min^a. ELLEN GRACIE, Rel. p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, j. 11/10/2005).

Assembleia Geral naquele mesmo ano (ROLAND; ARAGÃO; ANGELUCCI; et al, 2018).

O projeto que resultou desta iniciativa, o Código de Conduta da ONU sobre empresas transnacionais (NAÇÕES UNIDAS, 1983), pode ser compreendido como a primeira tentativa das Nações Unidas com o propósito de estabelecer diretrizes sociais e ambientais, em âmbito global, para empresas transnacionais. Ocorre que, como esperado, tal movimento foi seguido por uma crescente resistência tanto das transnacionais quanto de alguns governos influentes onde empresas desse tipo estavam sediadas (FENNY, 2009).

A forte oposição acabou frustrando a expectativa de criar-se qualquer tipo de regulamentação vinculante, abrindo espaço para que as organizações internacionais passassem a priorizar marcos normativos de lógica voluntarista. Como consequência, no ano de 1977 a Organização Internacional do Trabalho (OIT) editou a Declaração Tripartida de Princípios Relativos a Empreendimentos Multinacionais e Política Social (INTERNATIONAL LABOUR OFFICE, 1977) que, “embora não seja legalmente vinculante e enfoque em especial direitos trabalhistas, (...) constituiu um mecanismo por meio do qual grupos da sociedade civil, em parceria com sindicatos, poderiam apresentar denúncias de abusos cometidos por empresas” (FENNY, 2009).

Ao longo das décadas de 80 e 90, tal como já mencionado, as empresas transnacionais cresceram em tamanho, quantidade e poder econômico (NAÇÕES UNIDAS, 2007b), realidade que intensificou as lutas para obter de cortes nacionais, de organizações internacionais e das próprias empresas o reconhecimento da responsabilidade de empresas por violações de direitos humanos.

Com efeito, neste contexto de expressiva mobilização sobre o tema e crescente descontentamento, não tardou para que, no âmbito das Nações Unidas, despontassem iniciativas institucionais tratando do tema, cada uma com seus próprios parâmetros e mecanismos (FENNY, 2009, p. 178), dentre as quais menciona-se, de modo particular, o Pacto Global das Nações Unidas; as Diretrizes da OECD

(Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico) para Empreendimentos Multinacionais; as Normas da ONU sobre as Responsabilidades das Empresas Transnacionais e outros Empreendimentos Privados com relação aos Direitos Humanos; os Princípios Orientadores das Nações Unidas sobre Empresas e Direitos Humanos e, ainda, o *Draft Zero*.

3.1. O “Pacto Global” e as “Diretrizes da OECD (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico) para Empreendimentos Multinacionais”

No ano de 1997, logo após a posse Kofi Annan no cargo de Secretário-Geral da ONU, estreitou-se a relação das Nações Unidas com o setor privado empresarial. Tal proximidade foi uma estratégia com dupla função: a primeira, fazer com que a comunidade empresarial superasse a visão negativa da ONU depois dos esforços iniciais em estabelecer mecanismos de controle do capital transnacional que tanto desagradou o setor; a segunda, por sua vez, engajar a comunidade empresarial nas atividades da ONU de modo que esta passasse a contar com os recursos e as capacidades institucionais do setor privado (ARAGÃO, 2010, p. 94).

Assim, já com o espírito de efetivar uma aliança com as cooperações, o comparecimento de Kofi Annan nos anos de 1998 e 1999 ao Fórum Econômico Mundial (FEM) foi de crucial importância para o surgimento do Pacto Global:

Em 1998, quando de sua segunda participação no FEM, Annan fez um discurso no qual esclarecia que as capacidades e a atuação global das corporações transnacionais se articulavam com a missão da ONU no mundo, buscando estreitar laços com o setor privado. Os participantes do FEM convidaram Annan para que comparecesse em 1999 com propostas que traduzissem um marco concreto de articulação entre a ONU e as corporações transnacionais (CTNs). (...) E foi assim, a partir da recepção positiva dos participantes do FEM diante do discurso de Kofi Annan, preparado por Ruggie e Kell, que surgiu o Pacto Global.

Cumpra observar que no discurso estão presentes elementos emblemáticos de uma leitura que reforça tanto a globalização econômica quanto as capacidades e recursos das empresas transnacionais, além de um explícito clamor pela colaboração dos líderes de negócios para assegurar uma nova etapa de liberalismo enraizado (conceito explicativo de Ruggie) agora em âmbito global (ARAGÃO, 2010, p. 95/96).

Desta feita, lançado em 1990 e compreendido desde os primórdios como uma “iniciativa voluntária de aprendizado que tem como objetivo promover a adoção, em práticas empresariais, de dez princípios sobre direitos humanos, relações de trabalho, meio ambiente e combate à corrupção” (FEENEY, 2009, p. 178) o Pacto Global é atualmente assinado por mais de nove mil empresas de 160 (cento e sessenta) países e considerado, ainda, não como um instrumento regulatório, um código de conduta obrigatório ou um fórum para policiar as políticas e práticas gerenciais, “mas como uma iniciativa voluntária que procura fornecer diretrizes para a promoção do crescimento sustentável e da cidadania, por meio de lideranças corporativas comprometidas e inovadoras” (GLOBAL COMPACT).

Ocorre que, em razão do caráter profundamente voluntarista, a pior punição que pode ser aplicada às empresas que desrespeitarem os dez princípios propostos é a própria expulsão do Pacto Global, não havendo nenhuma outra possibilidade de sanção prevista a esses atores (ROLAND; ARAGÃO; ANGELUCCI; et al, 2018, p. 400).

Sem maiores delongas, frise-se, desde logo, que o mesmo se pode dizer a respeito das Diretrizes da OECD para Empreendimentos Multinacionais posto que, sendo parte integrante da Declaração sobre Investimento Internacional e Empresas Multinacionais (Nações Unidas, 1976), tratam-se precipuamente de *recomendações* dirigidas por governos a empresas multinacionais que operam em ou de países que aderiram a essas diretrizes. No que se refere ao período histórico, ao final dos anos 90 houve uma revisão ampla das Diretrizes da OECD para Empreendimentos Multinacionais, na qual, pela

primeira vez, ONGs foram convidadas a participar. Como resultado, modificou-se a redação das diretrizes. A esse respeito:

O novo texto, divulgado em junho de 2000, menciona expressamente a Declaração Universal de Direitos Humanos. Os mecanismos de implementação destas diretrizes foram reformuladas para que ONGs e outros agentes pudessem apresentar denúncias por abusos empresariais aos países de origem destas empresas, inclusive em relação a fatos ocorridos fora do território dos países pertencentes à OECD. A luta pela responsabilidade das empresas parecia, portanto, estar ganhando maior espaço (FEENEY, 2009, p. 179).

Em que pese o texto original tenha passado por revisões nos anos de 1979, 1984, 2000 e 2011, nunca chegou a sofrer alterações drásticas (ALLE, 2012, p. 85). Assim, certo que desde a origem, até os dias atuais, as Diretrizes da OECD para Empreendimentos Multinacionais “fornecem princípios e padrões *não vinculantes* para a conduta empresarial responsável em um contexto global, consistentes com leis aplicáveis e padrões internacionalmente reconhecidos”, sendo “o único código multilateralmente aceito e abrangente de conduta empresarial responsável que os governos se comprometeram a promover” (MINISTÉRIO DA FAZENDA, s.d.).

3.2. O Projeto de “Normas da ONU sobre as Responsabilidades das Empresas Transnacionais e outros Empreendimentos Privados com relação aos Direitos Humanos” e os “Princípios Orientadores das Nações Unidas sobre Empresas e Direitos Humanos”

Ainda no final dos anos 90, paralelamente às tratativas que culminariam no surgimento do Pacto Global e na nova redação das Diretrizes da OECD para Empreendimentos Multinacionais, a Subcomissão para a Promoção e Proteção de Direitos Humanos da ONU trabalhava em um projeto de normas de conduta vinculantes para as transnacionais e outras empresas na questão dos Direitos

Humanos. Conhecidas como *Draft Norms* (em tradução literal: “projeto de normas”), estas previam obrigações diretas às empresas transnacionais no que se refere ao respeito aos direitos humanos (NAÇÕES UNIDAS, 2003). Nesse sentido:

Para expressar essa mudança, valeu-se de uma linguagem mais enfática do que aquela adotada nos marcos anteriores, substituindo o vocábulo *should*, que expressa somente uma recomendação, por *shall*, que impõe uma obrigação legal. De modo a concretizar suas disposições, as Normas obrigavam as ETNs a incluir em todos seus contratos os dispositivos nela elencados. O documento também estipula, conforme seu artigo 18, a obrigação direta por violação das disposições nele contidas, devendo a reparação ser direcionada aos indivíduos ou comunidades que foram prejudicados com o não cumprimento das normas. O mesmo dispositivo impõe, ainda, a aplicação das Normas pelas cortes domésticas e internacionais (ROLAND; ARAGÃO; ANGELUCCI; et al., 2018, p. 401).

Ocorre que, não obstante as chamadas “Normas da ONU sobre as Responsabilidades das Empresas Transnacionais e outros Empreendimentos Privados com relação aos Direitos Humanos” tenham sido aprovadas pela Subcomissão em agosto de 2003, foram amplamente rejeitadas pela Comissão de Direitos Humanos já em 2004, sobretudo devido à reação hostil da Organização Internacional dos Empregadores e da Câmara de Comércio Internacional, que se posicionaram contra o projeto (Bilchitz, 2010, p. 209).

Como consequência, as normas não chegaram a ser apreciadas pela Assembleia Geral das Nações Unidas e, em seguida, a Comissão de Direitos Humanos votou por nomear um Representante Especial do Secretário-Geral (RESG) na matéria de Direitos Humanos e Empresas (ROLAND; ARAGÃO; ANGELUCCI; et al., 2018, p. 401). Em decorrência direta do fracasso, John Ruggie, professor da Universidade de Harvard e antigo consultor chefe de Kofi Annan para planejamento estratégico do Pacto Global, assumiu o cargo no ano de 2005.

Durante os seis anos (2005 a 2011) em que atuou na ONU como Representante Especial sobre Direitos Humanos, Empresas Transnacionais e outros negócios, John Ruggie emitiu relatórios deixando claro que não retomaria o projeto das “Normas da ONU” (*Draft Norms*) (NAÇÕES UNIDAS, 2006), bem como reconhecendo que a expansão dos mercados e o alcance transnacional da atividade empresarial “não coincidiu com uma expansão de igual magnitude da proteção de indivíduos e comunidades contra violações de direitos humanos envolvendo empresas” (NAÇÕES UNIDAS, 2007a).

Em 2008, Ruggie sugeriu a adoção de um Quadro Referencial estruturado em 03 (três) partes: 1) o dever do Estado de evitar abusos aos direitos humanos por terceiros, incluindo empresas, através de políticas, regulamentos e julgamentos apropriados; 2) a responsabilidade corporativa de respeitar os direitos humanos, o que significa realizar auditorias para evitar a infração dos direitos de outrem e abordar os impactos negativos com os quais as empresas se envolvem; 3) a necessidade de maior acesso das vítimas a reparação efetiva, por meio de ações judiciais ou não (RUGGIE, 2014, p. 22-23). O chamado Quadro Referencial “Proteger, Respeitar e Remediar” foi aprovado por unanimidade em junho 2008, pelo Conselho de Direitos Humanos e ficou conhecido como “Marco Ruggie” (NAÇÕES UNIDAS, 2008).

Posteriormente, Ruggie publicou um relatório final para implantação do mencionado Quadro Referencial. Tal documento foi aprovado pela ONU em 16 de junho de 2011 e denominado “Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos” (NAÇÕES UNIDAS, 2011). Em linhas gerais, os chamados “Princípios Orientadores” (PO’s) prescrevem que, para além do dever reparar, as empresas têm a responsabilidade de respeitar os direitos humanos, ao passo que os Estados têm o dever de garantir que elas o façam, criando “medidas apropriadas para prevenir, investigar, punir e corrigir” abuso de direitos, fazendo-o por meio

de políticas eficazes, legislação, regulamentos e jurisdição (SHUTTER; RAMASASTRY, et.al.).

Vê-se, pois, que na esteira dos esforços internacionais em buscar maneiras eficientes para proteger os direitos humanos de eventuais violações perpetradas no curso da atividade empresarial, os PO's apresentaram de forma detalhada o papel de cada membro envolvido nesta busca de proteção. Contudo, tendo em vista que suas disposições não vinculam juridicamente os Estados e as empresas que os adotam, acabaram por assumir o caráter de *soft-law*², não sendo, portanto, totalmente eficazes no combate à perpetuação dos impactos negativos causados pelos serviços empresariais.

Nesse sentido, verifica-se que, não obstante o Conselho de Direitos Humanos da ONU tenha criado em 2011 um “Grupo de Trabalho sobre a questão dos direitos humanos e empresas transnacionais e outras empresas”³, com a finalidade de promover os Princípios Orientadores e verificar sua aplicabilidade no cenário internacional e, ainda, em que pese o primeiro relatório anual do grupo, publicado em 2012, tenha aconselhado os Estados a desenvolverem Planos Nacionais de Ação como forma de implementação dos princípios (HOMA, 2016), certo é que, ainda hoje, pouquíssimos países lançaram os respectivos planos.

² A esse respeito: “Nothing in these Guiding Principles should be read as creating new international law obligations, or as limiting any legal obligations a State may have undertaken or be subject to under international law with regard to human rights” (UNITED NATIONS, 2011). Em tradução livre: “Nada nestes Princípios Orientadores deve ser interpretado como criação de novas obrigações de direito internacional, ou como limitação de quaisquer obrigações legais que um Estado possa ter assumido ou esteja sujeito ao abrigo do direito internacional em relação aos direitos humanos”.

³ O “Working Group on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises”, traduzido como “Grupo de Trabalho sobre a questão dos direitos humanos e empresas transnacionais e outras empresas” (também conhecido como “Grupo de Trabalho sobre Empresas e Direitos Humanos”) foi estabelecido pelo Conselho de Direitos Humanos em 2011 (Resolução 17/4), faz parte do que é conhecido como ‘Procedimentos Especiais’ do Conselho de Direitos Humanos e é composto por cinco especialistas totalmente independentes de qualquer governo ou organização, de representação geográfica equilibrada, os quais não são funcionários da ONU e não recebem salário pelo seu trabalho.

3.3. O “Grupo de trabalho intergovernamental aberto sobre corporações transnacionais e outras empresas de negócios com respeito a direitos humanos” e o “Draft Zero”

Restando evidente que a voluntariedade na adesão aos Princípios Orientadores ainda se mostrava como um obstáculo à efetiva salvaguarda dos direitos humanos no ramo empresarial, surgiu, vez outra, a necessidade e o desejo de retomar a elaboração de um instrumento vinculante. Daí porque, no Conselho de Direitos Humanos da ONU realizado no ano de 2013, o Equador, com o apoio formal de outros 85 (oitenta e cinco) Estados, fez uma declaração apontando a insuficiência do atual marco voluntarista. Ato contínuo, a sociedade civil transnacional, por meio de 620 (seiscentos e vinte) organizações e outros 400 (quatrocentos) indivíduos, assinou um documento (*Call for an international legally binding instrument on human rights, transnational corporations and other business enterprises*) apoiando a declaração equatoriana (ROLAND; ARAGÃO; ANGELUCCI; et al., 2018, p. 402).

Como consequência, em 26 de junho de 2014, durante a 26^a sessão, o Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas, por meio da Resolução A/HRC/RES/26/9, decidiu pela implementação de um “Grupo de trabalho intergovernamental aberto sobre corporações transnacionais e outras empresas de negócios com respeito a direitos humanos”⁴ que teria como finalidade “elaborar um instrumento internacional juridicamente vinculante para regular, no direito internacional dos direitos humanos, as atividades das corporações transnacionais e de outras empresas”. O Conselho de Direitos Humanos também decidiu que as duas primeiras sessões do grupo de trabalho intergovernamental em aberto seriam “dedicadas a conduzir deliberações construtivas sobre o conteúdo, escopo, natureza e forma do futuro instrumento

⁴ Em versão original: “Open-ended intergovernmental working group on transnational corporations and other business enterprises with respect to human rights (OEIGWG)”.

internacional” (NAÇÕES UNIDAS, 2014). A respeito da primeira das sessões que se realizou no Equador entre os dias 06 a 10 de julho de 2015, destaca-se:

(...) teve como características principais a ampla participação de organizações da sociedade civil transnacional e baixa adesão dos Estados – principalmente os localizados no Norte global. Esse quadro foi agravado com a retirada da União Europeia das discussões, que não voltou a participar pelo restante da sessão. A retirada do bloco seria consequência da rejeição da proposta de expansão do escopo apresentada, que pretendia encobrir todas as empresas no âmbito de discussão e não apenas as de caráter transnacional, como originalmente previsto em nota de rodapé da Resolução n. 26/9 (ROLAND; ARAGÃO; ANGELUCCI; et al., 2018, p. 403).

A segunda sessão do grupo aconteceu em Genebra, dos dias 24 a 28 de outubro de 2016, oportunidade em que foi constatado maior apoio dos Estados e das organizações sociais para a elaboração do instrumento internacional. Outro marco positivo da segunda sessão é que esta contou com a participação da União Europeia, representação esta que foi alinhada à Resolução do Parlamento Europeu, que requer dos países membros um atuar construtivo nas negociações (GARCÉS, 2017, p. 5).

A terceira sessão, ocorrida entre os dias **23 e 27 de outubro de 2017** em Genebra, foi de notável importância porquanto foi nesta oportunidade que tiveram início as primeiras discussões acerca do documento intitulado *"Elements for the draft legally binding instrument on transnational corporations and other business enterprises with respect to human rights"*, em tradução livre: “Elementos para um instrumento legalmente vinculante sobre corporações transnacionais e outras empresas comerciais com respeito aos direitos humanos”, elaborado em 29 de setembro de 2017 pela Presidência do Grupo de Trabalho. A respeito do mencionado documento, importante destacar as ponderações de Carlos Lopez, *assessor jurídico sênior da Comissão Internacional de Juristas (ICJ)*:

O estabelecimento desses elementos constitui um avanço em relação às discussões mais abstratas das duas primeiras sessões. Contudo, esses itens positivos às vezes são ofuscados pela técnica imprecisa em vários parágrafos, lacunas e algumas formulações exageradas. Além disso, por ser apresentado como uma lista de elementos individuais, é difícil discernir uma visão para tornar o elemento coerente em um instrumento unificado. (LOPEZ, s.d.).

A quarta e mais recente sessão do grupo de trabalho intergovernamental da ONU encarregado de elaborar um tratado internacional vinculante sobre empresas e direitos humanos ocorreu entre os dias 15 a 19 de outubro de 2018, em Genebra, sendo considerada a mais produtiva das sessões, posto que o novo documento, intitulado “*Legally binding instrument to regulate, in international human rights law, the activities of transnational corporations and other business enterprises*” (“Instrumento juridicamente vinculante para regulamentar, no direito internacional dos direitos humanos, as atividades de corporações transnacionais e outras empresas”) – conhecido como *Draft Zero*, em tradução livre: “Protocolo Zero” –, foi divulgado pela Presidência em 16 de julho de 2018, conferindo tempo considerável para que as delegações o analisassem antes do início da sessão.

Não se discute que, em linhas gerais, as disposições já constantes no esboço do protocolo representam um avanço substancial para indivíduos e grupos afetados em todas as jurisdições; contudo, há ainda questões importantes a serem deliberadas. Dentre estas, destaca-se o fato de que, de acordo com o artigo 3 do projeto, as disposições do “*Draft Zero*” só se aplicam às “violações de direitos humanos no contexto de qualquer atividade empresarial de caráter transnacional”. Há quem diga que tal abordagem, tida como restritiva – uma vez que exclui as empresas nacionais – poderia criar um campo desigual para empresas domésticas e transnacionais, particularmente aquelas que operam em Estados onde a proteção dos direitos humanos sob o direito interno é fraca; além de privar as vítimas de meios

necessários para ajuizar ação contra uma empresa nacional; sendo, pois, do interesse das vítimas e das empresas, para não mencionar fundamental para o Estado de direito, que a lei deva ser aplicada igualmente a todos (BERTHET, HOOD e JENNET, 2018).

Nesse sentido, extrai-se do relatório preliminar da quarta sessão que, de um lado, algumas delegações defenderam que a estrutura ou a natureza de uma empresa é irrelevante para as vítimas, que devem ter o direito de acesso à reparação independentemente da empresa que cometeu o abuso, que muitas empresas multinacionais possuam ou tenham relações com empresas estritamente nacionais e que, na prática, é difícil diferenciar entre empresas transnacionais e nacionais; de outro, ponderou-se que a Resolução 26/9 do Conselho de Direitos Humanos que criou o Grupo de Trabalho se refere especificamente a corporações transnacionais e, por assim ser, o tratado limitou-se a regular esse tipo atividade, notadamente em razão de as complexas estruturas e cadeias de suprimento historicamente permitirem que operassem fora do escrutínio dos marcos legais nacionais (GALLEGOS, 2018).

Mas não é só. Sem pretensão de esgotar todas as reivindicações e obscuridades que ainda permeiam o “Draft Zero”, certo é que também não restou decidido se as atividades comerciais de caráter transnacional “restritas a atividade econômica com fins lucrativos” a que se referem o tratado incluiriam (ou não) as empresas estatais, nem, tampouco, se as empresas seriam diretamente vinculadas as disposições do tratado sob a ótica do direito internacional ou se estariam sujeitos à responsabilização civil, criminal e administrativa diretamente sob a jurisdição dos Estados, evidenciando uma preocupação com o exercício – e possível abuso – da jurisdição extraterritorial.

Destaca-se, ainda, a problemática envolvendo o processo de “due diligence” (“devida diligência”) objetivando evitar e/ou minimizar violações aos direitos humanos, bem como assegurar eficaz reparação às vítimas. Isto porque as etapas descritas no tratado encontram-se “desalinhadas” com as disposições já

constantes nos Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos promulgados por John Ruggie em 2011. Ademais, o tratado exige que os Estados membros assegurem a realização “devida diligência” nas atividades empresariais de caráter transnacional, representando, a um só tempo, uma rede de exigências legais em face das empresas e um “endurecimento” no caráter “*soft law*” a que os PO’s são compreendidos.

Desse modo, não obstante os avanços nas discussões do “*Draft Zero*”, certo é que não há, ainda, qualquer previsão de divulgação da redação final do possível documento vinculante por parte do respectivo Grupo de Trabalho.

4. Conclusão

A violação de direitos humanos pelo ramo empresarial, em que pese já ocorra há muitos anos, teve um exponencial aumento ao final dos anos 90, muito em razão do que John Ruggie chamou de “processo de globalização corporativo”. A expansão e o fortalecimento das empresas transnacionais permitiram não apenas o estabelecimento de redes corporativas cujos ganhos financeiros ultrapassam as economias de muitos países do globo, mas também intensificaram os abusos aos direitos humanos, sobretudo nos países de menor expressividade.

Tal como delineado, desde a proclamação da Declaração Universal de Direitos Humanos, em 1948, o mundo passou por uma série de transformações históricas, políticas e sociais, de sorte que, um dos maiores desafios do mundo pós-contemporâneo é justamente superar os entraves de abordagens jurídicas ultrapassadas com o fim último de impedir que, durante as negociações, empresas transnacionais possam impor a prevalência do discurso pautado em interesses econômicos, em detrimento de uma visão protetora dos direitos humanos.

Com efeito, a relação entre as empresas e a proteção dos direitos humanos passou a integrar de forma recorrente a agenda

internacional fazendo surgir, também no âmbito das Nações Unidas, o aparecimento de uma agenda global em direitos humanos e empresas.

Dentre as iniciativas institucionais da ONU tratando do tema merecem especial destaque o Pacto Global das Nações Unidas; as Diretrizes da OECD (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico) para Empreendimentos Multinacionais; as Normas da ONU sobre as Responsabilidades das Empresas Transnacionais e outros Empreendimentos Privados com relação aos Direitos Humanos; os Princípios Orientadores das Nações Unidas sobre Empresas e Direitos Humanos e, ainda, o *Draft Zero*.

Em linhas gerais, verificou-se ao longo do processo a prevalência de iniciativas voluntárias, com objetivo primordial de promover a adoção, em práticas empresariais, de regramentos e princípios sobre direitos humanos, sem, contudo, vincular os Estados ou as transnacionais. Ocorre que, se outrora as iniciativas de criação de projetos de normas de conduta vinculantes para as transnacionais e outras empresas na questão dos direitos humanos foram veemente rechaçadas, hoje, com a constatação de que a voluntariedade na adesão aos regramentos não impede as perpetuação das violações, muitas nações passaram a acreditar que a ausência de um instrumento vinculatório tem se mostrado como um obstáculo à efetiva salvaguarda dos direitos humanos no ramo empresarial.

Com base nesta nova concepção, o Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas, por meio da Resolução A/HRC/RES/26/9, decidiu pela implementação de um “Grupo de trabalho intergovernamental aberto sobre corporações transnacionais e outras empresas de negócios com respeito a direitos humanos”, que tem como finalidade justamente “elaborar um instrumento internacional juridicamente vinculante para regular, no direito internacional dos direitos humanos, as atividades das corporações transnacionais e de outras empresas”.

Ocorre que, em que pese o avanço nas deliberações do grupo de trabalho intergovernamental das Nações Unidas encarregado de

elaborar um tratado internacional vinculante sobre empresas e direitos humanos, sobretudo após a divulgação do documento conhecido como *Draft Zero*, e, ainda, tomando por base as críticas ao projeto e, ainda, a atuação paralela do grupo de trabalho sobre a questão dos direitos humanos e empresas transnacionais e outras empresas, com a realização e propagação de mecanismos e disposições que não vinculam juridicamente os Estados e as empresas que os adotam, certo é que, 70 anos depois da proclamação da DUDH, ainda não está claro se a ONU está próxima de elaborar um documento contendo parâmetros adequados e exigíveis para a responsabilidade das empresas em direitos humanos capazes de aliar os desejos e anseios dos Estados e das corporações empresariais.

5. Referências

ALLE, Saulo Stefanone. **Linhas diretrizes da OCDE para as empresas multinacionais e sua implementação no Brasil**. 2012. 211 f. Mestrado (Direito Internacional) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – FDUSP, São Paulo, 2013. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2135/tde-15082013-100756/pt-br.php>>. Acesso em 04 nov. 2018.

ANGELUCCI, Paola Durso; ROLAND, Manoela. **O processo de elaboração do Tratado de Direitos Humanos e Empresas: uma oportunidade de superação da perspectiva estadocêntrica adotada pelo Direito Internacional Público**. Curitiba: Conpedi, 2016.

ARAGÃO, Daniel Mauricio C. de. **Responsabilidade como legitimação: capital transacional e governança global na organização das Nações Unidas**. 2010. 191 fl. Tese (Pós graduação em relações internacionais) - Pontifícia Universidade Católica, Rio de Janeiro. Disponível em: <https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/Busca_etds.php?strSecao=resultado&nrSeq=17468@1>. Acesso em: 08 nov. 2018.

BRASIL. **Ministério da Fazenda**. Disponível em: <<http://www.fazenda.gov.br/assuntos/atuacao-internacional/ponto-de-contato-nacional>>. Acesso em: 04 nov. 2018.

BERTHET, Alison; HOOD, Peter; HUGHES-JENNET, Julianne. **UM treaty on business and human rights: Working Group publishes draft instrument.** Disponível em: <<https://www.hlregulation.com/2018/07/26/un-treaty-on-business-and-human-rights-working-group-publishes-draft-instrument/>> Acesso em 08 nov. 2018.

Bilchitz, David. **O Marco Ruggie: Uma Proposta Adequada para as Obrigações de Direitos Humanos das Empresas?** SUR. Revista Internacional de Direitos Humanos / Sur - Rede Universitária de Direitos Humanos - v.7, n.12, jun.2010 - São Paulo, 2010. Disponível em: <<http://sur.conectas.org/wp-content/uploads/2017/11/sur12-port-david-bilchitz.pdf>>. Acesso em 04 nov. 2018.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** Nova edição. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

FACHIN, Melina Girardi. **Direitos Humanos e Desenvolvimento.** Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

FLORES, Joaquín Herrera. **A (re)invenção dos direitos humanos.** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

GALLEGOS, Luis. **Draft report on the fourth session of the open-ended intergovernmental working group on transnational corporations and other business enterprises with respect to human rights.** Disponível em: <https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session4/DraftReport.docx>>. Acesso em: 08 dez. 2018.

GARCÉS, María Fernanda Espinosa. **Nações Unidas: as transnacionais e os direitos humanos.** In: Revista America Latina em Movimento. Transnacionais e Direitos Humanos. nº 520, edição em port., jan. 2017. Disponível em: <https://www.alainet.org/sites/default/files/alai520_janeiro_web.pdf>. Acesso em: 08 nov. 2018.

GLOBAL JUSTICE NOW. **Corporations running the world used to be science fiction - Now it's a reality.** 12 set. 2016. Disponível em: <<http://www.globaljustice.org.uk/blog/2016/sep/12/corporations-running-world-used-be-science-fiction-now-its-reality>>. Acesso em: 2 mai. 2018.

- HERNANDEZ, Matheus de Carvalho; BERNARDI, Bruno B.; TERTO, Ângela P.; DANTAS, Maria Eduarda Borba. **Direitos Humanos & Relações Internacionais: os 70 anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Revista de Relações Internacionais da UFGD - ISSN 2316-8323 - Dourados - MS, Brasil. v. 7 n. 14, p. 3-10, ago./dez., 2018.
- HOMA. **Planos Nacionais de Ação sobre Direitos Humanos e Empresas: contribuições para a realidade brasileira**. 2016. Disponível em: <<http://homacdhe.com/wp-content/uploads/2016/01/Perspectivas-Gerais-sobre-os-Planos-Nacionais-de-Ac%CC%A7a%CC%83o-sobre-Empresas-e-Direitos-Humanos.pdf>> Acesso em: 13 set. 2018.
- LOPEZ, Carlos. The Elements for the treaty on business & human rights: Is it a step forward? Disponível em: <<https://www.business-humanrights.org/en/the-elements-for-the-treaty-on-business-human-rights-is-it-a-step-forward?fbclid=IwAR1W9ueaPOqwyvLimR7l62Cl9SnPbBHy6aOGX38hstPeZQ6QIO-WP2Se6TQ>>. Acesso em: 08 nov. 2018.
- PEREIRA, Luciano Meneguetti; SILVA, Renato Alexandre F. **Reflexões sobre a natureza jurídica e a força vinculante da Declaração Universal dos Direitos Humanos aos 70 (1948-2018)**. Revista de Relações Internacionais da UFGD - ISSN 2316-8323 - Dourados - MS, Brasil. v. 7 n. 14, p. 180-217, ago./dez., 2018.
- PIOVESAN, Flávia Cristina. **Direitos Humanos e o direito constitucional internacional**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 4^a ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- RUGGIE, John Gerard. **Quando negócios não são apenas negócios - as corporações multinacionais e os Direitos Humanos**. São Paulo: Planeta Sustentável, 2014.
- SHUTTER, Oliver de; RAMASASTRY, Anita; et al. **Human Rigths Due Diligence: The role of States**. December 2012. Disponível em: <<https://static1.squarespace.com/static/583f3fca725e25fcd45aa446/t/58671817d2b857fdod141820/1483151386977/Human-Rights-Due-Diligence-The-Role-of-States.pdf>>. Acesso em: 02 out. 2018.

- UNITED NATIONS. 2006. **Comission on Human Rights. Interim report of the Special Representative of the Secretary-General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises.** U.N. Doc. E/ CN.4/2006/97. Disponível em: <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G06/110/27/PDF/G0611027.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 03 out. 2018.
- _____. 2007a. **Human Rights Council. Business and Human Rights: Mapping International Standards of Responsibility and Accountability for Corporate Acts.** U.N. Doc. A/HRC/4/035. Disponível em: <<https://www.business-humanrights.org/sites/default/files/media/bhr/files/SRSG-report-Human-Rights-Council-19-Feb-2007.pdf>>. Acesso em: 03 out. 2018.
- _____. 2008. **Human Rights Council. Protect, Respect and Remedy: A Framework for Business and Human Rights, Report of the Special Representative of the Secretary-General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises, John Ruggie.** U.N. Doc. A/HRC/8/5. 2008. Disponível em: <<https://www.business-humanrights.org/sites/default/files/reports-and-materials/Ruggie-report-7-Apr-2008.pdf>>. Acesso em: 03 out. 2018.
- _____. 2011. **Guiding Principles on Business and Human Rights. Implementing the United Nations “Protect, Respect and Remedy” Framework.** Disponível em: <https://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHR_EN.pdf>. Acesso em: 03 out. 2018.
- _____. 2017. **Elements for the draft legally binding instrument on transnational corporations and other business enterprises with respect to human rights.** U.N. HRC Res. Doc. A/HRC/RES/26/9. Disponível em: <https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session3/LegallyBindingInstrumentTNCs_OBEs.pdf>. Acesso em: 03 out. 2018.
- _____. 2018. **Legally binding instrument to regulate, in international human rights law, the activities of transnational corporations and other business enterprises.** Disponível em: <<https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session3/DraftLBI.pdf>>. Acesso em: 03 out. 2018.

A importância do financiamento da iniciação científica pelo CNPQ para o desenvolvimento científico nacional

Nicolas Addor¹

Arlinda Cantero Dorsa²

1. Introdução

A expressão Ciência pode ser definida de acordo como um conjunto de conhecimentos socialmente adquiridos ou produzidos, acumulados de forma histórica e dotados de universalidade e objetividade permitindo assim sua transmissão a partir de uma estruturação feita por meio de métodos, teorias, linguagens próprias visando a compreensão das atividades humanas.

Dessa forma, trazer à baila uma discussão sobre as políticas públicas voltadas aos fomentos de pesquisa com ênfase no papel do Conselho Nacional de Pesquisa e especificamente no Programa de iniciação científica é o objetivo maior desse artigo.

A legitimidade da pesquisa e conseqüentemente sua publicação em meios aceitos pela comunidade científica propicia o avanço e o desenvolvimento da ciência possibilitando a disseminação do saber, a

¹ Mestrando em Direito (bolsista PROCUC/CAPES) na Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Especialista em Direito Constitucional pela Academia Brasileira de Direito Constitucional. Bacharel em Direito pela Universidade Católica Dom Bosco. Advogado.

² Coordenadora do Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento Local da Universidade Católica Dom Bosco. Doutora em Língua Portuguesa pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

interação entre pesquisadores, entre pesquisadores e orientandos induzindo à geração de novos conhecimentos.

Para isso, o presente ensaio se propõe analisar inicialmente a contextualização das formas de intervenção do Estado e ao contexto em que se encaixa o fomento à ciência com a atuação do Poder Público. Posteriormente, pretende explicar sobre o processo histórico do surgimento do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – CNPq enfatizando neste quadro o Programa de Iniciação científica, para após, trazer um breve ensaio para apresentar a justificativa constitucional para a manutenção do financiamento à iniciação científica para que, no fim, traga a relação da concessão de bolsas de iniciação científica e a importância de seu fomento para o Desenvolvimento Nacional. Para tanto, a pesquisa baseou-se no método dedutivo, realizando-se a fundamentação por meio de pesquisas bibliográficas e documentais.

2. Modalidades de atuação estatal: Conceito e contextualização com o fomento ao desenvolvimento científico

A interferência do Estado pode se dar de três maneiras: 1) A primeira, através do seu poder de polícia, conforme o artigo 174 da Constituição Federal, posto em prática por meio de leis e atos administrativos para executá-las, exercendo funções de fiscalização e planejamento; 2) Atuação própria, excepcionalmente, atuando na seara empresarial, com a criação de sociedades de economia mista e empresa pública, nos ditames do artigo 173 da Constituição Federal; 3) Incentivos à iniciativa privada, com estímulos por meio de benefícios fiscais e financiamento. (MELLO, 2014, p. 812).

Expliquemos, neste momento, cada uma das modalidades.

O poder de polícia, voltado ao poder de impor limitações ao exercício da liberdade e da propriedade, consiste na externalização por meio de leis que delinham os direitos quanto dos atos administrativos que lhes dão execução. Engloba, sob o único nome, disposições superiores e providências subalternas. (MELLO, 2014, p. 839).

Deste modo, o poder de polícia, considerado como meio principal estatal no que respeita ao processo de disciplina e continência dos interesses individuais, faz reproduzir, na evolução de seu conceito, a intervenção dos poderes públicos. Do simplificado meio inicial de manutenção da ordem pública ele se expande ao domínio econômico e social, subordinando ao controle e à ação coercitiva do Estado uma larga porção da iniciativa privada. (TÁCITO, 1952, p.1).

No que tange a atuação própria do Estado, a atividade econômica é exercida pelas empresas estatais, assim designadas todas as entidades em que o Estado possui controle acionário, de forma direta ou indireta. As Empresas estatais se subdividem em Empresa Pública, sociedade de economia mista e suas subsidiárias. Maria Sylvia Zanella de Pietro também acrescenta nessa categoria as empresas que a Constituição Federal faz referência, como categoria à parte, citando os artigos 37, XVII, 71, II, 165, §5º, II e 173, §1º. (DI PIETRO, 2017, p. 465).³

Segundo o artigo 173 da Constituição, a exploração de forma direta pelo Estado da atividade econômica será autorizada quando obedecer relevante interesse coletivo e/ou for necessária aos imperativos de segurança nacional, com ressalva dos casos

³ Art.37, XVII: A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: a proibição de acumular estende-se a empregos e funções e abrange autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista, suas subsidiárias, e sociedades controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público. Art.71, II: Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete: II - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público; Art. 165. Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão: § 5º A lei orçamentária anual compreenderá: II - o orçamento de investimento das empresas em que a União, direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito a voto; Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. § 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços. Em: Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

previstos na carta constitucional. Dessa maneira, o Poder público deve ofertar bens e serviços quando os mercados privados tiverem força insuficiente para garantir esse fornecimento e quando for necessário “internalizar externalidades e quando existem economias de escala significativas”. (ANTUNES, 2014, p.20).

Concorda-se com Emerson Gabardo, no tocante a atuação do Estado de forma atípica na seara privada quando em casos de segurança nacional e interesse coletivo. Aduz o autor que nesses casos, mesmo que a decisão da atuação do Estado seja discricionária, nunca será nos mesmos termos em que o particular, nem por mera insuficiência da atividade privada numa situação concreta, na concepção de um mero substituto suplementador, pois não é condição jurídico-autorizativa a presença de uma situação de mercado em que os recursos estejam empregados de forma precária no atendimento dos consumidores. (GABARDO, 2009, p. 228-229).

Quanto aos incentivos à iniciativa privada, com benefícios fiscais e financiamento, aqui se localizam as políticas públicas desempenhadas pelo Estado. Apesar de difícil conceituação, impera destacar a definição trazida por Vanice Lírio do Valle, que categoriza uma política pública como uma decisão quanto ao percurso da ação formulada por atores governamentais, revestida de autoridade e sujeita a sanções. (VALLE, 2016, p.33). Destarte, uma política pública possui como *locus* os governos, onde os embates em torno de interesses, preferências e ideias são desenvolvidos. (SOUZA, 2006, p. 25).⁴

Nessa seara, um exemplo manifesto é a empresa pública Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES),

⁴ Destarte, Celina Souza também destaca a relevância das instituições para o direcionamento das políticas públicas: “Como as instituições influenciam os resultados das políticas públicas e qual a importância das variáveis institucionais para explicar resultados de políticas públicas? A resposta está na presunção de que as instituições tornam o curso de certas políticas mais fáceis do que outras. Ademais, as instituições e suas regras redefinem as alternativas políticas e mudam a posição relativa dos atores. Em geral, instituições são associadas a inércia, mas muita política pública é formulada e implementada. Assim, o que a teoria neo-institucionalista nos ilumina é no entendimento de que não só os indivíduos ou grupos que têm força relevante influenciam as políticas públicas, mas também as regras formais e informais que regem as instituições”. Em: (SOUZA, 2006, p.39).

voltado ao financiamento de longo prazo e investimento na economia brasileira.⁵ Ao incentivar financeiramente a atividade de empresas, o BNDES acaba por direcionar, após longos debates públicos, atividades voltadas a interesses anteriormente decididos.

Portanto, caracterizando concisamente uma política pública, é possível dizer que: ela permite distinguir entre o que o governo pretende fazer e realmente faz; envolve inúmeros autores e níveis de decisão, que, apesar de ser materializada através da Administração Pública, não restringe a participantes formais, já que os formais também merecem destaque; uma política pública é abrangente e não se limita às normas; trata-se de uma ação intencional, com objetivos a serem alcançados; possui impactos vistos no curto prazo, a despeito de ser uma política de longo prazo e; a política pública abarca processos subsequentes após sua proposição, que implica na sua implementação, execução e, principalmente, avaliação. (SOUZA, 2006, p.35-36).

Por conseguinte, a atuação do Estado no setor de políticas públicas para fomento do desenvolvimento econômico não deve ser desconsiderada como uma maneira de intervir na ordem econômica, em razão de não só pelo fomento governamental em si ser uma forma de atuação estatal, mas também a priorização das áreas que serão beneficiadas com o financiamento, seguindo, teoricamente, os imperativos do interesse público. De fato, “o crédito torna-se um fator necessário para o desenvolvimento quando as inovações são feitas por novos empresários que não tem seus próprios meios de produção. Assim, através da criação de meios de pagamento *ad hoc* – moeda bancária – pelos bancos, esses concedem aos empresários-inovadores o poder de compra necessário para desviar os recursos de seus usos tradicionais, permitindo que as inovações ocorram”. (DE PAULO, 2014, p.128).

Nesse diapasão, nesta terceira categoria, onde se estabelecem as políticas públicas governamentais de fomento, inclui-se nesse

⁵Banco nacional do desenvolvimento. 2017.

conjunto o incentivo ao desenvolvimento científico. Assim, após analisadas as explicações doutrinárias da intervenção em forma de fomento pelo Estado, passar-se-á agora a explanar sobre o CNPq e sua importância para a ciência brasileira e, mais adiante, será demonstrada as razões constitucionais para o fomento da iniciação científica e seu impacto na ordem econômica.

3. O processo histórico do surgimento do CNPq e seus principais meios de auxílio.

O Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico, originalmente intitulado Conselho Nacional de Pesquisas – CNPq, órgão ligado ao Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovação e Comunicação, foi criado pela sanção da Lei n.º 1.310 de 1951 com a finalidade não só de promover e estimular o desenvolvimento da investigação científica e tecnológica em qualquer área do conhecimento como também de conduzir as políticas de ciência, tecnologia e inovação contribuindo assim para o desenvolvimento nacional e reconhecimento das instituições de pesquisa pela comunidade internacional. (CNPQ, 2018).

Outros aspectos relevantes do CNPq são voltados à proposição e aplicação de normas e instrumentos que visam ao apoio de pesquisa e desenvolvimento, de difusão e absorção de conhecimentos científicos e tecnológicos, à promoção e realização de acordos, protocolos, convênios, programa e projetos de intercâmbio e transferência de tecnologias envolvendo entidades públicas e privadas nacionais e internacionais.

Assume relevância também a estimulação à participação de alunos de graduação em programa com bolsa de iniciação científica (IC), desde os finais dos anos 80, com a finalidade de abrir as possibilidades e horizontes dos alunos ao longo dos anos de formação superior inicial, para o incentivo e envolvimento em pesquisas nas diversas áreas do conhecimento. As atividades de iniciação científica ampliam assim as experiências acadêmicas,

qualificam de forma mais aprofundada estes jovens pesquisadores tanto para a área escolhida profissional quanto lhes abrem as chances de uma carreira acadêmica promissora para a formação em nível de pós-graduação.

O Programa de iniciação científica (PIBIC) desde a sua primeira regulamentação pode ser considerado um programa com bastante êxito, pois possibilitou o envolvimento direto das instituições de ensino superior, sob a responsabilidade das pró-reitorias de graduação e pesquisa, na criação de instrumentos eficientes de avaliação e na aplicação de políticas institucionais, na implementação das propostas, distribuições de bolsas e avaliação dos projetos recebidos assim como da avaliação externa do processo. Ao longo das décadas tem possibilitado o IC a ampliação da interface da graduação e pesquisa e a consolidação da demanda pelos cursos de pós-graduação.

De acordo com o Centro de Gestão e Estudos Estratégicos – CGEE (2017):

Dos anos 90 até presente, o Pibic se consolidou como um programa permanente do CNPq, envolvendo todas as unidades da federação, dezenas de instituições de ensino e pesquisa, milhares de alunos e orientadores. Tem sido investido no programa um grande volume de recursos financeiros. No período, o próprio ensino superior brasileiro se expandiu e mudou significativamente. Em 2007, foi criada a modalidade de Bolsa de Iniciação Tecnológica (Pibiti), nos mesmos moldes do programa institucional de bolsas de iniciação científica, que buscava propiciar aos alunos de ensino superior a experiência em atividades de desenvolvimento tecnológico.

Atualmente, o CNPq fornece diversas bolsas para a formação de recursos humanos, desde para pesquisadores que estão cursando o ensino médio a até o pós-doutorado, para sociedades empresariais e para a formação de estudantes e pesquisadores em instituições estrangeiras. Entre as bolsas, a de iniciação científica da graduação fornece uma mensalidade de R\$400,00 por doze

meses e possui a finalidade de “despertar vocação científica e incentivar talentos potenciais entre estudantes de graduação universitária, mediante participação em projeto de pesquisa, orientados por pesquisador qualificado”. Segundo o próprio conselho, existem no Brasil hoje cerca de 26.664 bolsistas de iniciação científica. (CNPQ, 2017).

Entretanto, apesar do número expressivo de bolsas concedidas para o programa institucional de iniciação científica, chama a atenção que a quantidade de bolsas concedidas diminuiu em um número muito expressivo desde 2016. À época, o número de bolsas vigentes era de 33.741. A medida não fora anunciada oficialmente, mas percebida pelas universidades após a publicação das chamadas para o biênio 2016-2018. (ESTADÃO, 2018).

Ainda assim, é importante enfatizar que ao longo das décadas o Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica (PIBIC) tem procurado, de acordo com o Centro de Gestão e Estudos Estratégicos (2018):

- 1) despertar vocação científica e incentivar novos talentos entre estudantes de graduação;
- 2) contribuir para reduzir o tempo médio de titulação de mestres e doutores;
- 3) contribuir para a formação científica de recursos humanos que se dedicarão a qualquer atividade profissional;
- 4) estimular uma maior articulação entre a graduação e pós-graduação;
- 5) contribuir para a formação de recursos humanos para a pesquisa;
- 6) contribuir para reduzir o tempo médio de permanência dos alunos na pós-graduação;
- 7) estimular pesquisadores produtivos a envolverem alunos de graduação nas atividades científica, tecnológica e artístico-cultural;
- 8) proporcionar ao bolsista, orientado por pesquisador qualificado, a aprendizagem de técnicas e métodos de pesquisa, bem como estimular o desenvolvimento do pensar cientificamente e da criatividade, decorrentes das condições criadas pelo confronto direto com os problemas de pesquisa;
- 9) ampliar o acesso e a integração do estudante à cultura científica.

Conforme os objetivos acima traçados, cabe a cada instituição a necessidade de constantes avaliações dos projetos e pesquisas existentes em suas universidades assim como o efeito produzido no cenário atual do ensino superior brasileiro. Por fim, para contextualização das universidades brasileiras em comparação ao ambiente acadêmico global, é necessário trazer neste ensaio alguns dados fornecidos pela *Times Higher Education*, quanto ao prestígio das universidades nacionais.

De acordo com as informações obtidas no sítio da instituição, a universidade brasileira com melhor reputação no ranking global é a Universidade de São Paulo, localizada entre a 251^a e 300^a posição, seguida pela Universidade Estadual de Campinas, posicionada entre a 401^a e 500^a lugar. (TIMES HIGHER EDUCATION, 2018). No ranking que abarca as universidades de economias emergentes e dos BRICS⁶, a Universidade de São Paulo está na 13^a posição, a Universidade Estadual de Campinas na 28^a posição e a Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro está na 55^o lugar. (TIMES HIGHER EDUCATION, 2018). No ranking da América Latina, a *Times Higher Education* posicionou a UNICAMP em primeiro lugar, a USP em segundo lugar, a Universidade Federal de São Paulo, a Universidade Federal do Rio de Janeiro e a PUC-RIO em sétimo, oitavo e nono lugar respectivamente. Por último, no *World Reputation Rankings 2017* da THE, que é elaborada por meio de entrevistas com pesquisadores para citarem, de forma pessoal, as universidades com maior prestígio, a única instituição superior que constou na lista das cem universidades mais prestigiadas mundialmente foi a USP, entre 91^a e 100^a colocação. (TIMES HIGHER EDUCATION, 2018).

Tais colocações trazidas foram necessárias para discutir sobre a necessidade do financiamento público sobre os novos pesquisadores, na tentativa de garantir maior respeitabilidade mundial do setor acadêmico brasileiro, bem como fomentar o

⁶ Brasil, Rússia, Índia, China e África do Sul.

registro de novas patentes, desenvolver a cooperação científica global, estimular a formação de um maior número de acadêmicos e pesquisadores, melhorar os índices de educação nacional e incentivar o investimento em pesquisa e desenvolvimento.

4. A justificativa constitucional para a manutenção do financiamento à iniciação científica

É sabido que o texto constitucional discorreu sobre uma agenda de direitos fundamentais e organizou a atuação do Estado para garantir a máxima efetividade desses direitos protegidos. O estabelecimento de uma pauta de ação com o mesmo nível de proteção de uma norma fundamental é conhecido como heterovinculação, que impele a Administração a sua execução. Essas heterovinculações podem se identificar por três maneiras: a) como cláusulas de bloqueio a agir de poder, com a criação de casos de vedação do poder, com a proteção de direitos fundamentais de origem liberal; b) como deveres de conduta, promanados na Constituição e; c) como garantia de reparação de poder quando inatendidas as situações jurídicas, com o estabelecimento de uma atuação reparadora.(VALLE, 2016, p. 64).

As políticas públicas são heterovinculações determinantes de deveres de conduta, devido à determinação constitucional de um compromisso para o alcance da dignidade humana, indicando um agir estatal, que pode ser concretizada de variadas maneiras. (VALLE, 2016, p. 65).

Assim, quanto ao desenvolvimento científico, a Constituição da República de 1988 designou uma ampla gama de artigos assegurando, em síntese, que é dever do Poder Público, em todas as suas esferas, incentivar a pesquisa, a capacitação científica e o seu desenvolvimento. Dentre esses incentivos, o apoio à formação de recursos humanos é um dos pilares que a promoção à pesquisa deve estimular. Com as diretrizes orientadoras estabelecidas, a

Administração Pública assume⁷ o compromisso de instituir políticas públicas para a formação humana científica.

Além disso, considerando o contexto brasileiro em que, de acordo com a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (2018), somente quatorze por cento dos adultos possuem graduação universitária, demonstra a extrema dificuldade na formação de pesquisadores, a começar pelo acesso ao ensino superior, devido às diversas barreiras à inclusão e formação mais democrática. Diante deste enorme problema social, as universidades e o poder público vêm formulando diversas ferramentas para que haja a inclusão de estudantes das diversas esferas sociais.

Em destaque, as medidas para a democratização do acesso e conclusão do ensino superior, há: I) a oferta de cursos de Ensino a distância – EAD; II) programas de financiamento da Universidade, como o Fundo de Financiamento Estudantil – FIES; III) a oferta de bolsas de estudo aos discentes, oferecidas pelo governo, ou concedidas pela universidade; IV) a criação de cotas para acesso em universidades públicas; V) a inclusão do aluno em diversas atividades da universidade, desde o ingresso às equipes esportivas da academia até a inclusão em programas de iniciação científica (PIBIC). (ADDOR; DORSA; REYNALDO, 2016, p.5).

Dessa forma, a atenção para o planejamento e organização de políticas públicas para fomentar a formação de pesquisadores é ponto primordial para essa questão. Por meio do CNPq, órgão pertencente ao Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovação e Comunicação, a União organiza a política de fomento recorrendo a concessão de bolsas de estudo e auxílios de pesquisa, que são distribuídos entre os pesquisadores de todos os níveis de graduação.

Sobre a compreensão de fomento, José dos Santos Carvalho Filho (2017, p. 974-975) considera a instituição do incentivo como uma manifestação do Estado Regulador na Ordem econômica,

⁷ Observar o artigo 218, §4º: “O Estado apoiará a formação de recursos humanos nas áreas de ciência, pesquisa, tecnologia e inovação, inclusive por meio do apoio às atividades de extensão tecnológica, e concederá aos que delas se ocupem meios e condições especiais de trabalho”.

representando o estímulo que o Poder Público deve propiciar para o desenvolvimento econômico e social do país, por meio da disponibilização do maior número de instrumentos possíveis para garantir esse desenvolvimento.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello (2014, p. 812), no entanto, a ideia de fomento não possui liame com o Estado Regulador, constituindo para ele uma terceira forma de atuação do Poder Público sobre a ordem econômica. Para o autor, como enfatizado em tópico anterior, a interferência do Estado na ordem econômica pode ocorrer em três momentos: por meio de seu poder de polícia, por meio da atuação empresarial própria ou mediante incentivos à iniciativa privada. Maria Sylvia Zanella de Pietro (2017, p. 55) também entende que a manifestação da Administração Pública abrange três modalidades distintas, que nomeia como fomento, polícia administrativa e serviço público.

Independentemente de qual posicionamento a ser adotado, em razão da concepção do Estado brasileiro na Carta de 1988 ser eminentemente a ideia de um Estado Social, não há dúvidas quanto a responsabilidade do Poder Público em utilizar os seus recursos para a promoção do bem-estar geral e desenvolvimento. Não somente pelas diretrizes promulgadas na Carta, como também a responsabilidade histórica com a democracia do país.

Desse modo, a atuação do Estado no fomento à iniciação científica é o dever-poder⁸ do Estado, pois, esse mesmo Estado, signo reflexo do desenvolvimento cultural da sociedade, tem que estabelecer o equilíbrio entre o reconhecimento das conquistas históricas do passado e a projeção para um futuro a ser construído, com base em um modelo democraticamente designado, mediante a redução por meio coletivo das desigualdades e a consagração de

⁸ Quanto ao dever do Estado quanto ao bem-estar, Celso Antônio Bandeira de Mello assevera: “as prerrogativas que nesta via exprimem tal supremacia não são manejáveis ao sabor da Administração, porquanto esta jamais dispõe de “poderes”, *sic et simpliciter*. Na verdade, o que nela se encontram são “deveres-poderes”, [...] isto porque a atividade administrativa é desempenho de “função”. Em: MELLO, 2014, p.100.

uma alteridade republicana. Essas características fazem com que qualquer Estado seja reconhecido como social na atualidade, como é caso do Brasil, com precisão na Constituição Federal de 1988. (GABARDO, 2009, p.170-171).

5. A iniciação científica e a importância de seu fomento para o Desenvolvimento Nacional

A atuação da Administração no que diz respeito à formulação de políticas públicas de fomento científico possui não apenas características de manifestação estatal na ordem econômica, mas também se qualifica como um dever na área social. Isso porque enquanto na ordem econômica o fomento ao desenvolvimento científico nacional tem o cunho de garantir que haja progresso, no que diz respeito à geração de novas tecnologias que possam aumentar a competitividade do mercado e a introdução de rede de inovação das empresas, na área social ela estimula atuais e futuros e pesquisadores a progredir em suas investigações, a impulsionar mais interessados para essa área, a alavancar o nível de qualificação da mão de obra brasileira, e faz progredir, mesmo que indiretamente, a melhoria da renda e qualidade de vida.

Ressalte-se que a ideia de desenvolvimento é una, apesar de ter sido abordada com a separação de diferentes categorias. Isso em razão de que o texto fundamental se empenha em garantir o desenvolvimento nacional em seu artigo 3º, II, termo em sentido amplo que inclui, por exemplo, o crescimento econômico, a elevação do padrão de vida, do bem-estar social e do padrão financeiro. (FOLLONI, 2014, p. 78-79).

Quando se observa os países em desenvolvimento, como o Brasil, o financiamento da atividade de inovação (inclui-se a atividade científica e tecnológica) não se apresenta espontaneamente pelo mercado. Dado esse fato, o financiamento público é necessário para dar suporte à atividade de pesquisa e desenvolvimento. Fatores como a menor capacidade de

mobilização de capital, um sistema nacional de inovação menos desenvolvido e uma fraca cultura inovadora das sociedades empresárias resultam na grande dificuldade de inovação. Por isso, é premente a necessidade de constituir sistemas nacionais de ciência, tecnologia e inovação bem desenvolvidos, com o fim de alcançar um grau de comparação com países considerados bem sedimentados nesta área. (PAULA, 2014, p. 152-153).

Dessa maneira, entende-se que a alteração de dos ambientes sociais e institucionais são os alicerces para a mudança do ritmo e geográfica do desenvolvimento tecnológico, com a conseqüente mudança no meio econômico e social. Isso porque, a capacidade de sinergia com base em conhecimentos e informação, diretamente relacionados à produção industrial e práticas comerciais é o ingrediente crucial para o seu desenvolvimento. (CASTELLS, 2018, p.93).

Assim, a necessária sinergia deve ser realizada mediante a interface entre programas de macropesquisa e grandes mercados desenvolvidos pelo governo, de um lado, e a cultura de criatividade tecnológica e modelos de sucessos pessoais rápidos, que estimule a inovação descentralizada. (CASTELLS, 2018, p.123).

Nesse sentido, parte-se da ideia de que a iniciação científica vai além de mero estágio inicial do processo de formação de um pesquisador. Ela é uma oportunidade de auxílio para que estudantes possam custear o seu estudo, bem como apresentar, de uma maneira adequada ao seu grau acadêmico, um relevante mister das instituições que é a pesquisa. Igualmente, a concessão de bolsas e auxílios de pesquisa tem a importante premissa de garantir o pleno exercício da autonomia científica do jovem pesquisador. Se se compreende que a ideia de liberdade no contexto universitário não se inclina exclusivamente com a liberdade de pesquisar, mas também com a garantia dos meios para que possa ser exercido esse direito, o financiamento do pesquisador se torna um importante instrumento para o pleno exercício da autonomia científica.

Indo além, parafraseando Nina Ranieri, a liberdade científica, sob o aspecto financeiro e patrimonial, como a concessão de bolsas e auxílios “opera efeitos no que concerne à possibilidade de garantir a sobrevivência de áreas de pesquisa que não possuam imediata relevância política e econômica”. (RANIERI, 2013, p. 161)⁹ Tal argumento enfatiza ainda mais o que asseverou Luiz Fernando de Paula, que a inovação tecnológica e a pesquisa científica é um processo caro, que demanda um volume significativo de recursos, a longo prazo e cujos os resultados de retorno são considerados incertos. (PAULA, 2014, p. 134).¹⁰

Em contrapartida à liberdade científica, as universidades e os pesquisadores ligados à estas instituições têm como obrigatoriedade, salientado por mandamento constitucional¹¹ de voltarem o escopo e o objeto de suas pesquisas com vistas ao bem público e progresso da ciência, atentando-se para a resolução de problemas brasileiros e para o desenvolvimento produtivo nacional e regional. (RANIERI, 2013, p. 161). Assim, a autonomia científica é o meio em face da atividade fim, que é a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a garantia do desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e marginalização, bem como a

⁹ O autor deste artigo considera relevante a liberdade científica sob o aspecto democrático: “A restrição da liberdade científica, retirando o direito da comunidade científica de indagar, também vai contra o ideal de liberdade de expressão e do pluralismo de ideias. Ademais, dá fim à possibilidade de diferentes posicionamentos se encontrem e discutam uma solução em comum. O autoritarismo reina a partir deste ponto, dando fim ao caráter democrático. As universidades devem tornar como lei imperante a possibilidade de diferentes ideologias repartirem um local comum de estudo, servindo inclusive de paradigma para a própria sociedade civil e seus modelos políticos”. Em: ADDOR, 2018, p.252.

¹⁰ O autor também reforça que “o grau de incerteza tende a ser maior no início de programas de pesquisa e dos projetos de inovação, o que implica não poderem ser analisados em uma estrutura simples e estática. Trata-se, ademais, de ativos intangíveis que não podem ser utilizados como garantia de crédito e que são difíceis de serem monitorados pelos emprestadores, o que coloca problemas relacionados com o financiamento da inovação. Assim, as especificidades do processo de inovação (sua natureza, formação de expectativas, financiamento, etc.) devem ser levadas em conta na análise da inovação, uma vez que, do ponto de vista da teoria do investimento, pesquisa e desenvolvimento (P&D) tem uma série de características que a tornam diferente do investimento produtivo comum”. Em: PAULA, 2014, p.139.

¹¹ Parágrafos 1º e 2º da Constituição da República.

redução das desigualdades sociais e regionais e, ainda, a promoção do bem de todos, sem preconceito e discriminação.¹²

De acordo com a Avaliação do Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica–Pibic elaborada pelo Centro de Gestão e Estudos estratégicos do CNPq (2017), o setor apresentou ao longo de 2001 a 2013 um crescimento de 67% nas bolsas propiciadas para a IC pelo CNPq, sendo que 42% dos bolsistas eram alunos das IES do Sudeste, 23% do Nordeste, 10% do Centro-Oeste e 6% do Norte.

Outro aspecto a ser observado a partir da avaliação (2001-2013) é a distribuição das bolsas do IC pelas grandes áreas do conhecimento, sendo que as áreas de Ciências Agrárias, Biológicas e de Exatas e da Terra tiveram decréscimo na participação do PIBIC enquanto as áreas de Ciências da Saúde e Engenharias e Computação obtiveram uma expansão relativa, ficando inalteradas as áreas de Linguística, Letras e Artes e Ciências Sociais Aplicadas. Ressalta-se também a área de tecnologias neste período, assumindo papel relevante na distribuição de bolsas a partir de diferentes setores: segurança, defesa, saúde, indústrias de transformação e outros.

O que se percebe, também, é que o direcionamento das bolsas de IC são para áreas de forte interesse nacional, como se pode destacar, principalmente, as áreas de segurança e defesa nacional. Com isso, não é de se espantar que faculdades que possuam relação diretas com esses setores sensíveis são mais beneficiados com auxílios de pesquisa. De fato, a área de ciências da saúde, ciências exatas e da terra e engenharias correspondem, juntas, a 11.425 de 26.664 bolsas de iniciação científica atualmente oferecidas. (CNPQ, 2018).

Portanto, o programa de bolsas de iniciação científica vai além do simples ato de conceder um pequeno valor mensal ao pesquisador iniciante. Ela possibilita a reciclagem de membros da academia; proporciona, mesmo que em uma pequena parte, o

¹² Artigo 3º da Constituição da República.

combate à desigualdade social, possibilitando que o estudo e a pesquisa o remunerem; fomenta a descoberta tecnológica, tão necessária para o equilíbrio desenvolvimentista econômico e social e; investe na inovação e surgimento de novas ciências. Afinal, parafraseando Thomas Samuel Kuhn, “uma descoberta inesperada não possui uma importância simplesmente fatural. O mundo do cientista é tanto qualitativamente transformado como quantitativamente enriquecido pelas novidades fundamentais de fatos ou teorias”. (KUHN, 1998, P. 26-27).

4. Conclusão

Após a análise exaustiva sobre a afirmativa de que financiamento da iniciação científica pelo CNPq é um importante mecanismo para o alcance do desenvolvimento científico nacional, é possível aferir algumas conclusões gerais auferidas ao longo deste presente ensaio em alguns tópicos gerais:

- a) Auferiu-se inicialmente que as políticas públicas de fomento são uma forma de atuação estatal sobre a ordem econômica. Nessa lógica, compreendeu-se também que o fomento à ciência, inovação e tecnologia é, da mesma forma, uma maneira que o Estado possa fomentar o mercado, além disso, estabelecer políticas em outras áreas importantes de atuação, como a autonomia universitária e apoio social.
- b) Entendeu-se também que há disposições expressas na Constituição Federal Brasileira que impõe o dever do Estado em fomentar a ciência, com vistas à soberania, ascensão social, desenvolvimento econômico e independência científica e tecnológica.
- c) Analisando a lógica de apoio social, infere-se que o CNPq possui inúmeros programas de concessão de bolsas de pesquisa que possibilitam o sustento e a independência financeira dos pesquisadores. Entre os programas, merece destaque o programa de concessão de bolsas de iniciação científica, objeto de estudo deste artigo. O auxílio financeiro fornecido pelo PIBIC garante ao novo pesquisador uma oportunidade de conhecer e exercer um mister de acordo com o seu aprendizado na instituição universitária. Ademais, o sustento ofertado também garante a continuidade nos estudos e a

democratização do acesso, manutenção e formação de graduados e pesquisadores. Dessa maneira, o impacto social positivo do PIBIC não deve ser desconsiderado.

- d) Sem embargo, no âmbito econômico, o fomento público de concessão de bolsas de iniciação científica é uma política bastante eficaz para o direcionamento de pesquisas e desenvolvimento tecnológico para áreas sensíveis de interesse nacional. Como denotado nos tópicos anteriores, setores voltados à engenharia e tecnologia são as áreas que mais possuem bolsas de iniciação científica ativas.

5. Referências

ADDOR, Nicolas. A liberdade científica como requisito para um Estado democrático. In: BETTES, Janaína Maria; NASCIMENTO NETO, José Osório do; FURIATTI, Luiza de Araújo; SOUZA, Maria Augusta Oliveira de. (Orgs.). Justiça e democracia. Curitiba: Íthala, 2018, p.243-254.

ADDOR, Nicolas; DORSA, Arlinda Cantero; REYNALDO, Gabriela Oshiro. A Iniciação científica e a inclusão social: Um olhar a partir dos Direitos Humanos. *Contribuciones a las ciencias sociales*, v. 5, p. 1-15, 2016.

ANTUNES, Felipe da Silva. A importância do papel do estado na atividade econômica. *A Economia em Revista*, Maringá, v.22, n.1, p.15-30, julho 2014.

Banco nacional do desenvolvimento. Quem somos. Disponível em: < <http://www.bndes.gov.br/wps/portal/site/home/quem-somos>>. Acesso em: 01 set. 2017.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 31. Ed. São Paulo: Atlas, 2017.

CASTELLS, Manuel. A sociedade em rede. 19. Ed. São Paulo: Paz&Terra, 2018.

CENTRO DE GESTÃO E ESTUDOS ESTRATÉGICOS (CGEE). A Formação de novos quadros para CT&I: avaliação do programa institucional de bolsas de iniciação científica (Pibic). Brasília, DF: Centro de Gestão e Estudos Estratégicos, 2017.

CENTRO DE GESTÃO E ESTUDOS ESTRATÉGICOS (CGEE). A Formação de novos quadros para CT&I: avaliação do programa institucional de bolsas de iniciação científica (Pibic). Brasília, DF: Centro de Gestão e Estudos Estratégicos, 2017.

CNPq corta 20% das bolsas de iniciação científica no país. Disponível em: <<http://ciencia.estadao.com.br/noticias/geral,cnpq-corta-20-das-bolsas-no-pais,10000067297>>. Acesso em: 16 fev. 2018.

CNPq. Apresentação Bolsas. Disponível em: <<http://cnpq.br/apresentacao13/>>. Acesso em: 12 dez. 2017.

CNPq. Apresentação Institucional. Disponível em: <cnpq.br/apresentacao_institucional/>. Acesso em: 20 jan. 2018.

CNPq. Mapa de investimentos: bolsistas PIBIC. Disponível em: <<http://cnpq.br/web/guest/mapa-de-investimentos-novo>>. Acesso em: 15 fev. 2018.

DE PAULA, Luiz Fernando de. Sistema financeiro, bancos e financiamento da economia: uma abordagem keynesiana. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

DI PIETRO, Maria Sylva Zanella. Direito Administrativo. 30a Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

FOLLONI, André. A complexidade ideológica, jurídica e política do desenvolvimento sustentável e a necessidade de compreensão interdisciplinar do problema. Revista Direitos Humanos Fundamentais, Osasco, jan./jun. 2014, ano 14, n.1, p. 63-91.

GABARDO, Emerson. Interesse público e subsidiariedade: o Estado e a sociedade civil para além do bem e do mal. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

KUHN, Thomas Samuel. A estrutura das revoluções científicas. 5. Ed. São Paulo: Perspectiva, 1998.

MELLO, Celso Antônio de. Curso de Direito Administrativo. 31a Ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

Organização para cooperação e desenvolvimento econômico. Education at a Glance 2016. Disponível em: <http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/ocd/education/education-at-a-glance-2016_eag-2016-en#.Wn9VzExFy3A>. Acesso em: 10 fev. 2018.

RANIERI, Nina. Autonomia universitária: as universidades públicas e a Constituição Federal de 1988. 2. Ed. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2013.

SOUZA, Celina. Políticas Públicas: uma revisão da literatura. Sociologias, Porto Alegre, ano 8, n. 16, p.20-45, jul./dez. 2006.

TÁCITO, Caio. O poder de polícia e seus limites. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v.27, p.1-11, jan.1952.

TIMES HIGHER EDUCATION. BRICS & emerging economies university rankings 2017. Disponível em: < https://www.timeshighereducation.com/world-university-rankings/2017/brics-and-emerging-economies-university-rankings#!/page/0/length/25/locations/BR/sort_by/rank/sort_order/asc/cols/stats>. Acesso em: 15 fev. 2018.

TIMES HIGHER EDUCATION. Latin America university rankings 2017. Disponível em: < https://www.timeshighereducation.com/world-university-rankings/2017/latin-america-university-rankings#!/page/0/length/25/sort_by/rank/sort_order/asc/cols/stats>. Acesso em: 15 fev. 2018.

TIMES HIGHER EDUCATION. World university rankings 2018. Disponível em: < https://www.timeshighereducation.com/world-university-rankings/2018/world-ranking#!/page/0/length/25/locations/BR/sort_by/rank/sort_order/asc/cols/stats> . Acesso em: 15 fev. 2018.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial. 2 Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

Violações dos direitos humanos dos povos indígenas: uma análise a partir dos casos Kaiowá e Guarani

Rosely A. Stefanos Pacheco¹

“Pedimos, de uma vez por todas, para decretar nossa dizimação e extinção total, além de enviar vários tratores para cavar um grande buraco para jogar e enterrar os nossos corpos. Esse é nosso pedido aos juízes federais. Já aguardamos esta decisão da Justiça *Federal*. Decretem a nossa morte coletiva Guarani e Kaiowá de Pyelito Kue/Mbarakay e enterrem-nos aqui. Visto que decidimos integralmente a não sairmos daqui com vida e nem mortos”. (Carta Guarani e Kaiowá, 2012)².

O texto apresentado na epígrafe deste artigo, faz parte de uma denúncia de violação dos direitos humanos que causou grande impacto na sociedade brasileira nas primeiras décadas do século XXI³. Trata-se de um documento assinado por cinquenta homens,

¹ Doutoranda em Direito, linha de Pesquisa Direito Socioambiental e Sustentabilidade, pela PUC PR (Pontifícia Universidade Católica do Paraná); Doutoranda em História, linha de Pesquisa História Indígena, pela UFGD (Universidade Federal da Grande Dourados); Professora Curso de Direito da UEMS (Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul); Membro afiliada Rede Latino-Americana de Justiça de Transição; Membro do CEPEDIS (Centro de Pesquisa e Extensão em Direito Socioambiental) PUC PR; Membro do Centro de Pesquisa CEPEGRE (Centro de Pesquisa e Extensão GÊNERO, Raça e Etnia) UEMS.

² Documento, conhecido como Carta Guarani Kaiowá. Trata-se de uma denúncia de violação dos direitos humanos que maior impacto causou na sociedade brasileira da primeira década do século XXI. Foi assinada por cinquenta homens, cinquenta mulheres e setenta crianças da comunidade Pyelito Kue/Mbarakay, acampados à margem do rio Hovy, no município de Iguatemi, Estado de Mato Grosso do Sul, em 8 de outubro de 2012.

³ A carta completa foi divulgada primeiramente pelo site do Conselho Missionário Indigenista (Cimi), no dia 10 de outubro de 2012, acompanhada de relatório da Assembleia Geral Guarani, Aty Guasu (Grandes Assembleias).

cinquenta mulheres e setenta crianças da comunidade *Pyelito Kue/Mbarakay*, acampados à margem do rio *Hovy* no município de Iguatemi, localizado no sul do Estado de Mato Grosso do Sul, em 8 de outubro de 2012. Este documento se espalhou pelas redes sociais e gerou um movimento de reação e solidariedade sem precedentes, pois ganhou não apenas defensores de uma causa em comum, mas milhares de coautores brasileiros e estrangeiros que adotaram o nome *Guarani Kaiowá* como parte de sua família extensa (BRUM, 2012).

Escrito como parte de um processo de reivindicação territorial, os indígenas solicitavam neste documento o direito à morte na terra dos seus antepassados e o mesmo estava destinado às autoridades do Estado brasileiro. Desta forma, o Documento/Carta Guarani Kaiowá se institui, como um texto importante para pensarmos as violências perpetradas contra estes povos.

Segundo, Librandi-Rocha (2014, p.183), o que a Carta põe em jogo é todo um histórico de repressão, etnocídio, genocídio, expondo-o ao inverter o discurso que sempre louvou os indígenas mortos, enquanto, na prática, continuava-se a ignorar e a exterminar os vivos. Agora, os indígenas vivos “solicitam” sua morte, pois esta vem sendo perpetrada há séculos, e assim denunciam o crime e, pelo revés, pedem socorro. Ao fazerem isso, eles saem da posição de vítimas sem voz, expondo de forma nítida quem são seus algozes.

Por certo, as reflexões a respeito dos povos indígenas nos dão conta de que estes têm sido um campo fértil para as mais diversas projeções ao longo da história do Brasil. Primeiramente tem-se a noção do indígena como metáfora de liberdade natural, ou seja, uma visão romântica tantas vezes enfatizada pela nossa literatura. Contrariando esta orientação, tem-se a imagem do indígena enquanto um ser em “atraso”, que atrasa o “progresso”, e que, muitas vezes estariam ávidos por integrar-se a uma suposta “comunhão” nacional.

No caso dos Guarani e Kaiowá no Estado de Mato Grosso do Sul, como bem esclarece Eremites de Oliveira (2012),

constantemente são vistos, por uma parte da população não-indígena, como “diferentes”, e não como “iguais”. Isto explica o porquê de serem frequentemente chamados de “bugres”⁴. O citado autor considera que este termo racista é altamente etnocêntrico, pejorativo e discriminatório, pois não reconhece a humanidade e a identidade étnica que possuem, muito menos valoriza seus usos, costumes e tradições culturais.

Estigmatizados como “selvagens”, muitas vezes os indígenas são assassinados, explorados, enganados e perseguidos. É uma violência que esconde o preconceito de um país que não assume sua pluriétnicidade e não aceita que as pessoas possam viver com costumes e culturas diferenciadas dentro do mesmo país. Nesse sentido, não há como não considerar os processos utilizados ao longo dos tempos para exterminar sociedades que não se adequam ao poder vigente. Diante deste cenário se verifica o total desrespeito aos Direitos Humanos destes povos.

Os povos indígenas e a violência do Estado

Os povos indígenas contam, atualmente, com um amplo e protetivo marco jurídico nacional e internacional no que diz respeito à garantia de seus direitos. Além de serem sujeitos, enquanto indivíduos ou grupos “minoritários”, de todos os direitos humanos reconhecidos nacional e internacionalmente e sem quaisquer discriminação, estes povos são titulares de direitos coletivos e diferenciados, baseados no direito de manter sua própria cultura, hábitos e costumes. Dentre estes direitos, destacam-se o direito às terras que tradicionalmente

⁴ Na enciclopédia virtual Wikipédia, disponível na rede mundial de computadores, consta o seguinte conceito de “bugre”: Bugre é a denominação dada a indígenas de diversos grupos do Brasil, por serem considerados sodomitas pelos uropeus. A origem da palavra vem do francês *bougre*, que de acordo com o dicionário Houaiss possui o primeiro registro no ano de 1172 e significa “herético”, que por sua vez vem do latim medieval (século VI) *bulgārus*. Como membros da igreja greco-ortodoxa, os búlgaros foram considerados heréticos, e o emprego do vocábulo para denotar a pessoa indígena liga-se à idéia de “inculto, selvático, não cristão” – uma noção de forte valor pejorativo. Disponível em: Wikipédia – A Enciclopédia Livre. In: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Bugre> [23/11/2018].

ocupam⁵, à autodeterminação⁶, e à consulta⁷ ou consentimento livre, prévio e informado acerca de medidas que possam afetar seus bens e/ou seu modo de vida.⁸

No entanto, mesmo com um arcabouço jurídico de direitos humanos dos povos indígenas, estes direitos têm sido constantemente violados. E, para compreender a violência contra os povos indígenas no Brasil contemporâneo, faz-se necessário partir de uma análise sistêmica e de longa duração, levando-se em consideração que ela incide fundamentalmente sobre a territorialidade de povos⁹, seja nas disputas por territórios, seja no impedimento de manifestarem-se livremente a partir de seus direitos políticos e culturais.

Assim, uma das perspectivas para entender esta questão é pensar a violência a partir da colonialidade do poder, conceito proposto por Aníbal Quijano, analisando que mesmo com as independências das colônias dos impérios ibéricos, o poder colonial se manteve. Nesse processo, a violência se configura por meio do “extermínio”, pela tentativa de eliminação das práticas e saberes indígenas. (BRIGHENTI, 2015).

Na contemporaneidade, pode-se observar que esta violência pode ser percebida no nível institucional, seja na ação do Estado brasileiro reduzindo direitos como a não demarcação dos territórios indígenas, o não cumprimento dos acordos estabelecidos entre segmentos da sociedade, seja na implantação de obras de cunho desenvolvimentistas que afetam diretamente

⁵ Art. 231, caput e § 1º, da Constituição Brasileira de 1988 (CF/88), art. 26 da Declaração da ONU sobre os Direitos dos Povos Indígenas, art. 13 e 14 da Convenção nº 169 da OIT e art. XXV, 2, da Declaração Americana dos Direitos dos Povos Indígenas

⁶ Art. 3º, da Declaração da ONU e art. III e XXI da Declaração Americana.

⁷ Art. 6º da Convenção 169 e § 3º do art. 231 da CF/88.

⁸ Art. 6º, 2, da Convenção 169, art. 19 e 32, 2 da Declaração da ONU e art. XXIII, 2, XXVIII, 3 e XXIX, 4 da Declaração Americana.

⁹ O que se percebe é que existe uma relação intrínseca entre a garantia dos territórios indígenas e o gozo efetivo de direitos humanos, individuais ou coletivos, dos povos indígenas, uma vez que os primeiros se constituem como espaços indispensáveis à preservação e à reprodução das condições identitárias e culturais desses grupos étnicos.

estes povos¹⁰, seja na omissão, imiscuindo-se e permitindo assassinatos praticados por terceiros ou mesmo milícias armadas e invasões dos territórios indígenas. Portanto, a violência é institucional, praticada pelo Estado tanto por sua ação, quanto sua omissão. A omissão revela-se ao não cumprir os ditames legais. Além do que, demonstram as consequências de uma política indigenista praticada ao longo dos séculos pelo governo Estado brasileiro que sempre os desconsiderou. (BRIGHENTI, 2015).

A violência do Estado, o Relatório Figueiredo e a (CNV) Comissão Nacional da Verdade

Ao investigar os processos de violências contra os povos indígenas no Brasil, pode-se destacar que se trata de processos de longa duração, que perpassam desde o período colonial até os dias atuais. Entretanto, é necessário considerar que a década de 1960 foi particularmente significativa para a história dos direitos destes povos.

Primeiro por conta das denúncias e comprovações das violências que sofreram com a atuação do órgão tutelar, o Serviço de Proteção ao Índio (SPI), criado pelo Estado brasileiro em 1910. Apesar deste órgão tutelar ter sido formado com o intuito de proteger os povos indígenas, ocorreram várias denúncias, que podem ser observadas no Relatório da Comissão de Investigação do Ministério do Interior, conhecido como Relatório Figueiredo, apresentado em 1968, que trouxe à tona a crise do Serviço de Proteção ao Índio (SPI), pois revelou as violências cometidas contra os povos indígenas muitas vezes praticadas pelos próprios agentes do órgão indigenista.

¹⁰ Exemplo são as violações praticadas contra os indígenas Waimiri-Atroari. Este povo, que também se autodenomina povo Kinja sofreu um massacre sem precedentes durante a ditadura civil-militar (1964-1985). Segundo relatório da Comissão Nacional da Verdade (CNV), entre os anos 1960 e 1980 pelo menos 90% da população indígena de cerca de três mil pessoas morreu em consequência da ação direta das Forças Armadas, da construção da BR-174 (Manaus-Boa Vista) e da hidrelétrica de Balbina e da política do governo da época de abrir a área a mineradoras e produtores rurais. No entanto, o Estado brasileiro continua violando os direitos destes povos, no caso com a tentativa da construção do “linhão” de energia elétrica que atravessará toda a área habitada por eles, podendo gerar um processo de violência contra os mesmos.

Consta do Relatório Figueiredo, nas palavras do seu relator, a denúncia de que a realidade dos indígenas no Brasil era de total desprezo para com os direitos desses povos. Em certo trecho, o Relator enfatiza: “o índio passou de espoliado a escravo; de escravo a liberto, confortado pela catequese, mas sem condições de subsistência; de liberto e catequisado ao protegido de nossos dias” (RELATÓRIO FIGUEIREDO, 1968, p.6 *apud* MORAES, 2015, p. 12).

Também de acordo com a palavras do relator da Comissão de Inquérito de 1967:

[...] de maneira geral, não se respeitava o indígena como pessoa humana, servindo homens e mulheres, como animais de carga, cujo trabalho deve reverter ao funcionário. No caso da mulher, torna-se mais revoltante porque as condições eram mais desumanas. [...] O trabalho escravo não era a única forma de exploração. Muito adotada também era a usurpação do produto do trabalho. [...]. Tudo – repetimos sempre – como se o índio fosse um irracional, classificado muito abaixo dos animais de trabalho, aos quais se presta, no interesse da produção, certa assistência e farta alimentação (Relatório Figueiredo, 1968:4913-4914 *apud* MORAES, 2015, p.13).

Sobre o Relatório Figueiredo, é importante salientar que ele consiste em um conjunto documental produzido, majoritariamente, a partir das investigações da Comissão de Inquérito Administrativo do Ministério do Interior (CI), presidida pelo procurador Jáder de Figueiredo Correia no início da década de 1960. A documentação, que teve grande repercussão em 1968 quando divulgada, foi considerada durante muito tempo como perdida devido a um incêndio ocorrido em 1967 no Ministério da Agricultura, órgão ao qual o SPI era subordinado.

É de se evidenciar que, na época, tal incêndio foi considerado suspeito, exatamente por causa da Comissão de Inquérito instaurada pelo então Ministro do Interior, General Albuquerque Lima, sendo o “incêndio” considerado por alguns como uma estratégia de “queima de arquivo”, uma vez que lá estavam - além

de filmes, fotografias, mapas e artefatos - os arquivos administrativos que continham processos que podiam ser usados como prova contra funcionários do SPI que no momento eram investigados pela Comissão de Inquérito, presidida por Figueiredo. (FREIRE, 2011, p.11).

Por fim, o Relatório não “se perdeu”, conforme haviam anunciado e quase 50 anos depois, no ano de 2012, esse conjunto de documentos foi encontrado pelo pesquisador Marcelo Zelic, membro do Grupo Tortura Nunca Mais, no Museu do Índio, no Estado do Rio de Janeiro. Esse “encontro” aconteceu no contexto da demanda de grupos indígenas por documentações acerca das violações de DDHH cometidas pelo Estado brasileiro durante a ditadura civil-militar e também como parte das pesquisas da CNV (Comissão Nacional da Verdade) que havia acabado de criar um Grupo de Trabalho (GT) voltado às questões centradas nas violências contra os povos indígenas e do campo.

Pode-se apontar que alguns trabalhos acadêmicos foram realizados tendo como referência a documentação produzida pelo Relatório Figueiredo da década de 1960. Dentre eles destacamos o próprio Relatório da CNV (Comissão Nacional da Verdade). O texto elaborado pela pesquisadora Maria Rita Kehl¹¹ com a colaboração do Grupo de Trabalho da Comissão Nacional da Verdade sobre Graves Violações de Direitos Humanos no Campo ou contra Indígenas, faz um levantamento das relações do regime ditatorial civil e militar com os povos indígenas¹².

De acordo com Lima (2017), o Relatório da Comissão Nacional da Verdade (CNV), publicado no final de 2014, é um passo inicial no reconhecimento pelo Estado brasileiro de que praticou uma política de extermínio contra os povos indígenas. As conclusões do Relatório da CNV, ao considerá-los “vítimas” na narrativa oficial sobre a última

¹¹ <Disponível em http://200.144.182.130/cesta/images/stories/CAPITULO_INDIGENA_Pages_from_Relatorio_Final_CNV_Volume_II.pdf>, acesso em 25 de novembro de 2018.

¹² Sabe-se que este estudo sobre a violência contra os povos indígenas que compõem o Relatório da CNV foi insuficiente. É necessário que novas investigações sejam realizadas.

ditadura vivida no Brasil representa um avanço histórico, pois, reconhece o ideal de “integração” e “assimilação”, promovido pelo Estado brasileiro, como uma das formas de perseguição política e a dimensão coletiva das violações, estabelecendo um marco para a construção de uma Justiça de Transição para os povos indígenas, considerada em sua especificidade. (LIMA, 2017, p.2).

Para Resende (2015, p. 495), o Relatório Figueiredo constitui um documento importantíssimo sobre o que aconteceu em território brasileiro com os povos indígenas antes e durante a ditadura civil e militar (1964-1985). De acordo com a autora, a partir deste Relatório espera-se que muitas lacunas da história dos povos indígenas no Brasil sejam preenchidas, não apenas com relação às violações “físicas e morais” sofridas, mas também no que diz respeito ao esbulho/expropriação de suas terras, pois, várias são as denúncias que constam neste Relatório.

Assim, conforme destaca Fernandes (2018, p. 154), documentos oficiais, levantados pelas Comissões da Verdade comprovam as graves violações de direitos humanos contra os povos indígenas durante o processo de ocupação e colonização brasileira, tais como os genocídios levado a cabo no período ditatorial civil e militar contra os Waimiri-Atroari, pelos povos Avá-Canoeiro no Araguaia, Cinta Larga em Mato Grosso, Xetá no Paraná¹³. Como exemplos cita-se os esbulhos, remoções forçadas, bombardeios de comunidades inteiras pelas Forças Armadas na Amazônia com uso de napalm, além da criação de campos de concentração, cadeias clandestinas, proibição de falar o próprio idioma nativo, dentre outras violências que se prolongaram no tempo.

Os Guarani e Kaiowá e a violência que continua...

Há pelo menos duas décadas, a tragédia do povo Guarani e Kaiowá no Estado do Mato Grosso do Sul tem sido anunciada por

¹³ Brasil, Comissão Nacional da Verdade (CNV), Relatório, v. II, Brasília, 2014.

agências internacionais, intelectuais, órgãos não-governamentais, dentre outros setores de apoio à causa indígena. As projeções de uma grande população em explosão demográfica vivendo em pequenas porções de terra apontavam o caminho de um silencioso genocídio em curso. Aldeados e submetidos a um sistema que se impõe, reprimindo violentamente qualquer tipo de organização, os Guarani e Kaiowá se encontram diante de uma série de infortúnios que têm sido denunciados, sistematicamente.

O Relatório da Anistia Internacional Informe 2016/2017, denunciou, a partir de uma visita realizada em março de 2016 em áreas indígenas, pelo Relator Especial da ONU sobre o direito dos povos indígenas, a incapacidade de o Brasil demarcar as terras indígenas e o enfraquecimento de instituições estatais responsáveis por proteger os direitos desses povos.

Também o Relatório *Brief Report on the violations of the Human Rights of the indigenous Kaiowá Guarani peoples in Mato Grosso do Sul – Brazil*, produzido pelo CIMI (Conselho Indigenista Missionário)¹⁴, em que um dos objetivos é o de informar a comunidade internacional sobre a realidade de violência vivida por estes povos, ao citar dados do Ministério da Saúde, destaca que entre os anos de 2000 a 2013, mais de 662 pessoas indígenas se suicidaram no Estado de Mato Grosso do Sul, totalizando um caso a cada 7,7 dias. Também enfatiza que nos últimos 12 anos houve um assassinato a cada 12 dias, totalizando 361 pessoas. Fatos estes ocorridos em um ambiente que registrou mais de 150 conflitos por disputas territoriais. Destaca que pelo menos 16 lideranças Guarani e Kaiowá, foram assassinadas nesta última década, quer por ruralistas, ou por seus encarregados, sob as “vistas” do Estado.

Sobre este tema, o antropólogo e liderança indígena Tonico Benites (2015)¹⁵, em artigo publicado em um destacado jornal de

¹⁴ Destaca-se que este Relatório é apenas um dos indicadores do processo de violência no Estado de Mato Grosso do Sul.

¹⁵ Disponível em <https://www.cartacapital.com.br/sociedade/os-ataques-a-indigenas-no-ms-na-visao-de-uma-lideranca-6848.html>, acesso em 09 de fevereiro de 2018.

circulação nacional, também denunciou as violências contra os Guarani e Kaiowá neste Estado e menciona alguns *Tekoha*¹⁶ que foram atacados, destacando os nomes dos líderes indígenas assassinados, nas últimas décadas. Segundo o autor, estes assassinatos foram cometidos por agentes de grupos criminosos que estão se organizados desde os anos 2000. Benites (2015), acrescenta que “os atos se repetem igualmente nesses últimos anos. Sem nunca terem sido punidos pela Justiça Federal, que é a competente para julgar e punir esses crimes”.

Dentre os casos citados por Benites (2015), encontram-se os casos de violência e “desaparecimento forçado” dos indígenas das etnias Guarani e Kaiowá professor Rolindo Vera, ocorridos no *tekoha Ypo`i*, e da liderança Nízio Gomes, no *tekoha Guaiviry*. Casos que ocorreram em processos de retomadas ou reocupações territoriais.

Em ambos os casos, até o momento seus corpos não foram encontrados, o que denota a omissão e violência praticada pelo Estado. Também demonstram que não são casos isolados, mas fazem parte de uma política de Estado levada às últimas consequências, que tem como objetivo não apenas reprimir os direitos indígenas e suas mobilizações territoriais com o uso deliberado da violência, mas também a de extermínio de um povo.

Tonico Benites (2015), destaca que as reocupações empreendidas pelos Guarani e Kaiowá são, historicamente, uma forma de pressionar o Poder Executivo para acelerar os processos de reconhecimento dos territórios Guarani e Kaiowá no sul do Estado de Mato Grosso do Sul. Segundo Benites (2015), “a decisão de reocupar esses territórios acontece porque as comunidades não aguentam mais esperar pelo reconhecimento oficial de suas terras. Dessa forma,

¹⁶ *Tekoha* significa o lugar onde é possível reproduzir o modo de ser Guarani e Kaiowa. O prefixo *Teko* representa um conjunto de normas e costumes, enquanto o sufixo *Ha* dá conotação de lugar. Assim, se o *Tekoha* é o lugar onde é possível a reprodução do modo de vida Guarani e Kaiowa, é necessário considerar que sem *Teko* não há *Tekoha*, mas também, que sem *Tekoha* não há *Teko* (Pereira e Mota, 2012).

frente à negligência das instâncias governamentais, essa estratégia tem sido utilizada por outros povos em todo o país”.¹⁷

No entanto, percebe-se que a partir do momento que as reocupações se tornaram mais intensas, os proprietários rurais começaram a articular estratégias de represálias, estruturando suas milícias para repelir as reocupações, passando a manter uma estreita vigilância sobre os indígenas. (MOREIRA SILVA, 2002 *apud* STEFANES PACHECO, 2004).

Tonico Benites (2015) ao relatar sobre os diversos ataques às comunidades Guarani e Kaiowá que ocorreram nos últimos anos, enfatiza que:

No contexto histórico da disputa pela posse das terras entre os indígenas e os ruralistas no Mato Grosso do Sul, os mentores e autores de ataques violentos às comunidades indígenas são pecuaristas, políticos, em geral “ruralistas”, que são também graduados e altamente especializados em paralisar o processo da demarcação das terras indígenas. São, sobretudo, especializados em praticar violência extrema, em atacar, massacrar e expulsar os indígenas de suas terras¹⁸.

Ainda, quanto a violência e o ataque às lideranças indígenas, a matéria veiculada pelo Jornal Campo Grande News, de 02 de setembro de 2015, intitulada “Desde a morte de Marçal, há 31 anos, doze líderes indígenas foram mortos”, assim registra:

Não bastassem as mortes por suicídio, desnutrição e pela violência interna resultante do processo de aldeamento, que colocou os índios em pequenas áreas, as comunidades Guarani, Kaiowá e Terena amargam assassinato de, pelo menos, doze lideranças nos últimos 31 anos.¹⁹

¹⁷ <Disponível em <http://www.socioambiental.org/pt-br/noticias-socioambientais/apos-retomadas-de-terras-por-indios-fazendeiros-atacam-acampamento-guarani-kaiowa-no-sul-de-ms>>, [acesso em 10 de abril de 2018].

¹⁸ *Ibidem*

¹⁹Disponível em <https://www.campograndenews.com.br/cidades/interior/desde-a-morte-de-marcal-ha-31-anos-12-lideres-indigenas-foram-mortos>, acesso em 25 de março de 2018.

Segundo Carlini (2012), a estratégia utilizada por alguns grupos locais, que consideram o indígena como “entraves ao progresso” se opera por homicídios bem planejados. De acordo com este autor, estes grupos não ordenam matar qualquer membro da comunidade, mas sim lideranças – sejam eles caciques ou professores. Tiram de “circulação” aquelas pessoas escolhidas pela própria comunidade por terem a capacidade de repassar os ensinamentos para o coletivo e inevitavelmente fortalecer a organização do movimento indígena. A perda dessas referências para a comunidade traz, em si, o medo como parte do cotidiano. Dessa maneira, trata-se de uma estratégia utilizada por setores do agronegócio para o extermínio desses povos. Neste processo a população vive em constante incerteza sobre seu próximo amanhecer.

Sémelin, em sua obra *violência extrema* (2002, p. 11), aduz que é uma constante nas violências nacionalistas, religiosas ou ideológicas. Assim, por meio da construção de um *marco cognitivo de crises* o outro é definido como um inimigo a ser abatido, um ser completamente diferente, um estranho, cuja morte é necessária para proteger-se a si mesmo. E ao proceder desta maneira o ato deste indivíduo passa a ser um ato que o engrandece. Como conclui Sémelin: “matar no es solo purificar, sino también purificarse” (SÉMELIN, 2002, p.11).

Para a compreensão destes fenômenos, também destaco a importância do conceito de *necropolítica, trabalhado inicialmente pelo sociólogo camaronês Achille Mbembe*. Para o autor, a *necropolítica* é o poder de ditar quem deve viver e quem deve morrer. É um poder de determinação sobre a vida e a morte ao desprover o *status* político dos sujeitos. A diminuição ao biológico desumaniza e abre espaço para todo tipo de arbitrariedade e inumanidade.

No entanto, para o referido autor, há racionalidade na aparente irracionalidade desse extermínio. Utilizam-se técnicas e desenvolvem-se aparatos meticulosamente planejados para a execução dessa política de desaparecimento e de morte. O processo de exploração e

do ciclo em que se estabelecem as relações neoliberais opera pelo extermínio dos grupos que não têm lugar algum no sistema, uma política que parte da exclusão para o extermínio.

Com relação aos Guarani e Kaiowá, se observa que os atos atrozes contra seus direitos humanos não representam fatos isolados, mas fazem parte de uma política levada às últimas consequências por um Estado que tem como objetivo reprimir os direitos indígenas, especialmente de acesso aos territórios tradicionais. Assim, tudo o que possa oferecer alguma resistência à concretização da manutenção do *status quo*, que no caso Guarani e Kaiowá diz respeito à manutenção da propriedade privada em detrimento da propriedade coletiva indígena, pode ser eliminado.

Sobre direitos e responsabilidades do Estado brasileiro

Em uma época cuja observância dos Direitos Humanos é tida como base do Estado democrático de direito brasileiro, o enfoque sobre a responsabilização pelas graves violações de direitos humanos contra os povos indígenas cometidas por este Estado, seja por ação ou omissão, se mostra necessária. Além do que, com base na sua condição de Estado-membro da ONU (Organização das Nações Unidas) e da OEA (Organização dos Estados Americanos) e de signatário da maioria dos tratados internacionais de direitos humanos, o Brasil assume a obrigação de respeitar, proteger e garantir os direitos humanos previstos no marco jurídico internacional.

Dentre estes marcos jurídicos de proteção dos Direitos Humanos dos povos indígenas, além dos de caráter geral, como a *Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948*, destaco: a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), sobre *Povos Indígenas e Tribais em países independentes* (de 1989), a *Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas*, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 2007 e a recentemente a *Declaração Americana sobre os Direitos*

dos Povos Indígenas aprovada pela OEA em junho de 2016, considerados importante instrumentos que visam garantir a sobrevivência destas populações enquanto povos etnicamente diferenciados, uma vez que estão na salvaguarda dos direitos especiais e próprios dos povos indígenas.

Rodrigues e Santos²⁰ advertem que os tratados internacionais de direitos humanos atribuem ao Estado o dever de não deixar impune graves violações aos bens jurídicos mais preciosos de sua população, quais sejam, suas liberdades e garantias fundamentais.

É de se considerar que a Constituição Federal brasileira de 1988 é taxativa no que se refere a proteção integral aos direitos dos povos indígenas. Tanto que foi inovadora no tratamento, se comparada com os textos constitucionais anteriores. A nova Carta Magna consagra o caráter plural da sociedade brasileira e afasta por completo o paradigma assimilacionista anteriormente vigente. A nova ordem constitucional enfatiza a autonomia dos povos indígenas, com respeito a seus modos de vida, costumes, tradições. Nesse sentido, Souza Filho (1999, p. 107), observa que: “A Constituição de 1988 reconhece aos índios o direito de ser índio, de manter-se como índio, com sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições”. O autor acrescenta que: “A partir de 5 de outubro de 1988, o índio, no Brasil, tem o direito de ser índio”.

Considerações Finais

Em *Rapsódias em agosto*, filme de Akira Kurosawa, ao olhar no horizonte e ver o grande “cogumelo atômico”, uma cidadã japonesa pensa em ver um grande olho vermelho, cheio de raios de sangue, a piscar para ela. Essa talvez tenha sido a primeira piscadela que representaria o fim de uma “era” e o início de outra.

²⁰ Disponível em <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=4e8412ad48562e3c>>, acesso em 10 de setembro de 2018.

Segundo Albuquerque Junior, (2007) neste acontecimento simbólico se condensava o fracasso de uma modernidade, a falência de um humanismo e o fim do sonho iluminista. Todas as promessas esboçadas especialmente pela filosofia no século XIX, atravessadas pela racionalidade humana, em direção à civilização, ao progresso, à liberdade, à igualdade e à fraternidade foram “incineradas” junto com milhares de seres humanos no ataque nuclear estadunidense à cidade de Nagasaki no ano de 1945.

A validade das promessas da “modernidade” que tentaram unificar a humanidade dentro de um projeto global de emancipação humana é contestada violentamente neste episódio. Verificou-se que o ser humano, não era “tão humano” como se pensava, pois ali, mostrava sua face mais cruel²¹.

Portanto, era necessário a busca de novos caminhos, de marcos jurídicos regulatórios. Neste processo de busca por “novos caminhos” é aprovada a *Declaração Universal dos Direitos do Homem* de 1948, que segundo as palavras de Piovesan:

A partir da Declaração de 1948, começa a se desenvolver o Direito Internacional dos Direitos Humanos, mediante a adoção de inúmeros instrumentos internacionais de proteção. A Declaração de 1948 confere lastro axiológico e unidade valorativa a este campo do Direito.²²

Impera gizar que esta Declaração não retratou apenas um amplo e profundo sentimento de indignação e repulsa à *banalização do mal*²³ provocada pelo horror da guerra, ela foi reconhecendo e consagrando entre outros direitos, um passado de

²¹ “*Rapsódia em Agosto*” Título original: Hachigatsu no kyôshikyoku, do Diretor: Akira Kurosawa (Japão, 1991). Apresenta uma história simples, contada de forma sensível e intimista, remete ao trauma do ataque nuclear estadunidense no contexto da Segunda Guerra Mundial à cidade de Nagasaki, Japão, em agosto de 1945.

²² Piovesan, Flavia. *Igualdade, diferença e direitos humanos: perspectivas global e regional*. Texto apresentado para turma do Programa para doutorado em Direito UBA, julho de 2016.

²³ Sobre a banalidade do mal ver Arendt, Hannah *Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal*. Trad. José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

lutas políticas em favor dos direitos de segmentos, também reconhecidas como “minorias” étnicas²⁴.

Por certo, as violências praticadas contra as chamadas “minorias étnicas”, no caso aqui apresentado, os povos indígenas, estas violências muitas vezes se apresentam sob um aspecto silencioso e fazem parte de um de um fenômeno que se aproveita tanto das ações, quanto das omissões do Estado brasileiro e usa de todas as suas “estratégias”, tanto as institucionalizadas pelo Estado, quanto as paraestatais (no caso dos grupos armados), como meio de controle dos “corpos indesejados” numa intenção evidentemente eugenista e racista. Conforme propõe (Agambem, 2010), neste processo a *vida nua* do vivente se torna nada mais que um “pedaço de carne”, que pode ser descartada facilmente, eximindo os agentes violadores de qualquer culpa moral, e até mesmo jurídica. Portanto, essa é uma situação que urge ser eliminada, para avançar na conquista de relações sociais de outra natureza, que privilegiem as diferenças e os direitos humanos, e assim não seja necessário mais uma vez voltar a questão que perturba a humanidade há décadas: como foi possível tais atos atrozes terem sido cometidos contra outros seres humanos?

Referências

AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer: o poder soberano e a vida nua I*. Trad. de Henrique Burigo, Belo Horizonte: Ed. da UFMG, 2010.

ARENDT, Hannah *Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal*. Trad. José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 1999

²⁴ Neste trabalho este termo é usado no sentido de que, muitas vezes estas populações constituem-se em um grupo expressivo, entretanto, elas são as mais alijadas em termos de políticas públicas. As minorias estão geralmente associadas a condições sociais mais frágeis. Um exemplo disso são os indígenas, que permanecem em situações de risco no confronto com grileiros, madeireiros ilegais ou fazendeiros dentre outros segmentos que visam restringir seus direitos.

- BENITES, Tonico. Os ataques a indígenas no MS na visão de uma liderança. Disponível em <https://www.cartacapital.com.br/sociedade/os-ataques-a-indigenas-no-ms-na-visao-de-uma-lideranca-6848.html>, acesso em 15 de fevereiro de 2018.
- BRASIL, Comissão Nacional da Verdade (CNV), Relatório, v. II, Brasília, 2014.
- BRIGHENTI, Clovis Antonio. L. Colonialidade do poder e a violência contra os povos indígenas. Revista PerCursos. Florianópolis, v. 16, n.32, p. 103 – 120, set./dez. 2015.
- BRUM, Eliane (2012). Sobrenome: Guarani Kaiowá. Época, 26 nov. Disponível em: <http://revistaepoca.globo.com/Sociedade/eliane-brum/noticia/2012/11/sobrenome-guarani-kaiowa.html>, acesso em: 10 abr. 2018.
- CARLINI, Eduardo. Atender a demanda indígena é contrariar a política federal de incentivo ao agronegócio. Entrevista especial IHU On-Line. Disponível em: <http://www.ihu.unisinos.br/entrevistas/506634-atender-a-demanda-indigena-e-contrariar-a-politica-federal-de-incentivo-ao-agronegocio-entrevista-especial-com-eduardo-carlini>. Acesso em 20/02/2018.
- EREMITES DE OLIVEIRA, Jorge. Um holocausto contra os Guarani e Kaiowá em Mato Grosso do Sul? 07 de fevereiro de 2012, disponível em <http://frenteiraagora.com.br/portal/um-holocausto-contras-os-guarani-e-kaiowa-em-mato-grosso-do-sul>, acesso em 08 fevereiro de 2018.
- LIBRANDI-ROCHA, Marília. A Carta Guarani Kaiowá e o direito a uma literatura com terra e das gentes. Revista de estudos de literatura brasileira contemporânea, n. 44, p. 165-191, jul./dez. 2014.
- LIMA, Edilene Coffaci de. e PACHECO, Rafael. Povos Indígenas e Justiça de Transição: reflexões a partir do caso Xetá. In: Revista ARACÊ – Direitos Humanos em Revista | Ano 4 | Número 5 | fevereiro, 2017.
- MBEMBE, Achile Necropolítica. Espanha: Ed. Melusina, 2011.
- MORAES, José Augusto Santos. Violência e Corrupção no SPI: a situação dos Indígenas no sul do Mato Grosso, uma abordagem a partir do Relatório Figueiredo (1960-1967). In: XXVIII Simpósio Nacional de História. Florianópolis, 2015.

PEREIRA, Levi Marques e MOTA, Juliana G. O Movimento étnico-socioterritorial Guarani e Kaiowa em Mato Grosso Do Sul: atuação do Estado, Impasses e dilemas para demarcação de Terras Indígenas. Revista Boletim DATALUTA – Artigo do mês de outubro de 2012.

PIOVESAN, Flavia. Igualdade, diferença e direitos humanos: perspectivas global e regional. Texto apresentado para turma do Programa para doutorado em Direito UBA, julho de 2016.

QUIJANO, Aníbal. Colonialidade do Poder e Classificação Social. In: SANTOS, Boaventura de Sousa, MENESES, Maria de Paula (Orgs.). Epistemologias do Sul. Coimbra: Edições Almedina. SA, 2009.

Relatório da Anistia Internacional Informe 2016/2017. Disponível em <https://anistia.org.br/direitos-humanos/informes-anuais/relatorio-anual-o-estado-dos-direitos-humanos-mundo-20162017/> acesso em 25 de novembro de 2018.

Relatório Brief Report on the violations of the Human Rights of the indigenous Kaiowá Guarani peoples in Mato Grosso do Sul – Brazil. CIMI (Conselho Indigenista Missionário) , Brasília, 2014.

RESENDE, Ana Catarina Zema de. O Relatório Figueiredo, as violações dos direitos dos povos indígenas no Brasil dos anos 1960 e a "justa memória". Disponível em <https://www.conpedi.org.br/publicacoes/c178hotg/405y75l2/pj0Dj8YvFV5Wf9nB.pdf>, acesso em 08 de fevereiro de 2018.

SÉMELIN, Jacques. Purificar e destruir: usos políticos dos massacres e dos genocídios. Trad. Jorge Bastos, Rio de Janeiro, DIFEL, 2009.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. O Renascer dos povos indígenas para o Direito. 1ª e. Curitiba, Juruá, 1999.

STEFANES PACHECO, Rosely A. Mobilizações Guarani – Kaiowá Ñandeva e a (Re)construção de Territórios: (1978-2002) Novas Perspectivas para o Direito Indígena. (Dissertação de Mestrado em História), Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, 2004.