



A atualidade
dos
30 anos
da Constituição Federal
de 1988
e dos
70 anos
da
Declaração Universal dos
Direitos Humanos
de 1948

Avanços e Retrocessos

Marcia Andrea Bühring
Elton Somensi
Elias Grossmann
(Orgs.)

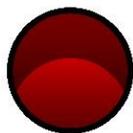
59

| φ

Esta obra, portanto, além da sua inegável contribuição acadêmica e científica, possui essa importante atribuição. São vários artigos, escritos por professores da Pontifícia Universidade Católica do Sul, amplamente reconhecidos nas suas áreas de pesquisa e atuação, tratando de temáticas relevantes em matéria de direitos humanos, tais como, "reflexões sobre o princípio da igualdade sob a perspectiva de gênero", "alteridade e ética", "avanços e retrocessos do direito à cidade no Brasil", "direitos da personalidade" "direito ao esquecimento como novo desafio nas relações de trabalho", "o STF e o controle interno da convencionalidade na base dos tratados internacionais de direitos humanos", "direito de informação sobre graves violações de direito humanos", "a evolução do conceito de infância à luz da Declaração Universal dos Direitos Humanos", "direitos humanos como fundamentos hermenêuticos nas relações de emprego", "migração", entre outras.



**A atualidade dos 30 anos da Constituição
Federal de 1988 e dos 70 anos da Declaração
Universal dos Direitos Humanos de 1948**



Série
Ciências Jurídicas & Sociais

Comitê Editorial

Prof.^a Dr.^a Liane Tabarelli

PUCRS, Brasil

Prof.^a Dr.^a Marcia Andrea Bühring

PUCRS, Brasil

Prof. Dr. Orci Paulino Bretanha Teixeira

Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Voltaire de Lima Moraes

PUCRS, Brasil

Prof. Dr. Thadeu Weber

PUCRS, Brasil

Prof.^a Dr.^a Fernanda Medeiros

PUCRS, Brasil

**A atualidade dos 30 anos da
Constituição Federal de 1988 e dos 70
anos da Declaração Universal dos
Direitos Humanos de 1948**

Avanços e Retrocessos

Organizadores:

Marcia Andrea Bühring

Elton Somensi

Elias Grossmann

φ editora fi

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>

Série Ciências Jurídicas & Sociais — 59

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

BÜHRING, Marcia Andrea; SOMENSI, Elton; GROSMANN, Elias (Orgs.)

A atualidade dos 30 anos da Constituição Federal de 1988 e dos 70 anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948: avanços e retrocessos [recurso eletrônico] / Marcia Andrea Bühring; Elton Somensi; Elias Grosmann (Orgs.) -- Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2018.

357 p.

ISBN - 978-85-5696-443-4

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

1. Direito; 2. Direitos Humanos; 3. Ensaio; 4. Constituição Federal; 5. PUCRS; I. Título II. Série

CDD: 340

Índices para catálogo sistemático:

1. Direito 340

Sumário

Apresentação	9
Fabício Dreyer de Avila Pozzebon	
1	13
Reflexões sobre o princípio da igualdade contemplado na declaração universal dos direitos humanos sob a perspectiva de gênero	
Ana Claudia Redecker	
2	39
Percursos da alteridade e ética	
Augusto Jobim do Amaral; Gustavo Oliveira de Lima Pereira	
3	59
Avanços e retrocessos do direito à cidade no Brasil: das manifestações de 2013 à lei 13.465/17	
Betânia de Moraes Alfonsin	
4	81
Uma análise dos direitos de personalidade	
Daniela Courtes Lutzky	
5	121
Relações líquidas e direito ao esquecimento: novos desafios de proteção nas relações de trabalho	
Denise Pires Fincato; Cíntia Ione Santiago Guimarães	
6	141
O Supremo Tribunal Federal e o controle interno de convencionalidade na base dos tratados internacionais de direitos humanos aos trinta anos da Constituição Federal	
Ingo Wolfgang Sarlet	

7	177
Direito à Verdade e Comissões da Verdade: direito de informação sobre graves violações de direitos humanos	
José Carlos Moreira da Silva Filho	
8	195
Responsabilidade civil, interpretação constitucional e a colaboração das universidades para prevenção e/ou diminuição dos danos ambientais	
Liane Tabarelli	
9	215
Vulnerabilidade e cidadania dos (i)migrantes e a nova Lei da Migração nº 13.445/2017	
Marcia Andrea Bühring	
10	247
Declaração Universal dos Direitos Humanos e a evolução do conceito de infância	
Maria Regina Fay de Azambuja	
11	275
Os direitos humanos como fundamento hermenêutico nas relações de emprego	
Maurício de Carvalho Góes; Denise de Oliveira Horta	
12	299
O legado hebreu da Bíblia Hebraica e a Declaração Universal dos Direitos do Homem - 1948	
Wremyr Scliar	
13	329
As origens do Estado moderno	
Yuri Restano Machado	

Apresentação

*Fabrcio Dreyer de Avila Pozzebon*¹

O convite para apresentar a presente obra, não poderia ser mais significativo e oportuno, razão pela qual a realização desse mister se reveste de especial satisfação. É raro um trabalho publicado versando conjuntamente sobre “a atualidade dos 30 anos da Constituição Federal” e “os 70 anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948”.

Lembro-me, em 05 de outubro de 1988, após 20 meses de votações, da imagem do então Presidente da Câmara dos Deputados e da Assembleia Nacional Constituinte, Ulysses Guimarães, erguendo um exemplar da Constituição, com as duas mãos, e declarando-a promulgada, como documento da liberdade, da dignidade, da democracia e da justiça social no Brasil, o que fez perante uma plateia eufórica que o aplaudia entusiasticamente e em pé, ato seguido da execução do Hino Nacional Brasileiro.

Batizada de “Constituição Cidadã”, em razão da gama de direitos civis, políticos e sociais contemplados em seu texto, deixando clara sua contraposição a todas as formas de autoritarismo, a Carta Magna de 1988 trouxe diversos avanços, tais como a proibição, inafiançabilidade e imprescritibilidade do delito de tortura, a proibição de penas cruéis e desumanas, o fim da censura prévia em relação a toda e qualquer modalidade de expressão do pensamento, ampliando o acesso ao sistema judiciário, introduzindo o sistema único de saúde, impondo ao Estado uma série de deveres de proteção, tais como do consumidor, do ambiente,

¹ Decano da Escola de Direito da PUCRS

do trabalhador, entre outros. Previu, outrossim, uma gama de ações afirmativas e avançou no campo do direito da antidiscriminação, apenas para citar alguns exemplos.

Além disso, dentre tantos outros pontos dignos de nota, a Constituição saiu do debate e embate constituinte, reforçou a independência dos atores estatais, em especial do Poder Judiciário. Aparelhou o Ministério Público e instituiu a Defensoria Pública, ampliando, ainda, as possibilidades de controle de constitucionalidade. Na ordem social, deu destaque para a diversidade cultural, à ciência, tecnologia e inovação, avançou nas áreas da saúde, assistência social, dentre outras.

Passados 30 anos da promulgação da nossa Constituição, período marcado por alterações, com destaque para (até o momento) 105 emendas constitucionais, incluídas as seis emendas de revisão, uma produção legislativa vasta e em larga escala destinada a concretizar o programa constitucional, ademais de milhares de ações constitucionais (v.g. ações diretas de inconstitucionalidade, ações declaratórias de constitucionalidade, arguição de descumprimento de preceito fundamental, *habeas corpus*, mandado de segurança, mandado de injunção, *habeas data*, ação popular, ação civil pública), a Carta de 1988 continua sendo nossa lei fundamental e suprema, base axiológica e parâmetro de interpretação para todas as demais áreas do direito.

Além disso, urgente e imprescindível render homenagem e reverência à Declaração Universal dos Direitos Humanos, documento adotado pela ONU em 10 de dezembro de 1948, que este ano completa 70 anos de existência, e serviu de ponto de partida e baliza para a construção do sistema internacional e dos sistemas regionais de proteção dos direitos humanos, mediante a elaboração e ratificação (em alguns casos massiva) de um significativo número de tratados versando sobre a matéria (v.g., as convenções sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial, de proteção da mulher, de combate à tortura e outros tratamentos ou penas cruéis e desumanas, dos direitos das crianças). Isso sem falar nos

grandes pactos internacionais sobre direitos civis e políticos e os direitos econômicos, sociais e culturais, ambos de 1966 e as Convenções de Direitos Humanos na Europa e na América.

Apesar da Declaração ser septuagenária, os dados sobre violações de direitos humanos no Brasil e no mundo estão aí para demonstrar sua importância e atualidade, como demonstra o último relatório da Anistia Internacional intitulado “O Estado dos Direitos Humanos no Mundo 2017/2018”. À luz das pesquisas, análises e avaliações, constantes do mencionado relatório, sobre o respeito aos direitos humanos em mais de 150 países e territórios pelo mundo, afirma Salil Shetty, Secretário-Geral da referida ONG até 31 de julho deste ano, que: “Ao entrarmos em 2018, quando a Declaração Universal dos Direitos Humanos completa 70 anos, é perfeitamente claro que nenhum de nós pode considerar que os direitos humanos estejam garantidos”. Especificamente em nossos país, foi possível constatar o aprofundamento de sérias violações e riscos de retrocesso em direitos já conquistados, caso da repugnante liderança brasileira no número de assassinatos de diversos grupos de pessoas em 2017 (*v.g.* jovens negros do sexo masculino, pessoas LGBTI, defensores de direitos humanos, grupos ligados à defesa da terra, populações tradicionais e policiais), de modo que publicações, manifestos, mobilizações, atos concretos na defesa dos direitos humanos, cada vez mais, cumprem papel fundamental.

Esta obra, portanto, além da sua inegável contribuição acadêmica e científica, possui essa importante atribuição. São vários artigos, escritos por professores da Pontifícia Universidade Católica do Sul, amplamente reconhecidos nas suas áreas de pesquisa e atuação, tratando de temáticas relevantes em matéria de direitos humanos, tais como, “reflexões sobre o princípio da igualdade sob a perspectiva de gênero”, “alteridade e ética”, “avanços e retrocessos do direito à cidade no Brasil”, “direitos da personalidade” “direito ao esquecimento como novo desafio nas relações de trabalho”, “o STF e o controle interno da convencionalidade na base dos tratados internacionais de direitos humanos”, “direito de informação sobre

graves violações de direito humanos”, “a evolução do conceito de infância à luz da Declaração Universal dos Direitos Humanos”, “direitos humanos como fundamentos hermenêuticos nas relações de emprego”, “Migração”, entre outras.

Meus sinceros parabéns a todos os autores envolvidos, em especial, à professora Márcia Andrea Bühring, pelo seu protagonismo na presente publicação. Congratulações por esta iniciativa destinada à promoção da Constituição e dos Direitos Humanos, essencial ao desenvolvimento de uma sociedade mais justa e fraterna”. Uma ótima leitura!

Reflexões sobre o princípio da igualdade contemplado na declaração universal dos direitos humanos sob a perspectiva de gênero

*Ana Cláudia Redecker**

1. Introdução

Este artigo tem como finalidade refletir sobre a atualidade da Declaração Universal dos Direitos Humanos¹² após 70 anos (1948 a 2018) sob a perspectiva do direito de gênero no que refere-se a reafirmação dos povos das Nações Unidas da “*fé nos direitos*

* Ana Cláudia Redecker, professora de Direito Empresarial da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC/RS) e da Escola Superior de Magistratura (Ajuris), Especialista em Ciências Políticas, Mestre em Direito e doutoranda em Ciências Jurídico-Econômicas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Advogada. E-mails: aredecker@puers.br; anacredecker@hotmail.com.

¹ Segundo Rúbia Zanotelli de Alvarenga (in **Proteção internacional aos direitos humanos do ser humano: Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948**. Revista de Direito de Trabalho, São Paulo, v. 44, n. 190, p. 211-237, jun. 2018, p. 217 e 219) a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) foi aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em Paris, por 48 nações, pela Resolução 127 A (III), de 10 de dezembro de 1948, considerada o mais importante instrumento de proteção aos Direitos Humanos da história da humanidade em âmbito internacional, foi a partir dela que a ONU proclamou diversos outros instrumentos internacionais que aprofundaram os direitos já proclamados em 1948 e que criaram outros direitos ainda não dispostos, v.g. Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979.

² Fredys Orlando Sorto (in **A Declaração Universal dos Direitos Humanos no seu sexagésimo aniversário**. Verba Juris: Anuário da Pós-Graduação em Direito, João Pessoa, v. 7, n. 7, p. 9-34, jan./dez. 2008, p. 13) afirma que “a Declaração Universal dos Direitos Humanos representa o passo mais avançado no caminho da compreensão do que é convergente, significa um gigantesco passo adiante, deixando para trás as estupidezes que enlutaram gerações de seres humanos. O fato é que a pessoa humana não tem outra saída a não ser procurar formas inteligentes e éticas de bem viver em comunidade”.

*humanos fundamentais, na dignidade e no valor do ser humano e **na igualdade de direitos entre homens e mulheres***” contemplada no preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos³ e reforçada nos artigos 7º e 23.2 a seguir transcritos:

Artigo 7. Todos são iguais perante a lei e têm direito, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei. Todos têm direito a igual proteção contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação⁴.

Artigo 23.

(...)

2. Todo ser humano, sem qualquer distinção, tem direito a igual remuneração por igual trabalho.

Partindo-se de uma perspectiva histórica verifica-se que a presença feminina no mercado de trabalho, universidades, política, etc., começou a se expandir, especialmente, a partir do segundo pós-guerra, em função de um conjunto de fatores que a elas tem dado visibilidade, mediante a conquista de novos espaços fruto da expansão da luta pela igualdade de direitos e pela liberdade, numa conquista do espaço público que derivou da afirmação dos movimentos feministas⁵.

Os progressos verificados ao longo do tempo não alteraram de maneira significativa o lugar da mulher na divisão sexual do trabalho, mantêm-se as barreiras o que evidencia o viés de gênero na forma como se distribuem os sexos nas variadas funções e setores econômicos. Elas estão concentradas em atividades socialmente

³ Adotada e proclamada pela Resolução ONU n°217-A de 10/12/1948. Consultado em <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>. Acesso em 24/09/2018.

⁴ Consultado em <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>, Acesso em 24/09/2018.

⁵ PIAZZETA, Naele Ochoa. A Previsão Constitucional da Igualdade de Gênero. In. **Núcleo de Estudos de Gênero e Direito**. (Coord. Camen Hein de Campos). Canoas: Editora da Universidade Luterana do Brasil, 1999, p. 35.

identificadas como sendo de sua atribuição, reafirmando os papéis associados ao gênero⁶.

Na Conferência Mundial das Nações Unidas sobre a Mulher, ocorrida em Beijing, República Popular da China, entre 4 e 15/09/1995, foi definido por consenso dos Estados-Membros da ONU o conceito de gênero para a agenda internacional e resultou no compromisso mínimo com os direitos humanos das mulheres⁷ que foram reafirmados durante as [revisões globais realizadas a cada cinco anos](#) (2000⁸, 2005, 2010 e em 2015).

Em 2010 foi criada a [ONU Mulheres](#) com o objetivo de unir, fortalecer e ampliar os esforços mundiais em defesa dos direitos humanos das mulheres, especialmente pelo apoio a articulações e

⁶ CADERNOS DE FORMAÇÃO. **Mulheres: mundo do trabalho e autonomia econômica**. Caderno 3. As mulheres e o mercado de trabalho. São Paulo: Instituto de Economia/Cesist, 2017, Consultado em <https://www.eco.unicamp.br/images/arquivos/Caderno-3-web.pdf>. Acesso em 14.10.2018, p. 45.

⁷ Consultado em <http://www.onumulheres.org.br/onu-mulheres/sobre-a-onu-mulheres/>. Acesso em 24/09/2018. Compromissos mínimos contemplados na Declaração de Pequim: “- Assegurar a igualdade de acesso à educação para as mulheres de todas as idades, erradicar o analfabetismo e assegurar o acesso universal das meninas ao ensino primário e o secundário antes do ano 2015, adotando medidas tais como o aumento de vagas e bolsas para meninas e jovens; - Promover uma educação não discriminatória, eliminando toda e qualquer disposição legal ou institucional que estabeleça diferenças na educação por motivos de gênero, raça, língua, religião, origem nacional, idade, deficiência ou qualquer outra forma de discriminação; - Velar para que as instituições educacionais respeitem os direitos das mulheres e meninas à liberdade de consciência e na tecnologia; - Aumentar o acesso das mulheres à formação profissional, ampliando a capacitação para toda a gama de possibilidades ocupacionais e diversificando suas oportunidades educativas, especialmente na ciência e na tecnologia; - Manter programas educativos para mulheres desempregadas, que propiciem a elas novos conhecimentos e aumentem suas oportunidades de emprego; - Destinar recursos suficientes para melhorar a qualidade da educação, realizar reformas e vigiar sua aplicação; - Elaborar currículo e livros didáticos livres de estereótipos para todos os níveis de ensino, inclusive para a formação de pessoal docente; - Elaborar programas de educação em direitos humanos que incorporem a dimensão de gênero em todos os níveis de ensino; - Eliminar todas as barreiras legais que se opõem ao ensino de questões sexuais e de saúde reprodutiva na educação escolarizada; - Adotar medidas positivas para aumentar a quantidade de mulheres que participam das decisões em matéria educativa, particularmente professores. Dados extraídos em consulta ao sítio: <http://www.unwomen.org/-/media/headquarters/attachments/sections/csw/59/declaration-sp.pdf?la=en&vs=4800>. Acesso em 24.09.2018.

⁸ Denominado de "Mulheres 2000: igualdade de gênero, desenvolvimento e paz para o século XXI" aconteceu na sede das Nações Unidas em Nova York de 5 de junho a 9 de junho de 2000 e adotou uma Declaração política e documento final intitulado "novas ações e iniciativas para implementar a Declaração e Plataforma de Ação de Pequim". Consultado em <http://www.un.org/womenwatch/daw/followup/beijing+5.htm>. Acesso em 24/09/2018.

movimentos de mulheres e feministas, entre elas mulheres negras, indígenas, jovens, trabalhadoras domésticas e trabalhadoras rurais⁹.

Em 2016, o Governo de Brasília formalizou a adesão ao HeForShe, assumindo, entre outros, o compromisso de incentivar o setor privado a lançar iniciativas que reconheçam a ligação entre o crescimento econômico e a igualdade de gênero¹⁰.

Atualmente a ONU Mulheres está desenvolvendo a iniciativa [“Por um planeta 50-50 em 2030: um passo decisivo pela igualdade de gênero”](#) (*Set It Up*), cujo objetivo é ter um mundo em que todas as mulheres e meninas tenham igualdade de oportunidades e direitos até 2030, ou seja, que seja eliminada a lacuna de igualdade de gênero – de leis e políticas a plano de ações nacionais. Esta iniciativa é voltada a líderes mundiais, governos, empresas, universidades, sociedade civil e mídia, para a celeridade de medidas concretas em favor dos direitos de mulheres e meninas¹¹.

A reflexão sobre os temas igualdade e desigualdade de gênero, sob seus diversos aspectos, envolve discussões e questionamentos que, quanto mais aprofundados, tendem a ser frequentemente renovados e a revelar novas dimensões e possibilidades de abordagem. Propõe-se neste artigo um enfoque diferenciado sobre essas discussões, tendo como base a igualdade entre homens e mulheres preconizada pela Declaração Universal dos Direitos Humanos e recepcionada na Constituição Federal de 1988.

⁹ Consultado em <http://www.onumulheres.org.br/onu-mulheres/sobre-a-onu-mulheres/>. Acesso em 24/09/2018.

¹⁰ Segundo dados da Confederação Nacional da Indústria (CNI), apesar de homens e mulheres terem grau de instrução parecidos no Brasil, o percentual de mulheres fora do mercado de trabalho é muito superior ao do sexo masculino. A pesquisa, divulgada em março de 2017, aponta ainda que enquanto 61% das mulheres estão inseridas no mercado de trabalho, o percentual de homens sobe para 84%. Dados retirados do sítio <http://www.onumulheres.org.br/noticias/sistema-fibra-adere-aomovimento-elsesporelas-heforshe-pela-igualdade-de-genero-e-pelo-empoderamento-das-mulheres/>. Acesso em 24.09.2018.

¹¹ Consultado em <http://www.onumulheres.org.br/onu-mulheres/documentos-de-referencia/>. Acesso em 24.09.2018. Os compromissos podem ser contemplados no sítio: <http://www.unwomen.org/en/get-involved/step-it-up> e <http://www.unwomen.org/en/get-involved/step-it-up/commitments>.

Tendo em vista esses movimentos em torno deste tema o presente trabalho abordará estudos que incorporem a mulher e a abordagem de gênero, bem como chamar para reflexão questões como (1) Porque as diferenças entre os homens e as mulheres enquanto cidadãos se mantêm? (2) Qual é a relação entre as leis sobre as mulheres e o poder do Estado? (3) Qual é a amplitude da dominação masculina e seus reflexos na política estatal? (4) Como o direito de gênero pode auxiliar no crescimento da participação feminina no processo político e nas Companhias?

O objetivo deste trabalho não é responder a cada uma dessas indagações. Ele é bem mais modesto, visa mapear o terreno da discussão relativa ao descompasso entre o teor dos dispositivos da Declaração Universal dos Direitos do Homem e as condições para a obtenção da igualdade de gênero e, ao final, a guisa de conclusão, elaborar as considerações finais.

2. Princípio da igualdade

O princípio da igualdade contemplado na Declaração Universal dos Direitos Humanos é assegurado na Constituição Federal de 1988¹². A sua compreensão como valor fundamental e orientador de todo o arcabouço jurídico e institucional guarda relação direta com uma concepção individualista do homem e da sociedade. Aspira-se uma sociedade cuja formação acrescente ao indivíduo maiores possibilidades de ação, seja no âmbito da autodeterminação individual, seja no âmbito da autodeterminação coletiva¹³.

¹² “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: I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição; (...)”. Consultado em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm, acesso em 12.10.2018.

¹³ TEIXEIRA, Daniel Viana. **Desigualdade de gênero: sobre garantias e responsabilidades sociais de homens e mulheres**. Revista Direito GV, São Paulo, v. 6, n. 1, p. 253-274, jan./jun. 2010, p. 254.

Para se entender o que a Declaração Universal dos Direitos Humanos e a Constituição Federal de 1988, dentre outros ordenamentos jurídicos, compreendem quando atribuem à igualdade de direitos sem distinção de sexo ou quando vedam o tratamento diferenciado nas relações de trabalho em razão do gênero, é preciso considerar o princípio da igualdade baseado na pré-compreensão capitalista da sociedade sobre o ideal de felicidade e bem-estar dos indivíduos, ou seja, desfrutando de modo igualitário tudo o que a vida em sociedade disponibiliza nas várias esferas: política, econômica, social, etc.

Na modernidade, segundo Daniel Viana Teixeira:

“a igualdade não pode ser compreendida como um princípio uniformizador que postule reduzir toda a desigualdade entre as pessoas e seus modos de vida. Reconhecer a dignidade moral dos indivíduos, concedendo igual consideração a cada um deles, importa em reconhecer a possibilidade de preferência por diferentes valores e objetivos. Implica também reconhecer que as pessoas não se diferenciam apenas por suas preferências, mas, ainda, por características e circunstâncias pessoais, como condições orgânicas e de saúde, habilidades físicas e mentais, idade, sexo, raça, além de distintos contextos sociais, ambientais, culturais e econômicos.”¹⁴

Destarte, a promoção e a justificação da igualdade implicam como consequência a exigência de respeito à diversidade humana, ou seja, aceitar a legitimidade da desigualdade. Por conseguinte, a garantia de tratamento equânime para homens e mulheres não é tão fácil de ser cumprida quanto parece à primeira vista, uma vez que séculos de condicionamentos sujeitam-nos aos papéis culturalmente aceitos.

¹⁴ TEIXEIRA, Daniel Viana. **Desigualdade de gênero: sobre garantias e responsabilidades sociais de homens e mulheres.** Revista Direito GV, São Paulo, v. 6, n. 1, p. 253-274, jan./jun. 2010, p. 255.

3. Gênero: em busca da igualdade

A dominação masculina que se reflete no direito e na sociedade tem seu marco inicial na educação. A educação que pode ser representada pela família e pela escola tem uma atuação cotidiana, sistemática e constante no processo de formação da criança. Estas instituições têm sido instrumentos privilegiados na veiculação da ideologia dominante que coloca alguns grupos sociais como subalternos, como inferior, na escala social da sociedade brasileira.

É interessante observar que o preconceito de gênero se inicia desde a mais tenra infância, a menina e o menino são induzidos a fazer ou deixar de fazer em função de uma ideia culturalmente inculcada “do que é” papel masculino e “do que é” papel feminino. Na sala de aula transparece frequentemente nas dramatizações, desenhos, brincadeiras, conversas entre as crianças e entre estas e os professores o que demonstra o desenvolvimento dos estereótipos¹⁵ e preconceitos internalizados pelos alunos desde bem pequenos.

Assim, é a partir dos primeiros condicionamentos infantis, na família e na escola, que os papéis feminino e masculino ganham forma e passam a atuar de múltiplas maneiras sobre a personalidade, dividindo e catalogando-nos dentro dos parâmetros considerados normais e aceitáveis. Estar dentro do normal e aceitável, de acordo com a ideologia dominante, significa para a mulher estar submissa e oprimida, aceitando como natural e eterna uma situação que pode ser mudada.

É necessário modificar a postura ideológico-política da sociedade, bem como a infraestrutura socioeconômica da mesma, a fim de se perceberem as diferenças pessoais, cuidando para que elas não levem a um total afastamento das normas aceitáveis, o que

¹⁵ Estereótipos consistem em imagens concebidas como as únicas possíveis de definirem algum objeto, pessoa, grupo social ou sexual. O estereótipo desconhece, ou pelo menos ignora, as diversas variações que possam ocorrer na configuração de certo tipo humano. Assim, da mulher se espera passividade, dependência, insegurança, docilidade, compaixão, fragilidade, beleza, ou seja, feminilidade; do homem, esperamos que seja agressivo, seguro, independente, frio, assertivo, forte, autossuficiente – símbolo da masculinidade.

poderia levar a um comportamento desviante. É, desta forma, através da educação, pedra angular de qualquer política que busque uma igualdade de gênero, que se inicia esta transformação.

A questão de saber como colocar o mais fraco na melhor posição possível envolve uma decisão sobre os fatores existentes ou potenciais que contribuíram (ou contribuem) para gerar a posição fraca da mulher: as obrigações da maternidade, as oportunidades da mulher no mercado de trabalho, as condições em que são empregadas, a sua concorrência com outros trabalhadores. Quaisquer que sejam os fatores escolhidos são esses que devem ser melhorados.

Entretanto, as leis sobre igualdade de tratamento não produzem, só por si, resultados iguais e justos, nem no plano individual nem no plano coletivo. Muitas vezes acontece precisamente o contrário, isto é, para que haja igualdade é necessário um tratamento desigual, de forma a garantir às partes ou grupos desfavorecidos oportunidades de igualdade de mérito equivalente. Nesse domínio, uma correta avaliação do direito só é possível se, para além da letra e do espírito da lei, se analisarem as consequências que traz para os indivíduos¹⁶.

Para acabar com a discriminação, para evitar a discriminação, é preciso praticar um pouco de discriminação; e o problema é sempre o mesmo. A legislação paternalista para a proteção das mulheres pode ser boa, cheia de intenções de proteger a parte mais fraca e apresentar-se para promover uma distribuição mais justa; mas, ao mesmo tempo, na perspectiva das mulheres, estas leis podem revelar-se repugnantes, já que produzem discriminações ao restringirem a liberdade das mulheres e o seu direito à autodeterminação. Por exemplo: a legislação protetora é considerada por muitos um falso paternalismo, um conjunto de regras que visavam tornar a concorrência com os homens ainda mais difícil, enquanto outras a encaravam como reformas

¹⁶ DAHL, Tove Stang, **O Direito das Mulheres - Uma introdução à teoria do direito feminista**. Lisboa: Fundação Calauete Gulbenkian, 1993, p. 4.

especialmente destinadas a facilitar o cumprimento das obrigações decorrentes da maternidade e do cuidado das crianças.

Assim, conforme salienta Tove Stang Dahl¹⁷: “Ser mulher é um atributo pessoal em que só algumas leis atribuem relevância jurídica.”. Hodiernamente a maior parte da legislação é de gênero neutro e o objetivo é, se possível, que toda ela o venha a ser.

A Constituição Federal de 1998, por sua vez, a exemplo de outras do mundo, reforça a utilização do gênero neutro, prevê no seu artigo 5º, I que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações” e vai mais além, no artigo 226, 5º, salienta que “os direitos e deveres referente à sociedade conjugal são exercidos igualmente por homens e mulheres”.

Entretanto, a mera existência de normas jurídicas que garantam a equiparação feminina à masculina é insuficiente para a completa isonomia entre ambos, destarte é preciso que os empecilhos do ponto de vista cultural, e não só legal, sejam afastados para que a igualdade possa, finalmente, se tornar realidade.

É importante frisar que o direito, sendo um instrumento do Estado, é utilizado como uma das formas de exercer pressão para os indivíduos se adaptarem de forma “ativa e consciente” aos padrões¹⁸ considerados adequados ao desenvolvimento da sociedade. Assim, sendo o Estado composto essencialmente por homens a história de dominação se perpetua, mascarada por dispositivos abrangentes, tais como os acima citados.

3.1 Considerações sobre o direito de gênero

A palavra gênero surgiu para indicar uma rejeição ao determinismo biológico implícito no uso de termos como sexo ou

¹⁷ DAHL, Tove Stang, **O Direito das Mulheres – Uma introdução à teoria do direito feminista**. Lisboa: Fundação Calauste Gulbenkian, 1993, p. 3.

¹⁸ Estes padrões se fazem presentes nos sistemas jurídicos por intermédio de normas que definem padrões de conduta ou modelos de organização estabelecidos pelo poder.

diferença sexual¹⁹. O gênero envolve uma dimensão social, cultural e simbólica que influencia as ações de homens e mulheres, marcando padrões de comportamentos definidos a cada papel. Assim, certas qualidades e certos papéis vêm percebidos como naturalmente ligados a um sexo biológico e não a outro, na medida em que uma sociedade e cultura determinadas estipulam como devem comportar-se, sentir-se e representarem-se os homens e mulheres que as integram. Utilizado de formas diversas, ele representou concretamente a entrada da temática “mulher” no meio acadêmico.

A construção deste conceito trouxe uma visão relacional sobre a condição da mulher, permitindo, ao discutir a mulher, que o homem também fosse incorporado. Destarte, o estudo de gênero engloba ambos os sexos.

Assim, a sociedade onde vive o indivíduo identificado como homem ou mulher e a cultura estabelecem os comportamentos naturais e permissíveis para aquele corpo identificado e encarregam-se de reforçar as diferenças entre os gêneros²⁰.

Teresa de Lauretis²¹ afirma que:

“as concepções culturais de masculino e feminino como duas categorias complementares, mas que se excluem mutuamente, nas quais todos os seres humanos são classificados formam, dentro de cada cultura, um sistema de gênero, um sistema simbólico ou um sistema de significações que relaciona o sexo a conteúdos culturais de acordo com valores e hierarquias sociais”.

¹⁹ Conforme MOLINA, Sandra Cordeiro. **Considerações sobre o lócus da mulher negra brasileira sob as perspectivas de gênero e de raça**. Revista Direito e Liberdade, v. 13, n.2, p. 339-354, jul./dez. 2011, p. 341: “Inicialmente utilizava-se o critério sexo biológico (sexo masculino e sexo feminino) para distinguir o feminino do masculino nas relações sociais. Com tal classificação também foram convencionados quais deveriam ser os atributos biológicos e sociais do sexo feminino e quais deveriam pertencer ao masculino, estabelecendo-se, assim, os marcos divisórios das diferenças no trato social do homem e da mulher.”

²⁰ PIAZZETA. Naele Ochoa. Crimes da mulher – o Direito Penal da emoção. in **Pessoa, Gênero e família: uma visão integrada do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, pp. 165 e 166.

²¹ LAURETIS, Teresa de. A tecnologia do gênero. In: HOLLANDA, Heloisa Buarque de (Org.), **Tendências e Impasses – o feminismo como crítica da cultura**. Rio de Janeiro: Rocco, 1994, p. 211.

O direito, por sua vez, nada mais é do que o reflexo das aspirações e relações existentes em momentos anteriores à feitura das leis reproduz e evidencia, na sua estrutura normativa, bem como nos seus mecanismos de controle e tutela social, os valores acima dispostos, ou seja, cultura e direito caminham juntos e reforçam as desigualdades entre os gêneros²².

No direito reside a parcialidade, pois na maior parte dos casos, são quase sempre as opiniões, as necessidades e os conflitos dos homens que estão ali codificados. Assim, o direito reflete a realidade dos homens e das mulheres, sempre na perspectiva do homem, contribuindo para manter a posição do grupo dominante.

Para Luis Alberto Warrat²³, a questão da mulher no Direito passa por coordenadas, que vão mais além de uma história de discriminações e resistências, ou seja, tem a ver com a busca individual e coletiva da liberdade em um campo (poder jurídico) que não suporta a criatividade, a qual deve ser sempre escondida em nome da segurança jurídica.

A difícil interligação entre o direito e a vida deve ser buscada e defendida através da utilização de argumentos baseados na igualdade, derivados ou não da Lei da Igualdade. Segundo Tove Dahl as diferenças entre os sexos são precisamente as diferenças que eles pretendem minimizar com vista a tornarem-se efetivos²⁴.

Por fim, o limitado sucesso da ação institucional voltada à promoção da igualdade entre gêneros, ensina Daniel Viana

²² PIAZZETA, Naele Ochoa. A Previsão Constitucional da Igualdade de Gênero. In. **Núcleo de Estudos de Gênero e Direito**. (Coord. Camen Hein de Campos). Canoas: Editora da Universidade Luterana do Brasil, 1999, p. 33.

²³ In Por quien cantan las sirenas - Informes sobre Eco-ciudadania, Ecologia del Derecho y de la política. p. 113 e 114, *apud* BESTER, Gisela Maria. **Gênero e Ciência - Reflexos sobre uma Epistemologia Jurídica Feminina na Obra Waratiana**. Estudos Jurídicos, n. 83, vol 31, Unisinos, 1988, p. 100.

²⁴ Conf. DAHL, Tove Stang. **O Direito das Mulheres - uma introdução à teoria do direito feminista**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993, p. 63.

Teixeira²⁵, decorre do fato dela encarar os processos discriminatórios como orientados por escolhas motivadas arbitrariamente pelo gênero, enquanto, em realidade decorrem da própria estrutura social moldada durante séculos segundo interesse, necessidades e pontos de vista antes de tudo masculinos e, nesse sentido, cita que a Constituição Federal, *v.g.*, ao garantir acesso ao benefício de licença/salário-maternidade apenas à mulher, e somente àquelas vinculadas a algum trabalho remunerado ou produtivo de valor econômico, excluem a mulher dona-de-casa, dedicada ao trabalho doméstico e “improdutivo” e autoriza de forma implícita aos homens se dedicarem a outros objetivos e se esquivarem de uma participação mais direta e de divisão mais igualitária do ônus decorrente do dever de cuidado com os filhos.

Destarte, a concessão dispare destes instrumentos conforme exposto, culmina por gerar uma limitação à mulher, não vivenciada com a mesma intensidade pelos homens em geral.

4. Em busca da igualdade

A Declaração Universal dos Direitos Humanos e a Constituição Federal, conforme já referido, preconizam a igualdade de todos os homens e mulheres, para além de suas diferenças socioeconômicas, porém na realidade, os caminhos encontram-se bastante dispersos, pois a vida cotidiana do país segue impregnada de preconceito social e jurídico em relação às mulheres.

Joan W. Scott²⁶ define igualdade afirmando que “não é a ausência ou eliminação da diferença, mas sim, o reconhecimento da diferença e a decisão de ignorá-la ou de leva-la em consideração.”

²⁵ TEIXEIRA, Daniel Viana. **Desigualdade de gênero: sobre garantias e responsabilidades sociais de homens e mulheres.** Revista Direito GV, São Paulo, v. 6, n. 1, p. 253-274, jan./jun. 2010, p. 261, 264 e 265.

²⁶ SCOTT, Joan W. O enigma da igualdade. In: **Estudos Feministas. Universidade Federal de Santa Catarina.** Centro de Filosofia e Ciências Humanas, Centro de Comunicação e Expressão. – v.7. n. 1-2 (1999). Florianópolis: UFSC, 1999, p. 15.

A opressão feminina não é devida unicamente ao seu sexo. Ela é, assim como o discurso masculino, fruto da cultura. Este estado de coisas permaneceu quase inalterado durante longo tempo. A partir da Revolução Francesa, as mulheres descobriram que podiam lutar por um lugar na sociedade, pela saída dos afazeres únicos dos cuidados domésticos, da prole e da casa, e movimentaram-se para alcançá-lo²⁷. No entanto, foi somente a partir do século XIX que a questão feminina foi colocada na ordem do dia e os reflexos daquelas manifestações ecoaram na contemporaneidade.

Nos anos setenta, o Movimento Feminista reativou a polêmica da igualdade entre os sexos e brigou pelo fim da subordinação, da invisibilidade e da predestinação das mulheres aos papéis culturalmente alocados ao sexo feminino, criando uma consciência coletiva e postulando o tratamento igualitário na sociedade e nas leis²⁸.

Segundo pesquisa realizada em 2017 acerca das mulheres e o mercado de trabalho verificou-se que:

“Alguns aspectos do trabalho das mulheres permanecem idênticos, apesar da passagem dos anos, como as diferenças salariais, a significativa concentração em setores e ocupações com estereótipos de gênero e o grande volume de horas dedicadas ao trabalho de reprodução social. Ainda que as mudanças nas estruturas ocupacionais, resultado das transformações tecnológicas e nas formas de organização dos processos de trabalho, tenham gerado novas ocupações, persistem alguns atributos a ela associados e que acompanham a sua inserção no mundo produtivo.”²⁹

²⁷ PIAZZETA, Naele Ochoa. A Previsão Constitucional da Igualdade de Gênero. In. **Núcleo de Estudos de Gênero e Direito**. (Coord. Camen Hein de Campos). Canoas: Editora da Universidade Luterana do Brasil, 1999, p. 32.

²⁸ PIAZZETA, Naele Ochoa. A Previsão Constitucional da Igualdade de Gênero. In. **Núcleo de Estudos de Gênero e Direito**. (Coord. Camen Hein de Campos). Canoas: Editora da Universidade Luterana do Brasil, 1999, p. 32.

²⁹ CADERNOS DE FORMAÇÃO. **Mulheres: mundo do trabalho e autonomia econômica**. Caderno 3. As mulheres e o mercado de trabalho. São Paulo: Instituto de Economia/Cesist, 2017. Consultado em <https://www.eco.unicamp.br/images/arquivos/Caderno-3-web.pdf>. Acesso em 14.10.2018, p. 45.

Ocorre que a cultura patriarcal está sedimentada em nosso direito, pois foram sendo repetidos nas legislações e no tempo erguendo uma determinada “história” e um determinado “discurso” – o discurso da desigualdade – e ele está tão entranhado em nossos valores que o repetimos sem atentar para o que realmente significa.³⁰

De forma complementar, são os ensinamentos de Cármen Lúcia Antunes Rocha³¹:

“Assim, a definição jurídica objetiva e racional da desigualdade dos desiguais, histórica e culturalmente discriminados, é concebida como uma forma para se promover a igualdade daqueles que foram e são marginalizados por preconceitos encravados na cultura dominante na sociedade. Por esta ‘desigualação positiva’ promove-se a ‘igualação jurídica’ efetiva; por ela afirma-se uma fórmula jurídica para se provocar uma efetiva igualação social, política, econômica no e segundo o Direito, tal como assegurado formal e materialmente no sistema constitucional democrático. A ‘ação afirmativa’ é, então, uma forma jurídica para se superar o isolamento ou a diminuição social a que se acham sujeitas as minorias.”

O rompimento do discurso instituído passa pela ampliação dos direitos à igualdade material, pois é justamente nas diferenças existentes entre os dois sexos que repousa o fundamento jurídico do princípio da igualdade. Assim, atingida a igualdade desejada, deve cessar também a medida de discriminação positiva.

Assim, enquanto os espaços tradicionais de expressão política se encontravam fechados, as mulheres se organizaram em formas alternativas de atuação muitas vezes em torno de uma luta pelo imediato que as constituía enquanto sujeitos coletivos e políticos. Assim, a expansão dos estudos sobre a mulher vinculou-se a uma

³⁰ PIAZZETA. Naele Ochoa. A Previsão Constitucional da Igualdade de Gênero. In. **Núcleo de Estudos de Gênero e Direito**. (Coord. Camen Hein de Campos). Canoas: Editora da Universidade Luterana do Brasil, 1999, p. 35

³¹ ROCHA. Carmen Lúcia Antunes. **Ação afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica**. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/176462>. Acesso em: 12/10/2018.

redefinição do político, em frente ao deslocamento do campo do poder das instituições públicas e do Estado para a esfera do privado e do cotidiano³².

A medida que as mulheres foram aumentando a sua participação no Estado como políticas³³, beneficiárias da Segurança Social e trabalhadoras remuneradas a lógica subjacente a um paternalismo generalizado, determinado pelo gênero foi enfraquecendo.

Entretanto, apesar das conquistas alcançadas, ainda vislumbrasse a insuficiência de representação das mulheres nas organizações e nos cargos políticos importantes, o que pode considerar-se consequência natural da antiga concepção de mulher e resultado das velhas políticas discriminatórias que as excluía consciente e sistematicamente de cargos na vida pública³⁴.

Esta carência é fruto da dominação masculina que permanece hegemônica e se reflete no direito porque foram os homens quem construíram as regras e que organizaram a sociedade. Neste diapasão, o discurso jurídico sendo discriminatório e criador de gênero viola os direitos fundamentais da pessoa humana.

Porém, nem sempre é o ordenamento jurídico quem limita de modo eficaz as disponibilidades femininas, existe um conjunto de elementos (usos sociais, imposições ideológicas e religiosas) que contribuem para configurar o condicionamento do chamado sexo fraco. Essas limitações começaram a operar na vida cotidiana onde se desenvolve grande parte do desenvolvimento da pessoa.

³² MATOS, Maria Izilda S. de. **Na trama do cotidiano**. Cadernos CERU, n. 5, 1994, p. 13-27.

³³ A presença das mulheres brasileiras no mundo público é muito recente, assim, como é recente seu reconhecimento como cidadã. Somente em 1879 as brasileiras foram admitidas em Universidades e, em somente em 1934 as restrições ao pleno exercício do voto feminino foram eliminadas do Código eleitoral. Cfr. SIKORA, Rogério Moraes; ANGELIN, Rosângela. **Relações de gênero e dignidade da pessoa humana no estado democrático de direito: encontros e desencontros na promoção da equidade de gênero**. Direitos Culturais: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado da URI – Campus Santo Ângelo (avulsa), Santo Ângelo, v.5, n. 9, p. 49-65, jul./dez. 2010, p. 56.

³⁴ DAHL, Tove Stang. **O Direito das Mulheres – Uma introdução à teoria do direito feminista**. Lisboa: Fundação Calauste Gulbenkian, 1993, p. 7.

Destarte, existem regras sociais que excluem o gênero feminino com tanta ou mais eficácia que as regras jurídicas. Impede as mulheres de fazerem ou exercerem determinadas atividades, porque prejudicaria a sua sensibilidade, em face de questões ligadas ao pudor, respeito e decoro. Assim, por vezes, com a desculpa de uma maior sensibilidade feminina, ao qual, dito de outra forma, suporia uma maior brutalidade e grosseria masculinas, são cometidas flagrantes desigualdades. Essa desigualdade das mulheres, sua sujeição aos homens, se apoia em numerosos fatos e casos que o direito constitucional, inclusive o nosso, todavia não tem sido capaz de suprimir, entre outras razões pela imposição tradicional consentida, tácita ou expressamente, pelas próprias mulheres.

5. Da promoção da igualdade de gênero pelo direito

A igualdade formal perante a lei, muito embora seja um passo importante, não foi insuficiente para evitar a discriminação e, assim, alguns países tem reconhecido a necessidade de uma ação legislativa com o objetivo de intervir e agir contra a desigualdade. A igualdade entre sexos é considerada como manifestação de uma sociedade democrática, permitindo distribuição mais justa de poder entre os gêneros.

É fato que a inclusão feminina sofre com barreiras em muitos espaços da sociedade e sua melhoria depende de medidas que permitam o afastamento de questões nas mais variadas frentes, lidando com problemas como a dupla jornada de trabalho feminina e a eliminação de crenças sociais e condicionantes estruturais que prejudicam a emancipação da mulher³⁵.

³⁵ CEREZETTI, Sheila Christina Neder. **A promoção da igualdade de gênero na administração de companhias abertas: primeiras reflexões**. Revista de Direito Mercantil: Industrial, Econômico e Financeiro, São Paulo, v. 52, n. 164/165, p. 62-84, jan./ago.2013, p. 79.

Há inúmeras formas de ações positivas³⁶ destinadas a promover a igualdade de gênero ou, em outras palavras, alcançar a igualdade material, conforme se verificará a seguir a partir da análise de dois cenários.

5.1 Das cotas eleitorais

No histórico das cotas eleitorais por gênero, inicialmente foi promulgada a Lei nº 9.100/95, que prescrevia a exigência do registro de, no mínimo, 20% (vinte por cento) de candidaturas femininas por cada partido ou coligação. Atualmente as cotas de gênero na esfera política determinam que no mínimo 30% (trinta por cento) e no máximo de 70% (setenta por cento) deve ser preenchido por candidaturas de cada sexo para as eleições a cargos políticos³⁷.

Em 2018 muito se debateu sobre a presença da mulher na política brasileira. Ocorreram dois expressivos julgamentos relativos ao financiamento de campanha de candidaturas femininas, no STF a ADI 5.617 e no TSE a Consulta n. 0600252-18.2018.6.00.0000. O Supremo, em março, estabeleceu que a distribuição dos recursos do Fundo Partidário deve observar o patamar mínimo de 30% (trinta por cento) de candidaturas femininas, por equiparação com o que está previsto no art. 10, § 3º da Lei n. 9.504/97, enquanto o TSE estipulou que estes 30% (trinta por cento) fossem fixados para o Fundo Especial

³⁶ Cfr. SIKORA, Rogério Moraes; ANGELIN, Rosângela. **Relações de gênero e dignidade da pessoa humana no estado democrático de direito: encontros e desencontros na promoção da equidade de gênero.** Direitos Culturais: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado da URI – Campus Santo Ângelo (avulsa), Santo Ângelo, v.5, n. 9, p. 49-65, jul./dez. 2010, pp. 60 e 61: A expressão “ações positivas” tem sua origem em uma lei norte-americana de 1935 oriunda do âmbito trabalhista. Porém, esta adquiriu significado específico de política pública no contexto da reação jurídica dos protestos protagonizados pela população afro americana e outras minorias e movimentos de contestação social, os quais deram origem ao chamado “direito antidiscriminatório”. As ações positivas são o modo pelo qual se busca enfrentar a exclusão e discriminação tanto direta quanto indireta, especialmente, utilizando-se de leis e normas, além de trabalhar as mudanças de paradigma do ordenamento jurídico.

³⁷ Atual redação do parágrafo 3º do artigo 10 da Lei 9.504/97 dada pela Lei nº 12.034/2009.

de Financiamento de Campanha (FEFC) e para o tempo de propaganda gratuita de rádio e televisão³⁸.

O resultado da eleição de 2018 demonstrou um aumento de 51% (cinquenta e um por cento) se comparado com a legislatura atual da bancada feminina na Câmara Federal, em números aumentou de 51 (cinquenta e uma) para 77 (setenta e sete) deputadas federais. Considerando que ao todo são 513 (quinhentos e treze) deputados federais, a participação feminina corresponde a quase 15% (quinze por cento), percentual abaixo da média mundial, que chega a ser de 22,1% (vinte e dois vírgula um por cento). Por outro lado, no Senado o número permaneceu o mesmo, apenas 7 (sete) senadoras.

Destarte, verifica-se que a equidade de gênero na legislação, já é um relevante avanço nas ações afirmativas eleitorais, mas ainda há muito mais espaço para as mulheres na política, sendo fundamental a presença mais proporcional em todos os segmentos da sociedade no Legislativo, Executivo e Judiciário. É fundamental, para que o fim almejado pelo dispositivo legal seja alcançado e a lei goze de eficácia, divulgar o tema junto à população, dentro dos próprios partidos políticos e demais instituições³⁹.

5.2 Das cotas nos conselhos de administração⁴⁰

Exemplo de luta contra o desequilíbrio de gênero no ambiente jurídico verificado em particular nos países Europeus e na União Europeia, mas com tendência a ser recepcionado por outros países,

³⁸ Consultado em <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-avanco-das-mulheres-nas-eleicoes-11102018>. Acesso em 12/10/2018.

³⁹ Cfr. BARBOSA, Fernanda Leal. **As cotas eleitorais de gênero como um instrumento de ação afirmativa eleitoral**. Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, v. 22, n. 87, p. 265-283, abr./jun. 2014, p. 279.

⁴⁰ Conselho de administração é um órgão colegiado que atua como elo entre a assembleia geral e os diretores, sendo um eficiente instrumento de racionalização do funcionamento das sociedades anônimas. Para maior aprofundamento sobre o tema consultar TOMAZETTE, Marlon. **Curso de Direito Empresarial**. Volume 1. São Paulo: Atlas, 2013. COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. Volume 2. São Paulo: Saraiva, 2014.

é a chamada lei de igualdade efetiva entre mulheres e homens, que, dentre outros propósitos, exige que a administração das companhias abertas conte com, no mínimo, 40% (quarenta por cento) de mulheres em seus conselhos de administração⁴¹ (cotas femininas na administração societária ou cotas de gênero), ao mesmo tempo em que estabelecem calendário para que o objetivo seja alcançado de forma progressiva ao longo do tempo⁴². A não observância destas regras obrigatórias resulta em penalidades diversas, *v.g.*, multas, nulidade e/ou ilegalidade de eleições de conselheiros.

Recentemente na Califórnia (Estados Unidos da América) foi aprovada lei que obriga a presença de, ao menos uma mulher em conselhos de empresas de capital aberto sediadas neste Estado até o final de 2019⁴³ e o número ainda cresce até o final de 2021, quando o número mínimo será de três mulheres no conselho, mas isso vai depender da quantidade de assentos no conselho de administração da companhia. Esta medida, em particular, tem especial atenção por ser considerada um reflexo da adoção de boas práticas de governança corporativa⁴⁴.

No Brasil há apenas 9,4% (nove vírgula quatro por cento) de participação feminina em conselhos de administração, os quais correspondem a menos da metade da média internacional, de 24,1% (vinte e quatro vírgula um por cento).

⁴¹ Consultar <https://ec.europa.eu/info/policies/justice-and-fundamental-rights/gender-equality> para maiores informações.

⁴² CERZETTI, Sheila Christina Neder. **A promoção da igualdade de gênero na administração de companhias abertas: primeiras reflexões**. Revista de Direito Mercantil: Industrial, Econômico e Financeiro, São Paulo, v. 52, n. 164/165, p. 62-84, jan./ago.2013, p. 62.

⁴³ Consultado em https://epocanegocios.globo.com/Mundo/noticia/2018/10/california-aprova-lei-que-obriga-presenca-de-mulheres-em-conselhos-de-empresas.html?utm_source=facebook&utm_medium=social&utm_campaign=post. Acesso em 02.10.2018.

⁴⁴ Segundo Alexandre Di Miceli da Silveira (in **Governança corporativa no Brasil e no mundo: teoria e prática**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2015, p.3): “O que chamamos de “governança corporativa” diz respeito à maneira pela qual as sociedades são dirigidas e controladas, incluindo suas regras explícitas e tácitas, com destaque para o relacionamento entre seus principais personagens: diretoria, conselho de administração e acionistas. Trata-se de um tema que exige uma abordagem multidisciplinar, englobando áreas como ética empresarial, gestão, liderança, psicologia social, direito, economia, finanças e contabilidade, entre outras.”

O incentivo à participação equilibrada de gêneros, no entanto, não é tema imune a críticas. A Câmara de Comércio da Califórnia afirma que a lei deve dificultar o trabalho de empresas e que ela violaria a proibição constitucional de discriminação⁴⁵. Outros alegam que a utilização do regime de cotas em prol da diversidade de gêneros em conselhos de administração caracteriza numa interferência indevida nas decisões a serem livremente tomadas pelos acionistas⁴⁶.

Há várias tentativas igualitárias em outros países, mas referem-se majoritariamente à adoção voluntária de mais elevado número de representantes nos órgãos. Estas medidas autorregulatórias não foram bem-sucedidas na União Europeia a ponto de refletirem porcentagem considerada razoável, por isso houve a adoção do sistema de cotas.

No Brasil a Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ) aprovou o projeto de lei que define um percentual mínimo de participação feminina nos conselhos de administração de todas as empresas que têm mais da metade do capital controlado pelo governo federal ([PLS 112/2010](#)). As cotas vão poder ser executadas de forma gradual, começando com 10% em 2018, passando a 20% em 2020 e chegando a 30% em 2022⁴⁷. No setor privado, o Instituto Brasileiro de Governança Corporativa/IBGC já se manifestou contrariamente à adoção de cotas para mulheres, no entanto, há um movimento interno neste sentido. Luiza Helena Trajano, presidente do conselho de administração do varejista Magazine Luiza, afirma que “as cotas representam uma situação transitória necessária para

⁴⁵ Consultado em https://epocanegocios.globo.com/Mundo/noticia/2018/10/california-aprova-lei-que-obriga-presenca-de-mulheres-em-conselhos-de-empresas.html?utm_source=facebook&utm_medium=social&utm_campaign=post. Acesso em 02.10.2018.

⁴⁶ CERZETTI, Sheila Christina Neder. **A promoção da igualdade de gênero na administração de companhias abertas: primeiras reflexões**. Revista de Direito Mercantil: Industrial, Econômico e Financeiro, São Paulo, v. 52, n. 164/165, p. 62-84, jan./ago.2013, p. 69.

⁴⁷ Consultado em <https://www12.senado.leg.br/noticias/audios/2017/03/senado-aprova-participacao-feminina-obrigatoria-de-30-nos-conselhos-de-administracao-das-estatais>. Acesso em 08.10.2018.

quebrar barreiras”⁴⁸. No entanto, até o momento, o IBGC não se posicionou com a adoção de medidas/recomendações concretas sobre o tema.

No caso concreto, leciona Sheila Christina Neder Cerezetti, “ao promover acesso com base no critério de gênero, uma lei de cotas serviria de reflexo, no campo empresarial, dos imperativos constitucionais de igualdade e desenvolvimento”⁴⁹.

Não há dúvida, em qualquer que seja o âmbito da utilização do sistema de cotas, de que este instrumento deve ser temporário, utilizado para promoção de tratamento diferenciado voltado a permitir o acesso equivalente a direitos conferidos a todas as pessoas e, assim, alcançar a igualdade material.

6. Considerações finais

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 trata-se da norma jurídica internacional mais importante na história da humanidade, por agregar e por traduzir as ideias e as regras basilares de respeito, de convivência e de existência digna entre todos os seres humanos e consagrar princípios e valores universais da ordem jurídica internacional, tais como a dignidade da pessoa humana, igualdade e liberdade, além de outros ideais. Preconiza, em síntese, que todos os seres humanos têm direitos pelo fato de pertencerem ao gênero humano e, independente da sua condição diferenciada a pessoa tem igual valor ou qualidade.

Ocorre que a almejada igualdade entre homens e mulheres ainda é um processo em andamento, que muito embora já tenha obtido avanços significativos, ainda requer que o papel da mulher seja reconhecido em determinados nichos, principalmente nas relações de

⁴⁸ Consultado em <https://exame.abril.com.br/revista-exame/cotas-surgem-como-recurso-para-incluir-mulheres-em-conselhos/>. Acesso em 08.10.2018.

⁴⁹ CEREZETTI, Sheila Christina Neder. **A promoção da igualdade de gênero na administração de companhias abertas: primeiras reflexões**. Revista de Direito Mercantil: Industrial, Econômico e Financeiro, São Paulo, v. 52, n. 164/165, p. 62-84, jan./ago.2013, p. 76.

poder. Destarte, para que a igualdade seja materialmente exitosa e não meramente formal, é necessário admitir a desigualdade entre homens e mulheres que ainda existe e continua a ser um problema sério não somente no Brasil, mas em muitos países. Ou seja, é inegável que há uma barreira ainda não transposta.

O poder público e as instituições precisam estimular medidas de conscientização para afastar as estereotípias que acriticamente ainda são reproduzidas nos campos social, jurídico e cultural, pois somente afastando ideologias discriminatórias é que se dará a efetiva realização de direitos com igualdade e justiça e, assim, promover um Estado Democrático de Direito.

O Brasil, apesar de ainda ser marcado pela incontestável desigualdade de oportunidades entre homens e mulheres, gradativamente tem apresentado pequenas vitórias conforme demonstrado ao longo deste trabalho o que nos permite ter uma boa dose de otimismo e vislumbrar um futuro mais inclusivo e promissor. Não obstante, é fundamental continuar exigindo do Estado a efetivação de políticas públicas e a remodelação das práticas institucionais existentes para que a igualdade não seja apenas formal. É preciso conhecer melhor os seres humanos e as relações de poder que perpassam na sociedade, assim como seus efeitos jurídicos que contribuem para promover ou não a equidade.

A participação política feminina nos pleitos eleitorais, com a introdução e regulamentação do art. 10, parágrafo 3º, da Lei 9.504/97, configurou um significativo avanço, mas ainda é incipiente conforme se constatou do resultado das eleições de 2018.

A existência de uma maior diversidade no nível de conselho de administração pode repercutir em positivos resultados de igualdade de gêneros nos demais cargos e funções da empresa, na medida em que cabem ao órgão referido a escolha dos diretores e muitas vezes a aprovação da política de recursos humanos da companhia. Surgiria, portanto, um efeito cascata da representação feminina, consistente na repercussão da igualdade de acesso e de oportunidades.

As cotas não são um fim em si mesmo, com o único propósito de alocar algumas mulheres em cargos de poder, mas instrumento de mudança. O objetivo da estipulação de cotas é facilitar o acesso da minoria, possibilitando que a presença dela contribua para a modificação da ordem social, na medida em que promove a progressiva mitigação do preconceito, com base na experiência concreta da convivência com essa mesma minoria.

Destarte, as ações afirmativas não devem ser utilizadas como mecanismo único, mas são necessárias para que a sociedade reveja a desigualdade nela existente e, não há dúvida de que se trata de instrumento absolutamente temporário. Nesse sentido defende-se a superação de desigualdades arbitrárias entre homens e mulheres e a garantia de acesso igualitário aos direitos e deveres, independentemente da condição de gênero ou de outras condições.

Desta feita, os estudos não cessam aqui, é necessária a participação de instâncias acadêmicas e principalmente da sociedade, para a ruptura dos preconceitos e criação de soluções, que já poderiam iniciar, quem sabe, com a criação de mecanismos de pressão, monitoramento para as ações governamentais, formulações de programas e outras iniciativas necessárias.

7. Referências:

- ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. **Proteção internacional aos direitos humanos do ser humano: Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948**. Revista de Direito de Trabalho, São Paulo, v. 44, n. 190, p. 211-237, jun. 2018.
- BARATTA, Alessandro. **O paradigma do gênero**. Org.: Carmen Hein de Campos. Porto Alegre: Sulina, 1999.
- BESTER, Gisela Maria. **Gênero e Ciência – Reflexos sobre uma Epistemologia Jurídica Feminina na Obra Waratiana**. Estudos Jurídicos, n. 83, vol 31, Unisinos, 1988.

CEREZETTI, Sheila Christina Neder. **A promoção da igualdade de gênero na administração de companhias abertas: primeiras reflexões**. Revista de Direito Mercantil: Industrial, Econômico e Financeiro, São Paulo, v. 52, n. 164/165, p. 62-84, jan./ago.2013.

COELHO. Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. Volume 2. São Paulo: Saraiva, 2014.

CADERNOS DE FORMAÇÃO. **Mulheres: mundo do trabalho e autonomia econômica**. Caderno 3. As mulheres e o mercado de trabalho. São Paulo: Instituto de Economia/Cesist, 2017. Consultado em <https://www.eco.unicamp.br/images/arquivos/Caderno-3-web.pdf>. Acesso em 14.10.2018.

CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. Consultado em http://www.planalto.gov.br/civil_03/Constituicao/Constituicao.htm, acesso em 12.10.2018.

DAHL, Tove Stang. **O Direito das Mulheres – Uma introdução à teoria do direito feminista**. Lisboa: Fundação Calauste Gulbenkian, 1993.

LAURETIS, Teresa de. A tecnologia do gênero. In: HOLLANDA, Heloisa Buarque de (Org.), **Tendências e Impasses – o feminismo como crítica da cultura**. Rio de Janeiro: Rocco, 1994.

MATOS, Maria Izilda S. **Na trama do cotidiano**. Cadernos CERU, n. 5, série 2, 1994.

MOLINA, Sandra Cordeiro. **Considerações sobre o lócus da mulher negra brasileira sob as perspectivas de gênero e de raça**. Revista Direito e Liberdade, v. 13, n.2, p. 339-354, jul./dez. 2011.

PIAZZETA. Naele Ochoa. A Previsão Constitucional da Igualdade de Gênero. In. **Núcleo de Estudos de Gênero e Direito**. (Coord. Camen Hein de Campos). Canoas: Editora da Universidade Luterana do Brasil, 1999.

_____. **Crimes da mulher – o Direito Penal da emoção. in Pessoa, Gênero e família: uma visão integrada do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, pp. 163-191.

RESOLUÇÃO ONU nº 217-A de 10/12/1948. Consultado em <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>. Acesso em 24/09/2018.

- ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Ação afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/176462>. Acesso em: 12/10/2018.
- SCOTT, Joan W. O enigma da igualdade. In: **Estudos Feministas**. Universidade Federal de Santa Catarina. Centro de Filosofia e Ciências Humanas, Centro de Comunicação e Expressão. – v.7. n. 1-2 (1999). Florianópolis: UFSC, 1999.
- SIKORA, Rogério Moraes; ANGELIN, Rosângela. **Relações de gênero e dignidade da pessoa humana no estado democrático de direito: encontros e desencontros na promoção da equidade de gênero**. Direitos Culturais: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado da URI – Campus Santo Ângelo (avulsa), Santo Ângelo, v.5, n. 9, p. 49-65, jul./dez. 2010.
- SILVEIRA, Alexandre Di Miceli da. **Governança corporativa no Brasil e no mundo: teoria e prática**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2015.
- SORTO, Fredys Orlando. **A Declaração Universal dos Direitos Humanos no seu sexagésimo aniversário**. Verba Juris: Anuário da Pós-Graduação em Direito, João Pessoa, v. 7, n. 7, p. 9-34, jan./dez. 2008.
- TEIXEIRA, Daniel Viana. **Desigualdade de gênero: sobre garantias e responsabilidades sociais de homens e mulheres**. Revista Direito GV, São Paulo, v. 6, n. 1, p. 253-274, jan./jun. 2010.
- TOMAZETTE, Marlon. **Curso de Direito Empresarial**. Volume 1. São Paulo: Atlas, 2013.

Percursos da alteridade e ética

*Augusto Jobim do Amaral***

*Gustavo Oliveira de Lima Pereira****

Introdução – da Totalidade

Quando Heráclito concebeu que o ser, a verdade, o sentido, a *arché* se dá no entrave, no combate, no choque; estabeleceu as diretrizes daquilo que a história do Ocidente se atreveu chamar de “conhecimento”. Conhecer é guerra¹. Conhecer é violência. O originário da razão é violento. Conhecer é totalidade e a totalidade é sempre violenta. Não obstante, a aporia se instaura porque a totalidade, para ser total, tem que incluir a tudo inclusive a si mesma. Assim, nega-se a diferença que é originária do pensamento. Conclusão: a totalidade acaba negando o pensamento. A totalidade não pensa. “Um ser só pode ser tomado por uma totalidade se carece de pensamento. Não que ele se engane ou pense mal ou loucamente – ele não pensa.” (Levinas, 1997, p. 34). Esta é a tese de Emmanuel Levinas. A guerra é a experiência pura do ser purificado; desinibido. Desvelado pela racionalidade. Aprisionado em caixas ontológicas de

** Professor do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais e do Programa de Pós-Graduação em Filosofia da PUCRS.

*** Doutor em Filosofia (PUCRS) e Professor da Escola de Direito da PUCRS.

¹ “A veracidade do real, de todo o ser e do ser em geral, é a guerra: esse é o dado mais originário, mais evidente. Todos nós começamos na e pela guerra: eis o que somos obrigados a constatar.” (grifo no original). Cf. Sebbah, 2009, p. 46.

sentido. Segundo o pensador lituano: “no es necesario probar por oscuros fragmentos de Heráclito que el ser se revela como guerra al pensamiento filosófico; que la guerra no sólo lo afecta como el hecho más patente, sino como La patencia misma – o la verdade – de lo real.” (Levinas, 1999, p. 47).

Violência: ser ou não ser? O resto é diferença...

A violência da razão ontologizante que se dá na guerra ganha dimensões no plano relacional. Tortura a diferença. Tal racionalidade infere totalidade no ímpeto pelo conhecer. Conhecer o princípio e a origem significa o verdadeiro pensar² que só se importa com o todo e dimensiona um conceito de violência de maior amplitude como aqui propomos, não apenas recaído no espectro da violência física: violência é a negação de uma alteridade em todas as suas complexas, sutis, simbólicas e pouco perceptíveis manifestações (Souza, 2008, p. 32).

Esse anseio totalizante ganha substancialidade principalmente no primeiro grande entrave reconhecido na história da filosofia ocidental. Está em Parmênides o privilégio pelo estático e unitário como determinante na procura pelo ser. Já Heráclito credita o ser ao movimento, ao devir que se manifesta na guerra. No entanto, por mais que a primeira vista se possa conceber um antagonismo intelectual entre os dois pensadores, ambos se preocupam com mesmo problema: “o que é o ser?”, e comungam da mesma premissa: “o ser é e o não-ser não é”³.

² “Num eu (moi) consciente, nada pode entrar fraudulentamente, como de contrabando, sem se expor à confissão, sem se igualar na confissão, sem se fazer verdade. A partir daí, toda racionalidade equivale à descoberta da origem, do princípio.” (Levinas, 1993, p. 88-89).

³ “Jamais obrigará os não-seres a ser; tu porém, afasta o pensamento deste caminho de investigação” (Parmênides, 1993, p. 47). Aristóteles acompanhou o ensinamento parmenídico e contemplou a formatação da tradição ocidental neste sentido: “esta claro que es imposible que uno mismo admita simultáneamente que una misma cosa es y no es. Pues simultáneamente tendría las opiniones contrarias el que se engaña se acerca de esto. Por eso todas las demostraciones se remontan a esta última creencia, pues este es, por naturaleza, principio también de todos los demás axiomas.” (Aristóteles, 1998, p. 168).

Estas são as diretrizes primordiais de toda a história do Ocidente. O ser é o que importa ao pensamento. Ou seja, o ser é tudo aquilo que pode ser aprisionável coerentemente pelo *logos*, enquanto o não-ser é o resto; o nada - aquilo que pode ser descartado, reduzido ao rótulo de irreal e desmaterializado do universo verdadeiro (Souza, 1996, pp. 22 e 136). A vontade da univocidade, a mania da conceituação absoluta, acompanha o homem desde o início de sua relação com o saber, sem admitir contrapontos que relativizassem as assertivas da totalidade.

A busca por uma realidade unívoca significaria a troca da angústia e da incerteza pelo conforto da “verdade”. Platão e Aristóteles começam as tentativas mais elaboradas de organizar um sistema de racionalidade que explore os caminhos da resposta sobre a questão ontológica do “ser” que é, conforme afirmamos, o único movimento do pensamento que importa para o homem. O que é ser? Platão procura deduzir o ser por aquilo que chamou de “Ideia”, algo que assume um patamar de perfeição e que o homem, de algum modo, é capaz de ter contato. Experimentou a impossibilidade de uma solução unívoca e a necessidade de uma constante aporia. A perplexidade do filósofo é percebida no diálogo “o sofista” (Platão, 1983), quando este se debruça sobre o problema metafísico fundamental do ser e do não-ser, do uno e do múltiplo, do universal e do singular sem chegar a uma resposta. Consagra a dialética como o método capaz de perseguir a verdade a partir dos contrastes.

Aristóteles complementa as soluções platônicas, afirmando que o mundo das ideias não seria capaz de absorver o problema e explicar a realidade. O considerado fundador da metafísica designa a ontologia como a ciência que investiga o ser enquanto tal; ciência das causas primeiras, que, para o estagirita, está na concepção de “substância”. A pesquisa da verdade é identificada com a pesquisa das causas, as quais abririam o homem para a sabedoria dos entes, pela teoria da causalidade. Assim, o pensamento do ser se reduz aos entes. Com isso, podemos dizer que tanto Platão quanto Aristóteles só pensaram o ser no presente. Ou seja, fora da temporalidade.

Husserl e principalmente Heidegger instituem o problema do “ser” na temporalidade.

Os modelos de pensamento que se insurgiram contra esta tentativa de explicitação da realidade foram tidos como subversivos da suposta incumbência humana da busca pela verdade unívoca. Obtiveram a repulsa do pensamento hegemônico e hoje em dia, tal rechaço ainda é reproduzido e reverenciado por muitos pensadores contemporâneos que carregam e disseminam esta percepção. Isto é o que podemos perceber no tratamento dado aos filósofos sofistas, aos cínicos e demais perversores, que surgiram e foram demonizados pela organicidade cognitiva ao longo da história do pensamento ocidental (cf. Bergson, 2005, p. 263-264).

Contudo, alguma disposição crítica da filosofia contemporânea mantém-se e é avessa a universalismos, procurando romper com toda e qualquer pretensão de totalidade, já que o intelectualismo do passado naufragou em mera tautologia (Souza, 2008, p. 29). A racionalidade ocidental não se apercebe que todo originário da possibilidade do pensamento se inscreve pela diferença. É ela que possibilita o pensar. Será mais uma vez Souza (2005, p. 189-208) que lucidamente esclarece que a percepção da racionalidade ocidental é inaugurada com uma pergunta: “O que é a realidade?” Começa-se, assim, o filosofar. Existe uma dúvida, uma diferença originária, pois aquele que pensa só é capaz de pensar algo diferente de si. A questão da realidade – “o que é a realidade?” ($X=?$) – ganha uma resposta, pois o aparelho cognitivo não suportava, já em sua origem, o indeterminado, o infinito, o *apeiron*. A vontade conceituante dá uma resposta: determina, pelas categorias lógicas, que realidade é igual a Y ($X=Y$). Finalmente, a concepção se desdobra e compreende-se a realidade a partir da nomenclatura dos objetos: a realidade coincide com seu nome ($X=X$). A diferença assim é neutralizada e o pensamento se torna totalidade. O homem se fecha ao indeterminado, apropria-se da realidade e retroalimenta a lógica violenta de construção da subjetividade. A diferença se torna igualdade: “é na igualdade, na equalização do diferente, no processo

dinâmico desta equalização de uma vez para sempre, que repousa a segurança do logos.” Essa compreensão apropriativa, oriunda da ontologia, deságua e macula as percepções éticas que estavam por vir. O homem desde sempre habita o verbo “ser”. As teorias morais, desde então, dimensionam sua lógica de operação a partir de elementos essencializantes, sem considerar o necessário “reiniciar” que o pensamento filosófico verdadeiro se presta, sem considerar que toda decisão ética mantém em seu coração o fantasma do *indecidível*, figura, portanto, da *alteridade*.

A tautologia da filosofia que não se põe em crise transforma o infinito em totalidade, o Outro no mesmo e a diferença em igualdade. Esquece-se que antes de tudo, dá-se a diferença. “Não ignoramos que, do Outro, somente captamos o que se dá à nossa representação, e que sua alteridade se refugia para além da própria estrutura de cognoscibilidade e de manipulação do logos – e também não desprezamos o fato de que, sem estes cuidados, nos tautologizamos em uma Totalidade autofágica, beco sem saída de qualquer lógica do absoluto.” (Souza, 2005, p. 205).

A ética como filosofia primeira

A traço radical sobre o qual nos debruçamos, portanto, tem na alteridade a condição de reconstrução de qualquer sentido. Reconhecer a diferença é já uma possibilidade tardia, pois desde sempre ele se deu. Será esta ancestralidade que faz pressupor outra compreensão de si mesmo, agora a partir do outro.

Que a abertura de flancos para a racionalidade da alteridade ainda é um por vir, é algo que não necessita extraordinária prova. Basta estar no mundo para perceber. A categoria da alteridade é de tal modo incompreendida – seja por uma leitura superficial e refém das primeiras impressões adocicadas que a obra de Levinas pode sugerir seja por sua dificuldade de penetrar ao mundo prático, no face-a-face do encontro – que o desafio de sua releitura se repropõe mais urgente do que nunca.

O mais preocupante é o uso da categoria da alteridade, nos mais diversos espaços e contextos, como um “bordão”, reproduzido como uma senha ou um emblema, sem levar às últimas consequências o que a radicalidade deste pensamento reivindica. A trivialização da inovação trazida pela recepção da alteridade, pensada na aventura do encontro, é algo que precisa ser sempre denunciado. Há um dever de vigília dos intelectuais sérios, pois é inúmeras vezes confundida, por exemplo, com a própria ideia de dignidade humana ou mesmo com percepções legislativas (a ética suprimida como “código de ética”). Mas o pensamento da justiça em nada se reduz ao direito ou a quaisquer apanágios da *representação*.

O direito, o fundamento da dignidade humana, a ideia de democracia, e a liberdade, no patamar do iluminismo moderno, são construções necessárias feitas pelo homem para traduzir uma possibilidade de socialidade e convivência relacional. O que propõe são horizontes de outro modo estranhos a tais dimensões, atrelados a um pressuposto diferenciado: a *temporalidade* – em que pese a permanente tentativa da racionalidade instrumental de exorcizar o tempo e, conseqüentemente, aniquilar o “Outro”. A justiça, considerada aqui como o suportar o peso da responsabilidade perante outrem, ultrapassa os limites restritos da assimetria. Qualquer arsenal reflexivo que se debruça sobre o tema deve atentar a essa condição. “Viver perigosamente não é o desespero, mas a generosidade positiva da incerteza.” (Souza, 1997, p. 98).

Necessário, portanto, para enfrentar de forma mais detida a perspectiva levinasiana da alteridade, perceber-se da ruptura do trauma diante de outra subjetividade, não sem antes aduzir com rigor algumas concepções filosóficas básicas. Em Heidegger, a preocupação primordial é, de fato, pelo sentido do ser. Boa parte da obra levinasiana é destinada a questionar o anseio pela ontologia, em detrimento da ética, e seu principal alvo é Heidegger, principalmente em virtude de sua inegável relação com o nazismo.

“Dasein jamais tem fome”, segundo Levinas (1999, p. 153). O ser-á se preocupa com o ser. Pergunta-se pelo ser. Por conseguinte,

seu pensamento seria indiferente à questão ética. Para muitos autores, a exagerada preocupação ontológica de Heidegger o fez subestimar a questão ética.

Nesse sentido, o pensamento de Heidegger é tido como uma tautologia do mesmo. Existir é compreensão. “*Ser* articula-se com o *pensar*.” (Heidegger, 1967, p. 28). Filosofar é pensar sobre os atos impensados que constituem a existência – os atos simples do cotidiano e do mundo prático. Para Heidegger, este mover existencial que vem antes da consciência é o digno de ser pensado (1967, p. 38). É o exato momento de compreensão do ser, em um movimento circular de compreensão hermenêutica. Assim, tudo retoma e retorna ao Ser-aí, e por isso, muitos pensadores entendem a filosofia heideggeriana, apesar de realmente instigante e renovadora, como ainda imersa em uma totalidade (Souza, 1998, p. 80).

Algumas linhas de Jacques Derrida (1991, p. 195) podem nos ajudar a esclarecer esta ideia: “Na leitura desse jogo, pode-se entender em todos os sentidos o seguinte encadeamento: o fim do homem é pensamento do ser, o homem é o fim do pensamento do ser, o fim do homem é o fim do pensamento do ser. O homem é desde sempre seu próprio fim, isto é, o fim do seu próprio. O ser, é desde sempre, o seu próprio fim, isto é, o fim do seu próprio.”

Levinas, introdutor do pensamento fenomenológico na cultura filosófica francesa, e como tradutor de Husserl, ao longo de suas obras, demonstra uma relação ambígua com a percepção husserliana. Por vezes a crítica é atroz, por outras, é perfeitamente verificável o teor da influência de Husserl em seu pensamento (cf. Levinas, 1999, p. 54). Levinas afirma que apenas faz uso do método fenomenológico, pois vincula a este a necessária inquietação do pensamento avesso a premissas edificantes e pretensões totalizantes, introduzindo a “dúvida subversiva”, mas auferir que a articulação da “significação sem contexto” (Levinas, 1999, p. 50), pedra de toque de suas obras, dá-se no ultrapassar da pretensão fenomenológica (Pelizzoli in Souza, 2001, p. 284).

Com isso, a questão que se instituiu, apesar das conquistas inegáveis da fenomenologia e da ontologia fundamental (cf. Levinas, 1982, p. 29-35), é sobre a possibilidade de existir um pensamento fora do horizonte da intencionalidade, já que está é sempre feita a partir de representações. O próprio pensar filosófico não seria um ultrapassar os horizontes da representação? (Levinas, 1999, p. 188). A ontologia estaria disposta a isso?

Para serem ultrapassadas as barreiras de qualquer ontologia, há de se perguntar pelo verdadeiro sentido desta pergunta: para que perguntar o ser? (Souza, 2008, p. 136). Por que a obsessão pelo ser? O que há por traz disso? O que está construído como sentido de existência no perguntar-se pelo ser? “Ser ou não ser, provavelmente não é aí que está a questão por excelência.” (Levinas, 1997, p. 177). Se devemos considerar a inovação do pensamento heideggeriano, no que tange ao retorno das antigas questões filosóficas e sua forma inédita de abordagem, não podemos esquecer que tal aporte pode carregar uma dimensão ainda perigosa – ainda englobante (Pelizzoli in Souza, 2001, p. 289). Há de se reinaugurar o fundamento do pensamento filosófico para além do sentido do ser. Algo que interrompa o reino do ser. Um outro modo *que* ser (Levinas, 1982, p. 92). Um modo distante dos modos do ser, pois inexiste uma resposta ontológica para a questão do poder ontológico.

Sutileza que é título de sua mais importante obra: “de outro modo que ser, ou mais além da essência”. A palavra *que* já traz a ruptura do modo de pensar ontologizante, pois não visa um outro modo *de* ser, mas sim um ou modo de pensar que vá além do que o modo de pensar do ser. Um outro ponto de partida. Uma notória *an-arquia* na formatação do pensamento ocidental. Levinas esclarece, ao comentar essa obra, que o *des-inter-esse* é o que quer dizer o título do livro “de outro modo que ser”. A condição ontológica desfaz-se, ou é desfeita, na condição ou incondição humana. Ser humano significa: viver como se não fosse um ser entre os seres. Como se, pela espiritualidade humana, invertessem-se as categorias

do ser, num “de outro modo que ser”. Não apenas num “ser de modo diferente; ser diferente é ainda ser.” (1999, p. 93).

Conforme Ricardo Timm de Souza (1999, p. 151): “A verdade do não-ser não é menos verdadeira e importante do que a verdade do ser, somente porque seu “conteúdo de verdade” – sua Alteridade – não pôde conservar sua dimensão própria e teve de entregá-la à determinação da Totalidade. A verdade do Outro-que-ser é uma outra verdade, que não tem seus alicerces na dinâmica da liberdade do ser.”

Enquanto para Heidegger a história da filosofia está no esquecimento do Ser, para Levinas o limiar da crise não está propriamente no esquecimento da diferença ontológica entre ser e ente. *A problematização se insere a partir do esquecimento do “outro” como foco de responsabilidade do mesmo.* Inverte-se a lógica do que significa pensamento. “Pensar não é mais contemplar, mas engajar-se, estar englobado no que se pensa, estar embarcado – acontecimento dramático do ser-no-mundo.” (Levinas, 1997, p.23).

Ultrapassar as barreiras de uma mera unidade psíquica solitária e monádica para uma dimensão de subjetividade que suporte o peso da decisão pelo outro é o que move Levinas a se perguntar se “a ontologia é fundamental?”. Percebe que partindo do ponto de vista ontológico como filosofia primeira, sempre compreender-se-á a ética como estilhaços do ser (1997, p. 31).

Levinas (1997, p. 22) é ilustrativo na temática que estamos abordando: “O homem inteiro é ontologia. Sua obra científica, sua vida afetiva, a satisfação de suas necessidades e seu trabalho, sua vida social e sua morte articulam, com um rigor que reserva a cada um destes momentos uma função determinada, a compreensão do ser ou a verdade.”

Seria necessária uma trans-ontologia; uma metafenomenologia (Derrida, 2009, p. 121), o ultrapassar os limites da diferença ontológica à filosofia da diferença para assim sairmos dos arredores da insuficiência do ser-com-outros (*miteinandersein*) heideggeriano (Souza, 1998, p. 157-158). Direcionar a intencionalidade existencial

para a intencionalidade ética. Uma espécie de má consciência ou consciência não-intencional, como assim denominou Levinas, pois consciência como consciência de algo não pode ter a si mesma como o foco da questão. Algo como uma consciência reduzida. Que está na margem da ideia de consciência: “(...) que, na reflexão sobre si mesma, reencontra e domina como objetos do mundo seus próprios atos de percepção e de ciência, e se afirma, assim, consciência de si e ser absoluto – permanece, também, como por acréscimo, consciência não-intencional de si mesma, sem nenhuma visada voluntária: consciência não-intencional exercendo-se como saber, sem ela saber, do eu ativo que se representa mundo e objetos.” (Souza, 1998, p. 188).

O filósofo lituano afirma que “a relação com outrem não é ontologia” (Levinas, 1997, p. 31) e assim consagra a ética como filosofia primeira (Sebbah, 2009, p. 71). O *olhar* do rosto⁴ do outro não é uma figura. Não é fenômeno ou não-fenômeno. É contrafenômeno (Sebbah, 2009, p. 124). Para se dar a relação com o outro é necessário que este apareça como uma não-fenomenalidade. “Fenomenologia alguma pode, portanto, explicar a ética, a fala e a justiça.” (Derrida, 2009, p. 151).

Analisando a ontologia de Heidegger, Levinas aponta que “a relação ética ‘ser-com-outrem’ não passa de um momento de nossa presença ao mundo. Ela não tem lugar central.” (Levinas, 1997, p. 158). Neste âmbito, outrem se torna objeto de compreensão do ser-aí, e só depois se torna um interlocutor (Levinas, 1997, p. 27; cf. ainda Souza, 2005, p. 77): “la ontologia heideggeriana que subordina la relación con el Otro a la relación con el ser em general (...) permanece en la obediencia de lo anónimo y lleva, fatalmente, a oura potencia, a la dominación imperialista, a la tirania.” (Levinas, 1999, p. 70).

O mundo não tem sentido sem o homem. Dussel (1977, p. 40-46), pensador argentino muito influenciado por Levinas, afirma que o homem é ente que não é só ente e justamente por isso que tem

⁴ Ricardo Timm de Souza alerta que a melhor tradução para a ideia de “rosto” (*visage*) em Levinas estaria na concepção de “olhar”. A ideia de “olhar” remonta o absolutamente inaprisionável pela racionalidade. Até mesmo mais enigmática que a própria concepção de rosto.

responsabilidade pelo rosto de outrem, pelo futuro de outrem, pela educação de outrem. Pela fenomenologia, o homem descobre que se compreende pelos entes e por isso tem um dever com eles e assim deve inverter o paradigma de manipulação do mundo para compreensão do mundo. A epifania do rosto é a revelação da opressão do pobre, do outro, que não pode ser equiparada a manifestação do ente fenomênico. O homem, quando nasce, é acolhido por outro homem, por isso a relação homem-homem antecede a relação homem-objetos.

O olhar do Rosto

Em Levinas, a recepção do outro é experiência do infinito ético. Entre o mesmo e o outro existe um abismo de infinito que os separam. Levinas admite a postulação de Descartes, principalmente desenvolvida na sua terceira meditação, no que tange à ideia de infinito. Descartes, através da ideia de infinito, tentou provar a existência de Deus e evoca seu caráter inatingível pelo movimento cognitivo (Descartes, 1973, p. 107-108). O ponto de partida da concepção de infinito em Levinas é originária do pensamento cartesiano, entretanto, este modelo contém reservas quando adentra a percepção ética (Souza, 1999a, p. 82). Enquanto Descartes permanece fiel aos fundamentos da racionalidade ocidental, Levinas usa essa racionalidade para petrificar seus próprios limites, fazendo uso da ideia de infinito, como um meio para abrir uma brecha nos esconderijos da totalidade do ser (Souza, 1999a, p. 93). “O infinito não está em parte alguma a não ser no rosto de Outrem.” (Sebbah, 2009, p. 50).

Minha existência começa com a presença da ideia de infinito, que já consiste na ideia de servir outrem, o qual está infinitamente separado de mim (Levinas, 1999, p. 196). A ideia de infinito postula uma separação total entre o “eu” e o “outro” (Levinas, 1999, p. 124), pois é pela exterioridade de outrem que se pode deslumbrar a

percepção da alteridade⁵. O outro é sempre exterior; recusa-se aos meus poderes (Levinas, 1999, 211) e minha relação com este outro jamais anula a separação (Levinas, 1999, p. 262).

A esta separação completa, Levinas atribui a ideia de ateísmo (Levinas, 1999, p. 82). É pela interdependência atea do ser separado, em independência absoluta, que se dá a possibilidade da relação ética. “Solamente un ser ateo puede remitirse al Otro y ya absolverse de esta relación.” (Levinas, 1999, p. 100). Este é um ponto bastante mal interpretado na obra levinasiana, onde muitos creditam toda sua filosofia a algum teologismo salvacionista⁶.

Levinas é influenciado pela percepção talmúdica que concebe Deus como uma força que não intervém nas relações mundanas. Apenas deixa seus vestígios expressos primordialmente pelo rosto de outrem (Levinas, 1997, p. 151). Em Levinas, a ideia de Deus é profícua para legitimar o infinito ético, mas esta ideia é vista para além da revelação. Deus é um “desconhecido que não toma corpo.” (Levinas, 1999, p. 203). Está aberto para as negações e inquietudes do ateísmo. Para Levinas, o encontro com o outro é religião. Mas religião aqui significa re-ligar o mesmo ao outro na abertura para a exterioridade na fuga do solipsismo (Souza, 2005, p. 219-221). Expressa uma espécie de “*teologia sem palavra*” (Levinas, 1999, p. 204). Deus é uma palavra que só tem sentido em contexto ético.

A concepção levinasiana anuncia a necessidade do ateísmo como referencial primordial da ruptura da humanidade com seus mitos (Levinas, 1999, p. 100) e da indelegabilidade da responsabilidade

⁵ “La exterioridad – o si prefiere, la alteridad (...) es verdadera, no en una visión lateral que la percibe en su oposición a la interioridad, es verdadera en el cara a cara que no es enteramente visión, sino que va más lejos que la visión; el cara a cara se establece a partir de un punto, separado de la exterioridad tan radicalmente que se sostiene a si mismo”. (Levinas, 1999, p. 270).

⁶ Levinas, ao longo de sua obra, faz referências que podem ensinar que sua filosofia adere a algum movimento de pensamento teológico: “A biblia sería, para mim, o livro por excelência” (Levinas, 1992, p. 16). “Proponemos llamar religión a la ligadura que se establece entre el Mismo y el Otro, sin constituir una totalidad.” (LEVINAS, 1999, p. 64). Mas trata-se de um erro grosseiro admitir o pensamento levinasiano como uma mera instrumentalidade teológica. O autor deixa claro, por inúmeras vezes, que seu pensamento transcende a ideia de um criador que influa nas relações mundanas e que possa ser alvo de imanentização pela racionalidade.

pelo outro. Uma possibilidade de delegação da responsabilidade ética poderia ser sugerida pela crença em uma entidade divina que assumiria tal missão. Esta condição também expressa o pensamento de Edgar Morin, que não concebe o conceito de religião limitado à relação com deuses. Para Morin (2005, p. 172-173), um conceito renovado de religião comporta a missão de salvar a terra a partir de uma fraternidade comum, sem criação, sem revelação nem salvação por imortalidade; sem verdade primeira nem verdade final e sim uma religião capaz de compreender as outras religiões e disposta a ajudá-las. “Seria uma religião sem deus, mas na qual a ausência de deus revelaria a onipresença do mistério (...) seria uma religião que assumiria a incerteza. Seria uma religião aberta sobre o abismo”.

A separação plena e a consagração da percepção de infinito demarcam a falência do aprisionamento de sentido por meras representações. Em Levinas, “a representação assegurava à tradição filosófica o próprio contato com o real.” (Levinas, 1999, p. 69). O estranhamento da diferença do mundo que se depara aos olhos é originário do pensamento filosófico, desde os pré-socráticos. A racionalidade ocidental se rendeu a neutralização da diferença que existe entre a realidade e aquilo que se pensa dela. Desde então, o homem é escravo das suas representações e formata sua percepção de realidade a partir disso. Assim, racionalidade se torna adequação entre representação e conceito (Levinas, 1997, p. 114). Não esqueçamos que tal esquematismo, ordenado pela subsunção que há entre o pensamento e a captura da verdade, visto principalmente pelo binário verdadeiro e falso, trouxe inúmeras contribuições à humanidade. Entretanto, este modelo de racionalidade, aniquilador da diferença originária, incapaz de lidar com o inconceituável, ou seja, “o outro”, demonstra toda sua violência no campo relacional, ao desmerecer o abismo incomensurável que há entre a capacidade cognitiva e o infinito da exterioridade.

O brilho da exterioridade é exprimido pela percepção de infinito, que sob nenhuma hipótese pode ser absorvido⁷. A percepção de infinito extravasa as possibilidades de apreensão pela dimensão do pensamento (Levinas, 1999, p. 52-53). Não dá margem a essa possibilidade e fundamenta a relação de exterioridade que condiciona a experiência ética, ao deparar-se com um olhar. Receber de Outrem, para muito além da capacidade do Eu; significa exatamente ter a ideia do infinito (Levinas, 1999, p. 75). *Pois conceber a ideia de infinito é já ter acolhido o outro* (Levinas, 1999, p. 116).

A única afirmação que poderíamos fazer a respeito do outro, infinitamente outro, é que, entre esta relação minha com outrem, existe uma irreduzível diferença que me causa estranheza, ao primeiro momento, pois esse outro pode dizer “não” ao meu “sim” (Souza, 2004, p. 58). O “Outro escapa ao controle do mesmo, devido à sua infinita distância que se preserva” (Souza, 1999a, p. 117). O infinito, presente no olhar do outro, é fala para além de palavras (Souza, 1999a, p. 136).

Esta percepção de infinito não impossibilita o *encontro ético* que aqui é trazido como esteira de reflexão. A filosofia da alteridade recepciona críticas no sentido de que ao traduzirmos o outro como infinito, infinitamente inapreensível, irrepresentável, estaria se também impossibilitando o *encontro* já que seria esta uma tarefa contraditória neste pressuposto de pensamento pré-relacional. De fato, esta concepção de infinito assusta as racionalidades acostumadas a ter as diretivas da filosofia lógico-analíticas com as rédeas do sentido. Assim, não se percebe a sofisticação e a sutileza do pensamento do infinito ético: ao conceber o outro como infinito, esta percepção, de algum modo ou de todo modo, aproxima-o de mim. Reduz-se a distância infinita por manter-se infinita. *Há uma aproximação tão infinita quanto a distância infinita no se pensar outramente.*

⁷ “O pensamento começa, precisamente, quando a consciência de sua particularidade, ou seja, quando concebe a exterioridade para além de sua natureza de vivente, que o contém; quando ela se torna consciência da exterioridade que ultrapassa sua natureza”. (Levinas, 1999, p. 36).

Como traços finais/iniciais: o encontro ético

A imprevisibilidade do outro pode abalar as minhas pretensões englobadoras. Sua exterioridade, ao passo da lógica do ser, traumatiza-me. Mas, ao aprender a lidar com este ainda-não-conhecido, crio condições de me relacionar com o outro a partir de nossas diferenças. Isso, ao mesmo tempo em que é uma das tarefas mais fáceis de se pensar, também é uma das mais difíceis de se realizar (Souza, 2004, p. 58), ainda mais “em um mundo que promete o paraíso a quem prometer não pensar.”(Souza, 1998, p. 96).

Transforma-se, assim, o receio da insegurança que a diferença me traz, ao deparar-me com um rosto, em possibilidade de um novo horizonte possível. Não indiferença à diferença do outro pressupõe um andar além do medo do trauma – ir do *trauma ao encontro* (Souza, 2008, p. 140), pois o encontro só se dá pelo “manter-se” da diferença. O encontro significa disponibilizar-se com o ainda-não-conhecido, pois é a diferença que possibilita o pensar. É a diferença que possibilita o filosofar e a construção da subjetividade.

Neste sentido, Ricardo Timm de Souza (2005, p. 405) esclarece: “Não houvesse algo como a Diferença, e se dariam apenas a onipresença e a onisciência, impossibilidades evidentes de qualquer perguntar filosófico. É porque, antes de qualquer pergunta ou consciência, dá-se a diferença, que qualquer pergunta ou consciência são possíveis. A diferença seria como a pré-originariedade a partir da qual qualquer originalidade pode ser concebida. E seu sentido de pré-originariedade se deixa perceber mesmo através de sua conceitualização ou de seu acoplamento a uma determinada esteria de linguagem.”

A metafenomenologia é a evolução do ser-com-outros para o ser-para-os-outros (não no sentido hegeliano ou sartriano). É a responsabilidade pelo outro (Levinas, 1997, p. 147), mas que não está escrita ou inscrita em seu rosto (Levinas, 1997, p.91). Para Levinas, filosofia é sabedoria de solidariedade (Levinas, 1997, p. 144), pois somos indelegavelmente responsáveis (Levinas, 1997, p.

149) pelo irrepetível outro, e esse mandamento vem antes mesmo do próprio saber (Levinas, 1997, p. 214).

Senão, vejamos (Levinas, 2002, pp. 105 e 121): “a responsabilidade para com o próximo consiste precisamente no que vai além do legal e obriga para além do contrato; ela me incumbe a quem da minha liberdade, do não presente, do imemorial. Entre eu e o outro escancara-se uma diferença que nenhuma unidade da a percepção transcendental poderia recuperar. Minha responsabilidade por outrem é insubstituível e se dá precisamente na não-indiferença dessa diferença: a proximidade do outro, (pois) quando se começa a dizer que alguém pode substituir-me, começa a imoralidade.”

O choque se estabelece pela substituição da ontologia pela ética como enfoque principal da tarefa do pensar, desvinculando-o do esquematismo pensamento=compreensão. Pensar não pode significar o mesmo que compreender porque toda ideia de compreensão pressupõe um aprisionamento de sentido e só há o outro quando se abandona esse prisma, quando se rompe com a premissa: ser=pensar.

Só há outro quando ele está livre pra ser ele mesmo (Levinas, 1999, p. 183). Só há “outro”; separado das pretensões do todo. Em outras palavras: Só há separação se cada outro tem seu tempo – sua interioridade (Levinas, 1999, p. 81). Do contrário se perfaz insistentemente ainda a lógica do mesmo. Por isso Levinas afirma que toda ontologia é uma violência, pois, como filosofia primeira, torna-se uma filosofia do poder; da injustiça, alérgica à *alteridade* (Levinas, 1999, p. 71), já que nunca suportou o peso do inapreensível; da maior de todas as rupturas possíveis no quadrante da filosofia da finitude, avessa a estruturas edificantes: o desafio do olhar sem contexto, pois o rosto desconcerta a intencionalidade que o visa (Levinas, 1993, p. 61).

“O sentido da realidade não é uma questão de conhecimento, mas de relação”, pois só permanecemos no mundo porque alguém, ao nosso nascer, ao menos minimamente cuidou de nós. O início de toda e qualquer possibilidade de existência é relacional (Souza,

1999b, p. 171). Necessita do outro. É só porque alguém cuidou de mim que eu posso vir a compreender o ser. Inverte-se a pretensa heideggeriana. Antes a relação e depois a compreensão. Antes o ente e depois o ser (Levinas, 1999, p. 75). Antes a ética e depois; muito depois, a ontologia.

Percebe-se a validade da intuição de Franz Rosenzweig, autor que exerceu forte influência sobre o pensamento levinasiano, neste foco de discussão. O autor inova o pensamento ocidental reivindicando um corte na filosofia ocidental, trazendo um inédito ponto de partida para reflexão: a ideia da multiplicidade como originário da existência. Abandona-se a pretensão do conhecimento do todo e das essências, já que a totalidade escapa do alcance do mortal, apesar da resistência que a filosofia, de uma maneira geral, apresenta em não suportar uma porta fechada (Souza, 1999b, pp. 63-64), pois esta se manifesta como realização do ser, isto é, como eliminação da multiplicidade (Levinas, 1999, p. 306).

Nossa relação com os objetos que nos cercam ultrapassa a medição lógica e só admite possibilidade se percebida como posterior a dimensão relacional que existe antes de qualquer ação pensada (Souza, 1999b, p. 79). “Se existe a alteridade que inicia exatamente quando o pensamento acaba, ou seja, exatamente na fronteira do racional e no “anúncio” do fático-real, então que este fato seja, ao menos, levado a sério pela filosofia.” (Souza, 1999b, p. 104). Daí percebe-se o enfoque que aqui nos propomos a trazer, da *ética como filosofia primeira*⁸, em substituição à ontologia, anterior a intencionalidade como formadora de sentido originário. Vislumbrar uma racionalidade que ampare a alteridade significa atirar-se sobre o abismo da racionalidade ética: “melhor

⁸ “Ética como filosofia primeira não é uma apologética, ou uma prescrição formal de um pensamento que quer chocar pelo inusitado. Ética como filosofia primeira significa, simplesmente, a reordenação de elementos de importância evidente que, por uma espécie de errância da racionalidade imatura e deslumbrada com seu próprio poder, acabaram se afastando de suas próprias referências mais originais e, simultaneamente, de seus destinos mais próximos”. (Souza, 2010, p. 90).

compreender eticamente do que por esquarteramento ontológico.” (Souza, 1999a, p. 171).

Para Ricardo Timm de SOUZA (2008, p. 58) “agora não interessa mais primariamente o conhecer – direção original da intencionalidade fenomenológica -, mas sim o agir ético a partir da recepção do outro como tal – em uma metafenomenologia que inverte a direção da intencionalidade e, por extensão, de todo o passado do modo de conhecer ocidental”.

Enfim, a tal encontro foge do plano da intencionalidade e interroga o sentido do agir que nega a mediocridade da indiferença perante aquele que me é completamente diferente. Foge do pensamento como poder e transforma-o em percepção de finitude àquele que me interpela pelo olhar, que espera de mim algo mais que meu o mero desconforto que sua escassez me traz. Convida-me a agir. A não deixá-lo só nem mesmo na hora da morte.

Referências

- Aristóteles. *Metafísica*. (1998). Edição trilingüe. Trad. Valentin Garcia Yebra. Madrid: Gredos.
- Bergson, Henri. (2005). *Cursos sobre a filosofia grega*. São Paulo: Martins Fontes.
- Derrida, Jacques. (1991). *Margens da filosofia*. São Paulo: Papyrus.
- Derrida, Jacques. (2009). *A escritura e a diferença*. São Paulo: Perspectiva.
- Heidegger, Martin. (1967). *Carta sobre o Humanismo*. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro.
- Levinas, Emmanuel. (1982). *Ética e infinito. Diálogos com Philippe Nemo*. Lisboa: Edições 70.
- Levinas, Emmanuel. (1993). *Humanismo do outro homem*. Petrópolis: Vozes.
- Levinas, Emmanuel. (1997). *Entre nós. Ensaio sobre a alteridade*. Petrópolis: Vozes.

- Levinas, Emmanuel. (1999). *Totalidad y infinito. Ensayo sobre La exterioridad*. Salamanca: Sígueme.
- Levinas, Emmanuel. (2002). *De Deus que vem à idéia*. Petrópolis: Vozes.
- Morin, Edgar. (2005). *Terra pátria*. Porto Alegre: Sulina.
- Parmênides. (1993). *Os pensadores originários. Anaximandro, Parmênides, Heráclito*. tradução: Emmanuel Carneiro Leão e Sérgio Wrublewski. Petrópolis: Vozes.
- Pelizzoli, Marcelo Luiz. (2001). “Da fenomenologia à ‘metafenomenologia’ e ‘meta-ontologia’ – Aportes para uma crítica a Husserl e Heidegger desde Levinas”. *Fenomenologia hoje I. Existência, ser e sentido no alvorecer do século XXI*. Souza, Ricardo Timm de; Oliveira, Nythamar Fernandes de (Orgs.). Porto Alegre: Edipucrs.
- Platão. (1993). *O sofista*. Coleção os pensadores. São Paulo: Abril cultural.
- Sebbah, François-David. (2009). *Levinas*. São Paulo: estação liberdade.
- Souza, Ricardo Timm de. (1996). *Totalidade e desagregação*. Sobre as fronteiras do pensamento e suas alternativas. Porto Alegre: Edipucrs.
- Souza, Ricardo Timm de. (1998). *O tempo e a máquina do tempo. Estudos de filosofia e pós-modernidade*. Porto Alegre: Edipucrs.
- Souza, Ricardo Timm de. (1999a). *Sujeito, ética e história. Levinas, o traumatismo infinito e a crítica da filosofia ocidental*. Porto Alegre: Edipucrs.
- Souza, Ricardo Timm de. (2004). *Ética como fundamento. Uma introdução à ética contemporânea*. São Leopoldo: Ed. Nova harmonia.
- Souza, Ricardo Timm de. (2005). *Sentido e alteridade. Dez ensaios sobre o pensamento de Emmanuel Levinas*. Porto Alegre: EDIPUCRS, coleção filosofia (120).
- Souza, Ricardo Timm de. (2008). *Em torno à diferença. Aventuras da alteridade na complexidade da cultura contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen juris.
- Souza, Ricardo Timm. (1999b). *Existência em decisão. Uma introdução ao pensamento de Franz Rosenzweig*. São Paulo: Perspectiva.

Avanços e retrocessos do direito à cidade no Brasil: das manifestações de 2013 à lei 13.465/17

Betânia de Moraes Alfonsin¹

1. Introdução

O presente artigo tem por objetivo analisar um movimento pendular de afirmação e fragilização do direito à cidade no Brasil, ocorrido entre 2013 e 2018. Em junho de 2013, tendo por mote o aumento de passagens de ônibus intra-urbanos, uma série de manifestações políticas eclodiram em diferentes cidades brasileiras. O fenômeno, que envolveu multidões, tem até hoje sua interpretação disputada: o que significou, quais foram as forças e atores sociais que o convocaram e sustentaram, que papel cumpriu nos acontecimentos políticos que ocorreram no país em 2016, bem como na instauração de uma crise política, social e econômica que persiste até o ano de 2018. Trabalhando com um problema de pesquisa relacionado ao reconhecimento e à efetividade do direito à cidade no Brasil, em termos jurídicos e políticos, o presente artigo sustenta a hipótese de que, paradoxalmente, as jornadas de 2013 foram cruciais tanto para o fortalecimento quanto para o posterior ataque ao direito à cidade no país.

¹ Doutora em Planejamento Urbano e Regional pelo IPPUR / UFRJ. Professora da Escola de Direito da PUC. Professora da Faculdade de Direito da FMP. Diretora Geral do Instituto Brasileiro de Direito Urbanístico. betaniaalfonsin@gmail.com

O artigo utiliza o método hipotético dedutivo de abordagem e o método histórico de procedimento, bem como se serve de diversos estudos anteriores sobre o tema da construção do direito à cidade no Brasil, a fim de analisar os últimos cinco anos (2013 a 2018), como anos de tensão e de intensas contradições para o direito à cidade no país. Analisando os últimos cinco anos, o artigo pretende examinar quatro eventos históricos que, ainda que relacionados entre si, demonstram um movimento de avanços e recuos do direito à cidade no imaginário jurídico, político e social brasileiro. Serão analisados os seguintes episódios: (i) a emergência do direito à cidade dentre as reivindicações das manifestações de 2013 e a captura da pauta daqueles protestos por atores políticos descontentes com as políticas desenvolvidas pelo governo federal; (ii) a Conferência Habitat III e a aprovação da Nova Agenda Urbana e, finalmente, (iii) a reforma do marco legal da terra no Brasil com a aprovação da lei 13.465/17. As conclusões do estudo apontam um movimento pendular do direito à cidade no Brasil, desde as manifestações de 2013, alternando momentos de grande visibilidade e reconhecimento, com episódios que representaram derrotas importantes para a efetivação desse direito.

2. As manifestações de 2013: o direito à cidade como gatilho de um movimento de pautas plúrimas.

Em uma decisão bastante controversa, o governo brasileiro entrou na disputa internacional, realizada entre países e cidades, para ter a honra de sediar o maior megaevento esportivo do mundo, a Copa do Mundo, no ano de 2014. A população não foi consultada a respeito dessa decisão, mas os melhores garotos propaganda foram mobilizados para “vender” o Brasil lá fora e tanto a FIFA quanto o COI escolheram o Brasil e o Rio de Janeiro para sediar a Copa do Mundo de Futebol em 2014 e os Jogos Olímpicos de 2016, respectivamente. Não foi uma disputa difícil, pois o mundo estava em plena crise financeira e o risco de quebrar fez com que muitos

países e cidades recuassem dessa aventura cara e de resultados duvidosos. Não foi o caso brasileiro, que para alívio dos organizadores e investidores internacionais, assumiu todos os riscos, modificou todas as leis internas que representavam algum óbice às regras e exigências da FIFA e seus patrocinadores para que a Copa se realizasse no Brasil. Recursos públicos foram mobilizados, ainda que a contrapartida de empresários e clubes beneficiados tenha sido pífia. O caderno de encargos da FIFA foi altamente detalhado e centenas de obras foram exigidas nas doze cidades-sede da copa. Orçamentos multimilionários (corrigidos para cima a cada semestre) foram aprovados sem maiores dificuldades no Congresso Nacional, nas Assembleias Legislativas e nas Câmaras de Vereadores de todo o país, demonstrando o esforço do Legislativo em colaborar com os Executivos na realização do evento.

Quando as obras preparatórias para a Copa começaram, a população moradora das cidades sede percebeu o tamanho do compromisso assumido pelo Brasil junto à FIFA. Para alegria das empreiteiras, um verdadeiro processo de reforma das cidades foi colocado em marcha, com obras estruturais que geraram impactos bastante significativos em todas as cidades. Enquanto os governantes insistiam em falar em “legados”, a população começou a assistir à destruição de várias ambiências urbanas, a despejos massivos e, muitas vezes, violento, de milhares de famílias, ao corte de árvores e de vegetação nativa, à abertura de vias muitas vezes não projetadas no traçado viário dos planos diretores e, ao lado destes impactos urbanísticos, ambientais e sociais, um total descaso com a população, que mesmo querendo “falar”, não encontrava espaço para exercer seu direito democrático à participação nos processos de tomada de decisão. Nessa quadra da história, a “naturalização” da submissão passiva dos cidadãos/cidadãs a toda e qualquer decisão tomada pelos governantes em seu desfavor, passou a ser finalmente questionada, primeiro em redes sociais e, pouco a pouco, nas ruas das grandes cidades.

Quando os estádios de futebol que estavam sendo construídos ou reformados para a Copa de 2014 tiveram suas obras inauguradas para que o Brasil sediasse a Copa das Confederações, em junho de 2013, aquele sentimento represado durante anos nas mentes e corações de toda uma geração, transbordou de maneira irrefreável. Comparar o luxo dos novos estádios com a precariedade do posto de saúde da esquina onde a população é mal tratada ao invés de ser adequadamente atendida, foi a gota d'água que faltava para o copo transbordar. Toda a indignação contida em anos suportando horas de pé em um ônibus superlotado e caro veio à tona e tomou a cena em todo o Brasil.

Inseridos em um contexto de crise financeira e econômica internacional, no qual protestos foram protagonizados por segmentos indignados da juventude e da classe trabalhadora em vários países do mundo², as manifestações de junho e julho de 2013 entram para a História do Brasil como um marco no processo de construção da cidadania no país. De fato, tal como observa James Holston, a trajetória histórica da cidadania brasileira promoveu uma disjunção entre a cidadania formal e a distribuição substantiva dos direitos, já que analisada a evolução jurídica do tema, se observa que o Brasil foi “universalmente includente na incorporação e maciçamente desigual na distribuição [de direitos]”³. Ainda segundo o autor, questões como educação, propriedade, raça, gênero e ocupação, continuam sendo fatores que proporcionam tratamentos diferentes para categorias diferentes de cidadãos, gerando uma gradação “em que a maioria dos direitos está disponível apenas para tipos específicos de cidadãos, e é exercida como *privilégio* de categorias sociais específicas”⁴.

² Turquia, Egito, Espanha e Estados Unidos podem ser citados como exemplos importantes da onda de manifestações que marcou a crise financeira internacional que foi revelada ao público em 2008, embora já estivesse em gestação há alguns anos nos Estados Unidos.

³ HOLSTON, James. **CIDADANIA INSURGENTE: disjunções da democracia e da modernidade no Brasil**. São Paulo, Companhia das Letras, 2013, p. 28.

⁴ *Ibidem*.

Indubitavelmente, as manifestações ocorridas em 2013 rompem com o silêncio que vinha marcando a sociedade brasileira nas últimas duas décadas, nas quais a Democracia se consolidou no Brasil. As vozes da cidade emergiram de forma surpreendente em um país em que a cultura do *jeitinho* amalgamou-se à resignação social como forma de gestão cotidiana de problemas relacionados às necessidades fundamentais da população. E a emergência das reivindicações populares teve sua “agenda” marcada por um inequívoco conhecimento, por parte dos manifestantes, dos direitos coletivos e difusos que a Constituição Federal e o ordenamento jurídico brasileiro reconhecem formalmente aos cidadãos. Tendo seu início em Porto Alegre, a onda de manifestações eclodiu em função do aumento da passagem de ônibus intraurbano daquela cidade, em vinte centavos⁵. Pode parecer pouco, mas a mobilização popular contra o aumento foi imediata. Além das manifestações de rua convocadas primeiramente pelo Bloco de Lutas pelo Transporte Público⁶, em sede de ação popular, o TJRS reconheceu que o aumento era abusivo e manteve a liminar concedida pelo Juiz Hilbert Maximiliano Obara, da 5^a Vara da Fazenda Pública. Olhando retrospectivamente, a repercussão desta decisão judicial foi muito importante para a sequência dos acontecimentos de 2013, pois ao ver o sucesso da estratégia de resistência popular em Porto Alegre, outras cidades passaram a organizar também ruidosos protestos contra os aumentos abusivos das tarifas de ônibus. Como um rastilho de pólvora, protestos começaram a pipocar no Brasil inteiro, obtendo adesão massiva da população, ampla cobertura de imprensa e vitórias incontestáveis, como a efetiva redução da tarifa em mais de 100 cidades brasileiras.

⁵ A passagem de ônibus intraurbano de Porto Alegre aumentou de R\$ 2,85 para R\$ 3,05 no mês de março de 2013.

⁶ O “Bloco de lutas pelo transporte público” foi a organização responsável pelas mobilizações contra o aumento da tarifa em Porto Alegre, desde março de 2012. Para maiores informações ver: <<https://pt-br.facebook.com/pages/Bloco-de-Luta-pelo-Transporte-P%C3%BAblico/488875294508389>>. Acesso em 09/01/2014.

É interessante notar que a pauta das manifestações, inicialmente centrada na redução do valor da passagem de ônibus, começa a se diversificar em um segundo momento, passando a abarcar uma série de temas relacionados ao exercício da cidadania. Além do direito à mobilidade urbana, entraram em cena vários outros direitos sociais, como o direito à saúde, o direito à educação e o direito à participação política. Quando o aparato de segurança pública de São Paulo exorbitou de seus poderes e feriu dezenas de manifestantes (vários jornalistas, inclusive) durante os protestos, entraram em cena reivindicações ainda mais complexas, como o respeito às liberdades democráticas, das quais são exemplo a liberdade de expressão, a liberdade de manifestação e a liberdade de locomoção e de utilização do espaço público.

Em um processo crescente, as vozes da cidade se tornaram um coro polifônico, em que reivindicações altamente politizadas passaram a frequentar os cartazes dos manifestantes, que começaram a ver as manifestações como um espaço político de expressão coletiva de indignação contra a corrupção, contra o abuso de autoridade, contra a impunidade. Alguma manipulação midiática foi observada também, com um rápido desvio do foco inicial das manifestações para outras pautas.

A estas alturas dos acontecimentos, os protestos pipocavam mesmo em cidades médias e pequenas do interior do país, transbordando das metrópoles e capitais para o Brasil profundo. Décadas de um longo ciclo de calado consentimento com violações de direitos fundamentais por diferentes níveis de governo foram interrompidas por um grito em alto e bom som por respeito e efetividade dos direitos fundamentais conquistados durante o processo constituinte da década de 80.

É claro que o ciclo de manifestações não foi imune a problemas e distorções. Episódios de vandalismo contra o patrimônio público e privado foram largamente registrados pela imprensa, bem como tentativas de “infiltração” de indivíduos ligados a grupos de direita ou declaradamente fascistas foram

denunciados por órgãos de imprensa marrom e por diferentes canais de mídia alternativa. Um problema paralelo a estes foi a própria cobertura da imprensa, pois a grande mídia também experimentou a sua dose de perplexidade diante dos fatos e alternou posturas de crítica às manifestações até editoriais que declaravam discreto apoio aos atos de protesto. A emergência de uma mídia alternativa, facilitada pelas redes sociais e pela disseminação dos fatos pelos próprios manifestantes via celular, acabou com o monopólio da grande imprensa na interpretação dos acontecimentos.

Embora seja importante registrar esses conflitos e contradições, nada disso retira a importância das manifestações de rua de junho e julho de 2013. Desde a derrubada do Presidente Collor após uma poderosa manifestação popular pelo impeachment ocorrido em 1992, o país nunca mais havia assistido a uma mobilização de massas no Brasil. Para entender esse surto de protestos, é preciso lembrar que o ciclo de governos nacionais liderados pelo Partido dos Trabalhadores, iniciado em 2003, tomou várias medidas de melhoria da distribuição de renda no país, retirando da linha da miséria milhões de pessoas. Tais programas, como o Bolsa Família e o Programa Minha Casa, Minha Vida, embora tenham trazido inequívocos incrementos à qualidade de vida das pessoas, aumentando seu poder de consumo, acabaram por deixar ainda mais claros os problemas estruturais da urbanização capitalista vivida pelo Brasil no século passado.

Quando se pôde, enfim, comprar uma geladeira, ficou claro para as famílias beneficiadas por esse incremento de renda, que era arriscado conectar esta geladeira a uma ligação clandestina de energia e a ausência de ligação regular à rede de fornecimento de energia elétrica passou a ser um problema muito mais claro do que quando não se tinha a geladeira. Da mesma forma, o jovem que conseguia comprar um tênis percebia o quanto é difícil mantê-lo limpo quando a rua em que se mora não tem pavimentação e vira lama quando chove. A família de classe média que conseguiu

comprar um carro beneficiada pelo IPI reduzido, ficava presa a congestionamentos intermináveis, já que a malha viária não foi alterada de forma significativa nas cidades brasileiras e ainda é a mesma de 1950 em vários municípios, ainda que o número de carros por habitante tenha crescido exponencialmente desde então. Todas as falhas estruturais dos serviços públicos, a irregularidade fundiária, a precariedade, ausência ou o sucateamento da infraestrutura ficaram muito mais claras para as classes médias e de menor renda no Brasil naquele período.

Como se vê, as vozes das ruas emergiram em um momento em que os projetos de distribuição de renda implementados no Brasil pelo Governo Federal (desde o programa “Fome Zero” do Presidente Lula até o atual “Bolsa Família”) tinham tido resultados tão expressivos, que, paradoxalmente, criaram as condições para os questionamentos a respeito de seus limites. A compreensão deste fenômeno é fundamental para os desdobramentos dos protestos de 2013, tanto em termos políticos quanto jurídicos. A partir do recrudescimento das manifestações de junho e julho o governo federal procurou dialogar com as demais instâncias de governo e com representantes dos próprios movimentos sociais, em uma jogada estratégica para a estabilização do projeto de governo e também para a recuperação da popularidade da Presidenta da República. Os fatos ocorridos nos anos seguintes, com a aceitação do processo de impeachment da Presidenta, no entanto, deixam claro que os protestos de 2013 acabaram sendo fermento para o impedimento da Presidenta, o que ocorre em definitivo em 2016, em um processo que, ainda que largamente questionado, produziu efeitos jurídicos, políticos e sociais inegáveis no Brasil.

Há que se compreender o ocorrido em meados de 2013 também em uma perspectiva histórico-jurídica mais ampla. Tal como já apontamos, o Brasil foi um país que, embora tenha sido o último país do mundo a abolir a prática do tráfico negreiro e da legalização da escravatura, viveu um processo relativamente rápido de incorporação formal e universalização de direitos de cidadania à

sua população⁷. A universalização do direito ao voto, a conquista de direitos trabalhistas em 1943 com a Consolidação das Leis do Trabalho, a conquista do direito a um sistema de saúde universal como o SUS e o acesso gratuito à educação fundamental são ótimos exemplos desse processo. Qualquer jurista apontaria a Constituição Federal de 1988 como uma das cartas constitucionais mais avançadas do mundo ao elencar de forma generosa os direitos fundamentais reconhecidos aos brasileiros. Emendas Constitucionais aprovadas a posteriori pelo Congresso Nacional ampliaram o rol de direitos sociais para incluir também o direito à moradia e o direito à alimentação como um direito social dos brasileiros.

O problema do acesso ao exercício dos direitos fundamentais no Brasil não está relacionado, portanto, à ausência de previsão constitucional ou de regulamentação legal. A legislação existe e é internacionalmente aclamada por seu teor progressista, como claramente dá exemplo o Estatuto da Cidade, lei federal 10.257/01 que estabeleceu as diretrizes para a política urbana brasileira em um sentido claramente comprometido com uma distribuição mais justa dos ônus e benefícios do processo de urbanização. O problema brasileiro está muito mais ligado à questão da efetividade dos direitos, já que sua distribuição é bastante seletiva, em um processo que Holston chamou de “cidadania diferenciada”⁸.

A pauta que emergiu das ruas em 2013, embora possa ser observada em uma perspectiva mais ampla como portadora de grande diversidade temática, e, portanto, de dispersão, tem um componente muito claro que ainda não foi devidamente analisado. Este elemento diz respeito à emergência do “direito à cidade” ou do “direito à cidade sustentável” tal como o mesmo foi introduzido no

⁷ Um abrangente estudo sobre esse tema foi realizado pelo antropólogo James Holston e publicado no livro *Cidadania Insurgente* em 2013. Ver HOLSTON, James. **CIDADANIA INSURGENTE: disjunções da democracia e da modernidade no Brasil**. São Paulo, Companhia das Letras, 2013.

⁸ Idem.

Estatuto da Cidade de 2001⁹. Ao estabelecer as diretrizes para a Política Urbana este diploma legal incluiu dentre os objetivos da política urbana brasileira a “garantia do direito a cidades sustentáveis, entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infraestrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações”. O conteúdo desta diretriz, e do próprio direito à cidade, merece uma análise mais detalhada, pela profunda relação que tem com as mobilizações ocorridas em meados de 2013 no país.

O direito coletivo à cidade sustentável abarca um feixe de direitos dos que vivem em cidades, já que a técnica legislativa de definição desse direito elencou expressamente o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infraestrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer como sendo o núcleo desse direito¹⁰.

Os bens coletivos mencionados na definição legal do direito à cidade tornam os habitantes das cidades titulares destes bens/direitos, que podem ser considerados como as “funções sociais da cidade”, tal como menciona a Constituição Federal ao preconizar, em seu artigo 182, que: “A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.” O direito à cidade, portanto, só pode ser compreendido a partir deste marco constitucional.

⁹ Para uma análise aprofundada das relações entre direito à cidade e as manifestações de 2013, ver: ALFONSIN, B. M.; GOLDENFUM, F. P. ; ROCHA, A. ; SIUFI, B. ; CAZANOVA, G. C. ; RIBEIRO, L. ; VIVIAN, M. ; GUIMARAES, V. . AS MANIFESTAÇÕES DE JUNHO DE 2013, O PROCESSO DE CONSTRUÇÃO DOS DIREITOS DE CIDADANIA NO BRASIL E O DIREITO À CIDADE. **REVISTA DE DIREITO DA CIDADE**, v. 7, p. p.71-90-90, 2015. Disponível em <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdc/article/view/15200/11634>> Acesso em 09/10/2018.

¹⁰ Para um estudo mais aprofundado da autora sobre o direito à cidade, ver ALFONSIN, Betânia. Direito à cidade sustentável na nova ordem jurídico-urbanística brasileira: emergência, internacionalização e efetividade em uma perspectiva multicultural. In WOLKMER, Antônio Carlos; LEITE, José Rubens Morato. **Os “novos” direitos no Brasil: natureza e perspectivas – uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas**. São Paulo: Saraiva, 2012.

Note-se que a questão do transporte, mote primeiro das jornadas de 2013, está no centro das funções sociais da cidade, integrando de forma indissociável o conteúdo do direito à cidade sustentável. Este direito implica o direito à mobilidade, a poder acessar o território da cidade como um todo, de forma a garantir a liberdade de ir e vir e de poder desfrutar do espaço público de forma livre e desembaraçada, independentemente de renda. Lembremos que em boa parte das cidades brasileiras, mesmo depois da redução da tarifa em vinte centavos as mobilizações continuaram, já que a pauta dos organizadores dos eventos, não era uma mera diminuição da tarifa, mas sim, a conquista do PASSE LIVRE.

Da mesma forma, as questões de acesso à terra urbana, à moradia e à infraestrutura também estiveram presentes nos protestos, especialmente daqueles que mobilizaram as populações atingidas por despejos necessários à abertura e ampliação de ruas e avenidas nas cidades-sede da Copa de 2014¹¹. Essas reivindicações estavam estreitamente ligadas ao núcleo do conteúdo jurídico-axiológico do direito à cidade, já que trouxeram à tona a própria questão da função social da propriedade, princípio fundamental a orientar a Política Urbana brasileira, tal como preconiza a Constituição Federal. Neste sentido, os protestos realizados em função da copa de 2014 trouxeram para o centro do debate as muitas violações de direitos humanos perpetradas por diferentes esferas governamentais para garantir a realização deste megaevento no Brasil. De fato, em um vexame internacional, o país foi denunciado

¹¹ Segundo informações do “Portal Popular da Copa e das Olimpíadas”, entre 150.000 e 170.000 pessoas podem ser despejadas em função da realização de obras necessárias para a realização dos dois megaeventos no Brasil. Os dados, ainda que imprecisos, impressionam e foram objeto de denúncia pela relatora do direito humano à moradia, Raquel Rolnik, no Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas. A ONU inclusive emitiu uma Resolução sobre a proteção do direito humano à moradia no contexto de megaeventos esportivos. Ao que parece, o Brasil ignorou uma boa parte das recomendações. Para mais informações ver http://www.portalpopulardacopa.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=367&Itemid=269 Acesso em 10/01/2014. Ver ainda o Blog da Relatoria das Nações Unidas pelo direito humano à moradia adequada: <http://raquelrolnik.wordpress.com/category/relatoria-da-onu/> Acesso em 10/01/2014.

junto às Nações Unidas pela forma violenta como vários dos despejos necessários às obras da Copa aconteceram.

O “direito à cidade”, ainda desconhecido do grande público e da imprensa, é um direito ao mesmo tempo coletivo, do qual são titulares todos/as os/as habitantes das cidades, como um direito *plural*, na medida em que abriga vários “direitos a serem exercidos na cidade”. Peter Marcuse¹² chama atenção para:

[...] a importância estratégica de vincular os direitos separados num movimento por um direito único que englobe a todos; uma implicação que começa com o desenvolvimento de coalizões, mas que na realidade é um movimento que une aqueles que, fundamentalmente, têm interesses comuns. As coalizões consistem em grupos que acordam apoiar os interesses separados dos demais para o benefício estratégico mútuo. Um movimento pelo direito à cidade une aqueles que contam com um interesse em comum, embora no início tenham prioridades práticas diferentes.

Analisadas as jornadas de 2013 sob essa perspectiva, pode-se afirmar que, ainda que a palavra de ordem “direito à cidade” não tenha surgido explicitamente durante os protestos, sem dúvida alguma o ciclo marcou a emergência do direito à cidade, enquanto feixe de direitos e como direito coletivo, na pauta de reivindicações da população brasileira. Essa faceta das manifestações precisa ser desvelada inclusive como forma de agregar conteúdo e reconhecer consistência jurídico-política aos eventos de 2013 e às vozes da cidade que aí se expressaram. Para o Direito Urbanístico Brasileiro, que tem a tutela do direito à cidade como seu objeto epistemológico central, ocorreu ali uma oportunidade única de difundir a agenda da Reforma Urbana e da luta pelo reconhecimento do direito à cidade como um direito humano no plano internacional.

Trazer à tona essa perspectiva analítica dos protestos oferece uma contribuição à interpretação dos fatos ocorridos em 2013, que

¹² MARCUSE, Peter. Os direitos nas cidades e o direito à cidade. In Cidades para tod@s: propostas e experiências pelo direito à cidade. Santiago do Chile: Habitat International Coalition, 2010, p. 91.

está, aliás, ainda hoje, claramente em disputa no Brasil. Como o direito à cidade está inscrito no ordenamento jurídico brasileiro sob a forma de DIRETRIZ da política urbana, com um conteúdo abrangente que implica inclusive o direito de participar dos processos de tomada de decisão sobre a cidade, a legitimidade dos protestos fica ainda mais marcada. Além disto, a anamnese do direito à cidade, com a riqueza com que este direito começava a se construir no país, tem consequências importantes: em primeiro lugar, faz com que os analistas sejam forçados a ver a cidade em sua totalidade e não como um conjunto de segmentos e de demandas estanques e fragmentadas; em segundo lugar, remete a análise às causas sistêmicas que fazem com que a cidade seja hoje uma “cidade para poucos”, diretamente relacionadas ao modelo de urbanização adotado pelo Brasil, estruturalmente excludente em função da centralidade do direito de propriedade no sistema jurídico que lhe dá suporte; e, finalmente, nos lembra que “outra cidade é possível” e que a cidade é também o espaço político em que os habitantes da urbe podem lutar pela própria transformação dela¹³ em uma “cidade para todos/as”, que talvez tenha sido a reivindicação de fundo daquelas mobilizações de 2013, ainda que a própria população que foi às ruas ainda não tivesse consciência da importância, do significado e da historicidade do movimento que protagonizou, mesmo que eivado de contradições, para o processo de construção dos direitos de cidadania no Brasil.

3. A Conferência Habitat III e a Nova Agenda Urbana.

O Brasil, como país, esteve bastante envolvido com o processo preparatório da Conferência HABITAT III, uma Conferência Internacional sobre Desenvolvimento Urbano que define, a cada

¹³ A propósito, ver HARVEY, David. A liberdade da cidade. In MARICATO, Ermínia. *et al. Cidades Rebeldes: passe livre e as manifestações que tomaram as ruas do Brasil*. São Paulo: Boitempo, 2013.

edição¹⁴, uma Agenda comum a ser observada pelos países membro da ONU após o evento. A Conferência HABITAT III aconteceu em Quito, em 2016, e teve como mote central dos debates preparatórios o reconhecimento do direito à cidade como um direito humano pelas Nações Unidas. Conforme explicitado anteriormente, a Conferência deveria aprovar a NOVA AGENDA URBANA a ser adotada pelos países membro das Nações Unidas pelos próximos 20 anos. A fim de organizar o debate a ser desenvolvido pelos países membro, as Nações Unidas definiram alguns temas chave, que foram divididos entre diversos grupos chamados "Policy Units". A Conferência foi preparada, então, através do debate realizado por 10 grupos, cada um deles debatendo uma dessas "Policy Units". O sucesso da discussão sobre direito à cidade já pode ser medido por aí: a Policy Unit n° 1, foi justamente chamado de "The right to the city and cities for all", sinal inequívoco do compromisso das Nações Unidas em debater o tema na Nova Agenda Urbana.

O documento que resultou da Policy Unit 1 tratou o direito à cidade como "um novo paradigma para o Desenvolvimento Urbano" e como "o centro da nova Agenda Urbana", além de reconhecer a cidade como "um bem comum". O texto final é claramente influenciado pela Carta Mundial do direito à cidade. Embora a Nova Agenda Urbana não tenha usado nenhuma dessas expressões, o documento final da polic yunit compõe os arquivos públicos da Conferência HABITAT III, podendo ser consultados por todos os países membro e por qualquer pessoa, comprovando a história de construção da Nova Agenda Urbana¹⁵ e, para nossos objetivos aqui, revelando a textura histórica do direito à cidade na Agenda HABITAT.

¹⁴ Para uma análise detalhada do processo de Conferências HABITAT e, muito especialmente, da Conferência HABITAT III, ver ALFONSIN, Betânia; SALTZ, Alexandre ; FERNANDEZ, Daniel ; VIVAN FILHO, Gerson TADEU ASTOLFI ; FACCENDA, Guilherme ; MULLER, Renata . Das ruas de Paris a Quito: o direito à cidade na Nova Agenda Urbana - HABITAT III. **REVISTA DE DIREITO DA CIDADE**, v. 9, p. 1214-1246, 2017.

¹⁵ Disponível em <<https://www2.habitat3.org/bitcache/f4c2da56e335b8c31f006c29e29973fd2efe7a6b?vid=587245&disposition=inline&op=view>> Acesso em

A forma como o direito à cidade foi incluído na NOVA AGENDA URBANA, ou seja, na plataforma resultante da Conferência HABITAT III foi bastante detalhada, contemplando muitos de seus componentes historicamente construídos.

Primeiramente, no entanto, são cabíveis duas observações de Direito Internacional Público. Em primeiro lugar, cumpre salientar que quaisquer Agendas/Plataformas/Declarações da ONU são documentos de laboriosa construção diplomática. É muito difícil construir um documento a ser firmado por mais de duzentos países de diferentes culturas, influenciados por distintas religiões, com realidades econômicas e políticas diversas. A construção de consensos é uma meta que faz com que muitas concessões sejam feitas em meio ao processo. Muitas vezes, o preço a pagar por um documento firmado por um número maior de países, é a obtenção de um documento mais genérico.

A segunda observação diz respeito ao valor legal atribuível a um documento como uma "agenda" internacional, no caso, à NOVA AGENDA URBANA. Segundo autores da área do Direito Internacional Público, documentos como a Plataforma resultante da HABITAT III são considerados "Soft Law", são fontes de Direito Internacional, mas não dotados de cogência. De acordo com Hildebrando Accioly¹⁶, um documento caracterizado como *Soft Law*, "em compensação, **exerce certa pressão política sobre os estados; se estes se conformarem com a pressão, uma prática pode desenvolver-se e resultar depois de algum tempo na consciência de que existe obrigação jurídica**(grifos do autor)". No mesmo sentido, para Lisiane Oliveira e Márcia Rodrigues, os documentos de Direito Internacional classificados como *Soft Law*, mesmo não sendo vinculante para os estados, "permitem regular temas complexos que dificilmente seriam ratificados de outra forma."¹⁷

¹⁶ ACCIOLY, Hildebrando *et al.* **Manual de Direito Internacional Público**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 171.

¹⁷ OLIVEIRA, Liziane Paixão Silva; BERTOLDI, Márcia Rodrigues. A importância do soft law na construção do direito internacional ambiental In: XIX Congresso Nacional do CONPEDI, 2010, Florianópolis. Anais do

De acordo com essas observações, os estados membro das Nações Unidas, ao participarem de um processo internacional como o processo preparatório à HABITAT III, assumem compromissos de natureza política, o que fica bastante claro, também, da leitura da agenda e das formas que ela estabelece para seu monitoramento. Embora o tema não seja o objeto central da investigação aqui apresentada, demonstra a relevância da agenda aprovada em Quito, em outubro de 2016.

No documento final da NOVA AGENDA URBANA, aprovado pelas Nações Unidas, o direito à cidade é mencionado expressamente uma única vez, embora de uma forma bastante significativa. Trata-se do parágrafo 11, aquele que abre a seção "Our shared vision", aqui trazido na versão em espanhol constante do site das Nações Unidas:

11. Compartilhamos uma visão de cidade para todos, referente à fruição e ao uso igualitários de cidades e assentamentos humanos, almejando promover inclusão e assegurar que todos os habitantes, das gerações presentes e futuras, sem discriminações de qualquer ordem, possam habitar e produzir cidades e assentamentos humanos justos, seguros, saudáveis, acessíveis, resilientes e sustentáveis para fomentar prosperidade e qualidade de vida para todos. Salientamos os esforços envidados por alguns governos nacionais e locais no sentido de consagrar esta visão, referida como direito à cidade, em suas legislações, declarações políticas e diplomas.¹⁸.

Para além da expressa referência ao direito à cidade e à expressão "cidade para todos", amplamente utilizada pelos movimentos sociais na campanha internacional pelo reconhecimento do direito à cidade, a Nova Agenda Urbana está plena de referências aos temas chave mais caros à campanha internacional que buscou o

XIX Congresso Nacional do CONPEDI, 2010. Disponível em <http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2012/10/2012_10_6265_6289.pdf> Acesso em 16/05/2017.

¹⁸Nova Agenda Urbana, versão em português. Disponível em: <<http://habitat3.org/the-new-urban-agenda>> Acesso em 13/06/2017.

seu reconhecimento pelas Nações Unidas. Tais temas foram tratados, ao longo da agenda, como princípios e como direitos, cobrindo amplamente o conteúdo do direito à cidade. Lá estão presentes: o direito à moradia como direito humano, o direito à sustentabilidade urbano-ambiental, o direito de acesso e usufruto equitativo do espaço público, o direito à participação popular nos processos de tomada de decisão e, finalmente, a proibição do retrocesso social. Este foi, portanto, um momento bem importante de afirmação internacional do direito à cidade.

4. A Medida Provisória 759/16 e sua conversão na lei 13.5465/17.

Apesar deste avanço no Direito internacional, o direito à cidade viveria um importante revés no plano do Direito Público Interno Brasileiro, nos anos de 2016 a 2017. No bojo de uma série de reformas aprovadas pelo Congresso Nacional após o impeachment da Presidenta Dilma, destaca-se a Reforma do Marco Legal da Terra, consolidada pela lei 13.465/17. Inicialmente apresentada sob a forma de Medida Provisória, a lei em questão modificou quatro regimes fundiários brasileiros, contendo disposições que alteram a regulação das Terras da Amazônia, das Terras pertencentes à União, da regularização fundiária rural e da regularização fundiária urbana.

Em termos jurídicos, há uma série de flagrantes inconstitucionalidades no texto legal, como um novo instituto chamado "legitimação fundiária" e que é tratado como uma nova forma de aquisição originária da propriedade, tanto pública quanto privada, sem estabelecer quaisquer requisitos de lapso temporal ou de área máxima, tais como os que se observam no Brasil para reconhecer a aquisição do condomínio pela via da usucapião. Por ser permitida a sua utilização em áreas públicas, entende-se que a lei 13.465/17 termina com a imprescriptibilidade dos bens públicos permitindo que um processo de tomada de terras públicas ocorra no

país¹⁹, o que pode aprofundar processos de privatização de florestas e terras devolutas que já estão em curso no Brasil.

Como uma questão de fundo, diretamente relacionada ao direito à cidade, importa sublinhar que a nova lei altera a concepção de regularização fundiária brasileira e consagrada no Estatuto da Cidade, passando a priorizar a mera titulação dos lotes e dando à urbanização das favelas brasileiras, central no modelo anterior, um papel totalmente secundário, praticamente opcional para o gestor público. A ênfase passa a ser aquela do paradigma peruano de titulação, construído a partir das ideias de Hernando de Soto²⁰.

Um dos indícios acerca dos reais objetivos da promulgação da lei, ligados à facilitação da tomada de terras públicas e da despossessão dos pobres no Brasil, é o fato de que a regularização fundiária se desvincula dos processos de planejamento urbano e do direito à cidade. A nova lei poderá servir para pavimentar o caminho jurídico para a financeirização da terra e da moradia no Brasil, facilitando processos de despejo em áreas ocupadas por população de baixa renda, bem como a gentrificação de tais áreas. É importante observar o fenômeno em sua totalidade, já que esta não foi uma reforma isolada de um contexto político mais amplo no qual a combinação de muitas reformas jurídicas de tom liberal fragilizam as políticas sociais capazes de garantir o pleno exercício de direitos humanos e, muito particularmente, do direito à cidade no Brasil.

5. Considerações finais

O direito à cidade, expressão cunhada por Henri Lefebvre em 1968, em Paris, não é hoje uma noção filosófica. Na ordem jurídico

¹⁹ No Brasil, a prática de tomada de terras públicas por particulares ficou conhecida como "Grilagem", dados os métodos de fraude praticados por particulares durante o período imperial para produzir títulos de propriedade sem correspondência com a situação fundiária realmente existente, forjando posses inexistentes e se aproveitando de brechas legais da Lei de Terras de 1850.

²⁰ Para conhecer a essência da Teoria de Hernando de Soto, ver: DE SOTO, Hernando. **O mistério do capital**: por que o capitalismo dá certo nos países desenvolvidos e fracassa no resto do mundo. Rio de Janeiro: Record, 2001.

urbanística brasileira é diretriz da Política Urbana regulada pelo Estatuto da Cidade e, no Direito Internacional, é compromisso assumido pelas Nações Unidas, dentre elas, o Brasil. Não se trata, portanto, de uma plataforma política de realização dos direitos humanos nas cidades, mas de uma categoria dotada de juridicidade.

No presente artigo, examinou-se um movimento pendular de afirmação do direito à cidade, já que nas manifestações de 2013 ele emerge fortemente como reivindicação, para depois desaparecer em um conjunto de manifestações dispersas e difusas, que acabaram por ser canalizadas para protestos anti-corrupção que redundaram no impeachment da Presidenta Dilma.

Após o impeachment, no entanto, dois movimentos contraditórios ocorreram, no que diz respeito ao reconhecimento e fortalecimento do direito à cidade no país: logo após firmar a NOVA AGENDA URBANA, em Quito, comprometendo-se com o direito à cidade para todos e todas, o Brasil implementou uma reforma do marco da terra no país, que volta a fortalecer o modelo proprietário em detrimento do direito à cidade²¹.

Tais movimentos jurídico-políticos paradoxais demonstram o quanto a inserção do direito à cidade na legislação brasileira não é suficiente para sua garantia. É necessária uma ampla mobilização por parte dos atores sociais comprometidos com o projeto de cidade para todos e todas para que tal direito se fortaleça e passe a ser efetivado no Brasil. Além disso, é preciso questionar o Poder Executivo por políticas públicas capazes de efetivá-lo, os Poderes Legislativos para que eliminem as leis que fragilizam o direito à cidade e, finalmente, o Poder Judiciário, para que reconheça a força normativa do novo paradigma do direito humano à cidade.

²¹ Acerca da disputa entre o "modelo proprietário" e a ordem jurídico-urbanística brasileira, ver análise de jurisprudência em estudo de caso sobre o TJRS em: ALFONSIN, B. M.; ROCHA, A. ; AMIN, L. A. ; CORTESE, V. A. B. ; PEREIRA, P. P. ; BERTHOLD, S. ; GOLDENFUM, F. . A ordem jurídico-urbanística nas trincheiras do Poder Judiciário / The legal-urban order in the judicial trenches. Revista Direito e Práxis, v. 7, p. 421-453, 2016. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/22951>> Acesso em 09/10/2018.

Referências:

ACCIOLY, Hildebrando *et al.* **Manual de Direito Internacional Público**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 171.

ALFONSIN, Betânia. Direito à cidade sustentável na nova ordem jurídico-urbanística brasileira: emergência, internacionalização e efetividade em uma perspectiva multicultural. In WOLKMER, Antônio Carlos; LEITE, José Rubens Morato. **Os “novos” direitos no Brasil: natureza e perspectivas – uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas**. São Paulo: Saraiva, 2012.

[ALFONSIN, B. M.](#); GOLDENFUM, F. P. ; ROCHA, A. ; SIUFI, B. ; CAZANOVA, G. C. ; RIBEIRO, L. ; VIVIAN, M. ; GUIMARAES, V. . AS MANIFESTAÇÕES DE JUNHO DE 2013, O PROCESSO DE CONSTRUÇÃO DOS DIREITOS DE CIDADANIA NO BRASIL E O DIREITO À CIDADE. **REVISTA DE DIREITO DA CIDADE**, v. 7, p. p.71-90-90, 2015. Disponível em <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdc/article/view/15200/11634>> Acesso em 09/10/2018.

[ALFONSIN, B. M.](#); ROCHA, A. ; AMIN, L. A. ; CORTESE, V. A. B. ; PEREIRA, P. P. ; BERTHOLD, S. ; GOLDENFUM, F. . A ordem jurídico-urbanística nas trincheiras do Poder Judiciário / The legal-urban order in the judicial trenches. *Revista Direito e Práxis*, v. 7, p. 421-453, 2016. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/22951>> Acesso em 09/10/2018.

ALFONSIN, Betânia; SALTZ, Alexandre ; FERNANDEZ, Daniel ; VIVAN FILHO, Gerson TADEU ASTOLFI ; FACCENDA, Guilherme ; MULLER, Renata . Das ruas de Paris a Quito: o direito à cidade na Nova Agenda Urbana - HABITAT III. **REVISTA DE DIREITO DA CIDADE**, v. 9, p. 1214-1246, 2017. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdc/article/view/29236>> Acesso em 09/10/2018.

DE SOTO, Hernando. **O mistério do capital**: por que o capitalismo dá certo nos países desenvolvidos e fracassa no resto do mundo. Rio de Janeiro: Record, 2001.

GRAFMEYER, Yves - **Sociologia Urbana**. Coleção SABER, Publicações Europa-América, 1994.

HARVEY, David. A liberdade da cidade. In MARICATO, Ermínia. *et al.* **Cidades Rebeldes: passe livre e as manifestações que tomaram as ruas do Brasil**. São Paulo: Boitempo, 2013.

HOLSTON, James. **CIDADANIA INSURGENTE: disjunções da democracia e da modernidade no Brasil**. São Paulo, Companhia das Letras, 2013.

MARCUSE, Peter. Os direitos nas cidades e o direito à cidade. In **Cidades para tod@s: propostas e experiências pelo direito à cidade**. Santiago do Chile: Habitat International Coalition, 2010.

OLIVEIRA, Liziane Paixão Silva; BERTOLDI, Márcia Rodrigues. A importância do soft law na construção do direito internacional ambiental In: XIX Congresso Nacional do CONPEDI, 2010, Florianópolis. Anais do XIX Congresso Nacional do CONPEDI, 2010. Disponível em http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2012/10/2012_10_6265_6289.pdf Acesso em 16/05/2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Habitat III**: nova agenda urbana. Disponível em: <<https://habitat3.org/about>>. Acesso em: 24 mar. 2017.

Portal popular da copa e da cidadania. http://www.portalpopulardacopa.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=367&Itemid=269 Acesso em 10/01/2014

ROLNIK, Raquel. Blog da Raquel Rolnik. Disponível em: <http://raquelrolnik.wordpress.com/category/relatoria-da-onu/> Acesso em 09/10/2018.

Uma análise dos direitos de personalidade

Daniela Courtes Lutzky¹

1. Introdução

Os direitos de personalidade compõem a esfera extrapatrimonial de todos os seres humanos e, inclusive, das nossas pessoas jurídicas como demonstrar-se-á ao longo do texto. Cabe, portanto, discutirmos a natureza jurídica desses direitos, ou seja, o que eles são para o ordenamento jurídico, bem como é objeto desse estudo as classificações que orientam o tema, e a qual a sugerida como mais adequada, com os respectivos fundamentos.

Por fim, ainda se traz à baila as formas de proteção desses direitos, tanto na esfera constitucional como infraconstitucional, tudo com o intuito de apontar caminhos para a reparação dos danos causados pela violação dos direitos de personalidade, que são os mais relevantes a todas as pessoas.

2. Dos direitos de personalidade e suas implicações

O Código Civil de 1916 não tratou dos direitos de personalidade, muito provavelmente porque o anteprojeto do Código foi redigido em 1899, por Beviláqua, momento histórico em que ainda não tinha ocorrido a divulgação dos referidos direitos. A

¹ Doutora em Direito pela PUC/RS. Advogada e professora. Daniela@jaegeradv.com.br

despeito de existir a tese de que os direitos de personalidade remontam a autores do século XVI, ainda no final do século XIX, a doutrina civilística questionava-se acerca dos contornos desses direitos, sendo que apenas uma minoria aceitava a existência e a autonomia destes últimos, definindo-os como aqueles que pretendiam tutelar o domínio sobre a própria esfera pessoal².

Poucos assuntos, em tão curto tempo, tiveram uma trajetória tão fulgurante quanto os direitos de personalidade, embora “relegados a uma tratativa tópica na codificação do final do século XIX, como no caso do BGB, ou mesmo ignorados pelo codificador, como no caso brasileiro, alcançaram o *status* de direito fundamental antes do final do século XX”³.

Importa reconhecer os direitos de personalidade⁴, porque são eles que, se violados, dão ensejo à reparação por danos imateriais, sem olvidar, nesse momento, o art. 52 do CC/02 que diz: “Aplica-se às pessoas jurídicas, no que couber, a proteção dos direitos da personalidade”⁵. Acerca do conteúdo do referido Artigo, agiu bem o Legislador ao não conferir às pessoas jurídicas direitos informados por valores inerentes à pessoa, mas sim ao permitir a aplicação, por empréstimo, da técnica de proteção da personalidade às pessoas jurídicas, uma vez que estas não têm todos os elementos justificadores da proteção à personalidade, apreciáveis em situações

² ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. Considerações sobre a tutela dos Direitos da Personalidade no Código Civil de 2002. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **O novo Código Civil e a Constituição**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 101-102.

³ Id., 2009, op. cit., p. 162.

⁴ De acordo com Alberto Trabucchi: “os direitos de personalidade são direitos essenciais que visam a garantir as razões fundamentais da vida da pessoa e o desenvolvimento físico e moral de sua existência, tendo por objeto modos de ser da mesma pessoa”. TRABUCCHI, Alberto. **Instituciones de Derecho Civil**. Trad. da 15. ed. italiana por Luis Martínez-Calcerrada. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1967. p. 105.

⁵ Vários autores são, todavia, contrários ao cabimento dos danos morais às pessoas jurídicas. Ver: MINOZZI, Alfredo. **Studio sul danno non patrimoniale (danno morale)**. Milano: Società Editrice Libreria, 1917. p. 41; TUHR, Andreas Von. **Derecho Civil**. Teoria General del Derecho Civil alemán. v. 1, t. 2. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1948. p. 115; LARENZ, 1978, op. cit., p. 169; SILVA, Wilson Melo da. **O dano moral e sua reparação**. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 650; ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas consequências**. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 219.

existenciais⁶. Soma-se a isso o conteúdo da Súmula 227 do STJ: “As pessoas jurídicas podem sofrer danos morais”.

Voltando às pessoas físicas, significa dizer, portanto, que, além dos direitos economicamente apreciáveis há outros, tão importantes quanto, inerentes ao sujeito, e ligados a este perpétua e permanentemente; desta forma, algumas prerrogativas individuais, inerentes à pessoa humana, foram sendo reconhecidas pela doutrina, pelo ordenamento jurídico e pela jurisprudência. São direitos inalienáveis, que estão fora do comércio e que, por certo, fazem *jus* a uma proteção legal.

Personalidade é o primeiro bem jurídico pertencente à pessoa: através da própria personalidade, pode-se adquirir e defender outros bens. Direitos de personalidade são faculdades jurídicas que têm por objeto os diversos aspectos da pessoa bem como as suas emanações e prolongamentos⁷. Destinam-se, a bem da verdade, a resguardar a dignidade da pessoa humana, preservando-a contra terceiros.

O dano à pessoa aparece como resposta a uma corrente *personalista* ou *existencialista* do Direito que, como um novo Renascimento, volta a colocar a pessoa humana como o centro das preocupações jurídicas.

A partir da repersonalização do Direito, o sujeito passou a ser mais valorizado e protegido, posto no centro como primeiro e como principal destinatário da ordem jurídica. A repersonalização do Direito evidencia que “o direito, não sendo um sistema lógico, como pretendia a jurisprudência conceptual, é, todavia, um sistema axiológico, um sistema ético a que o homem preside como o primeiro e mais imprescindível dos valores”⁸. Observa-se, então,

⁶ TEPEDINO, 2002, op. cit., p. 119.

⁷ FRANÇA, Rubens Limongi. Direitos da Personalidade I(verbete). **Enciclopédia Saraiva do Direito**. v. 28. São Paulo: Saraiva. 1977-1982. p. 140.

⁸ CARVALHO, Orlando de. **Para uma teoria geral da relação jurídica**. Coimbra: Centelha, 1981. p. 90.

que todo o Direito, independentemente da categoria, tem um radical antropocêntrico.

A personalidade humana, direito que representa a parte intrínseca do sujeito, só podia encontrar a sua efetiva proteção ao tornar-se uma cláusula geral pétrea. Por essa razão, não encontra proteção apenas no Código Civil⁹, mas também, e principalmente, na Constituição Federal, como no art. 5º, inciso X que traz: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra¹⁰ e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”¹¹.

Como se sabe, há duas categorias para os direitos de personalidade: os *inatos*, como o direito à vida e à integridade física e moral, e os *adquiridos*, que decorrem do *status* individual e existem porque o Direito Positivo assim os prevê¹². Os que compõem a Escola Positivista não aceitam a ideia da existência de direitos de personalidade inatos, tendo por fundamento que não há

⁹ O Código Civil de 2002 reservou novo capítulo aos direitos da personalidade (arts. 11 a 21), buscando, de acordo com Miguel Reale, “a sua salvaguarda, sob múltiplos aspectos, desde a proteção dispensada ao nome e à imagem até o direito de se dispor do próprio corpo para fins científicos ou altruísticos”. Prossegue o mesmo autor, afirmando que “tratando-se de matéria *de per se* complexa e de significação ética essencial, foi preferido o enunciado de poucas normas dotadas de rigor e clareza, cujos objetivos permitirão os naturais desenvolvimentos da doutrina e da jurisprudência”. REALE, Miguel. **O Projeto do novo Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 65. Ainda: “a escolha do Código, que é metodológica: não consagra um direito geral da personalidade, mas também não admite a leitura exegética que encontraria, em dez artigos, um rol taxativo de bens isolados ou desarticulados”. MARTINS-COSTA, 2003a, op. cit., p. 237.

¹⁰ Sobre a responsabilidade civil por dano à honra, sugere-se: MIRAGEM, 2005, op. cit.

¹¹ Silvana Cecília defende que o art. 5º, inciso X da CF/88, trabalha com uma responsabilidade objetiva, declarando que: “arriscamo-nos a afirmar, ter o legislador constitucional instituído uma modalidade de responsabilidade objetiva. Essa dicção é extraída do próprio texto constitucional que assegurou o direito à indenização pelo dano material [sic], tendo como pressuposto único: sua violação. O dispositivo constitucional demonstra-se autoaplicável, não fazendo qualquer referência à necessidade da constatação de culpa do agente violador — a chamada responsabilidade subjetiva”. LAMATTINA CECÍLIA, Silvana Louzada. A dignidade da pessoa humana como objeto da responsabilidade civil. In: NOVAES HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes; DIAZ FALAVIGNA, Maria Clara Osuna (coords.). **Ensaio sobre responsabilidade civil na Pós-Modernidade**. Porto Alegre: Magister, 2007. p. 399.

¹² Os direitos de personalidade adquiridos são aqueles que existem nos termos e na extensão de como o Direito os rege; já os inatos, como o direito à vida, à integridade física e moral, estão acima de qualquer condição legislativa.

personalidade decorrente da realidade psicofísica, mas apenas da concepção jurídico-normativa¹³. Já a Escola de Direito Natural, ao contrário, defende ferrenhamente direitos inerentes à pessoa humana, prerrogativas reconhecidas pelas legislações modernas.

Carlos Alberto Bittar¹⁴ sustenta lucidamente que caberia “ao Estado apenas reconhecê-los e sancioná-los em um ou outro plano do direito positivo (...) dotando-os de proteção própria, conforme o tipo de relacionamento a que se volte, a saber: contra o arbítrio do Poder Público ou as incursões de particulares”.

Alexandre dos Santos Cunha¹⁵, por seu turno, afirma que: “pode e deve o Direito regular a patrimonialização dos direitos de personalidade, indispensável que é à sociedade contemporânea”. Por *Direito* devemos entender o todo, senão a Lei Maior, e por *patrimonialização* pode-se identificar a necessidade de valorar danos causados a esses direitos de personalidade que, mesmo sem valor econômico imediato, passam a receber valor depois de não-respeitados.

Da violação da personalidade humana decorrem, direta e principalmente, danos não- materiais; dito de outra maneira, prejuízos de ordem biológica, espiritual, moral, que, por serem insuscetíveis de avaliação pecuniária, por não integrarem propriamente o patrimônio do lesado, podem ser compensados por uma obrigação pecuniária imposta ao lesante, e não exatamente indenizados. Pelo menos indiretamente, entretanto, podem resultar danos patrimoniais, isto é, prejuízos de ordem econômica que se refletem no patrimônio do lesado e que são suscetíveis de avaliação pecuniária, podendo ser estritamente indenizados, como acontece em casos de tratamentos decorrentes de uma ofensa corporal

¹³ DE CUPIS, Adriano. **Os Direitos da Personalidade**. Lisboa: Morais, 1961. p. 33.

¹⁴ BITTAR, Carlos Alberto. **Os Direitos da Personalidade**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003. p. 7.

¹⁵ CUNHA, Alexandre dos Santos. Dignidade da pessoa humana: conceito fundamental do Direito Civil. In: MARTINS-COSTA, Judith H. (org.). **A reconstrução do Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 261.

causadora de doença, ou de uma incapacidade para o trabalho, ou, ainda, de uma diminuição de clientela por conta de uma injúria ou difamação. Contudo, não se pode deixar de mencionar que: “são indenizáveis pela violação ilícita e culposa dos direitos e interesses legítimos de personalidade, nos termos gerais, tanto os danos presentes como os danos futuros”¹⁶, ou seja, aqueles que se ligam por uma situação elástica, com um dano atual, e que resultam de séria comprovação científica.

2.1 Da natureza jurídica dos direitos de personalidade

Para fins de introduzir o assunto, vale lembrar que o atual Código Civil traz, em seu artigo 2º que “a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida¹⁷; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”¹⁸. A despeito da expressa informação do Código Civil no sentido de que a personalidade só começa a partir do nascimento com vida¹⁹, há

¹⁶ CAPELO DE SOUZA, 1995, op. cit., p. 458-460.

¹⁷ De acordo com Caio Mário da Silva Pereira: “A personalidade jurídica, no nosso Direito, continuamos a sustentar, tem começo no nascimento com vida. Dois os requisitos de sua caracterização: o nascimento e a vida”. SILVA PEREIRA, Caio Mário da. **Instituições de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 219.

¹⁸ Trazida à baila a discussão de quando começam os direitos de personalidade, não se poderia deixar passar em branco o momento em que acabam tais direitos. Certo é que o Direito Civil atual não prevê nenhuma hipótese de perda da personalidade em vida, pois apenas com a morte acaba a personalidade jurídica, não significando a abolição disso a cassação de direitos políticos, prevista no art. 15 da CF/88. A questão, então, é quando ocorre a morte? Para o Direito, no momento da cessação das funções orgânicas, como a ausência de batimentos cardíacos, o fim dos movimentos respiratórios e da contração pupilar; para a ciência, é a partir da morte cerebral, tanto que depois desta é que pode ser feita a remoção de órgãos, de acordo com a Resolução CFM n. 1.480/97. Sobre o tema, cabe à lembrança do art. 14 do CC/02: “É válida com objetivo científico, ou altruístico, a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte”; na ausência dessa orientação, entra a vontade dos parentes, de acordo com a Lei n. 9.434/97, art. 4º.

¹⁹ Defendendo que a personalidade só começa a partir do nascimento com vida, ver: AMARAL, Francisco. **Direito Civil**: introdução. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 210.

quem entenda não ser essa a opinião dominante²⁰, defendendo ser o nascituro portador de personalidade e sujeito de direitos.

O próprio Código Civil de 2002 outorga ao nascituro direitos desde a concepção, como se pode concluir pelo parágrafo único do art. 1.609, pelo art. 1.779 e pelo art. 1.798. Então, para alguns, pode-se abandonar a antiga concepção genético-desenvolvimentista, dando ao nascituro e ao concepturo direitos de personalidade²¹ — não cabem aqui maiores digressões sobre o assunto, sob pena de desvirtuamento do foco.

Independentemente de quem seja o titular dos direitos de personalidade — se o nascituro ou apenas o nascido com vida —, importa saber qual é a natureza jurídica desses direitos.

A expressão *direitos de personalidade* não é pacífica dentre os estudiosos: por haver várias denominações, surge a controvérsia acerca da sua natureza jurídica. Apesar de ser predominante a denominação *direitos de personalidade*, consagrada por Gierke, “Windscheid e Campo Grande denominam-nos de direitos sobre a própria pessoa; Koehler, de direitos individuais; Rotondi, de direitos personalíssimos; Gangi e De Cupis, de direitos essenciais da pessoa”²².

Não foi pacífico, portanto, na doutrina²³, o estudo da natureza jurídica dos direitos de personalidade, e duas foram as controvérsias

²⁰ Nesse sentido, ver: BEVILÁQUA, Clóvis. **Teoria Geral do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1976. p. 85. Teixeira de Freitas já explicava que “todos os entes que apresentarem sinais característicos da humanidade, sem distinção de qualidades ou acidentes, são pessoas de existência visível”; porque são pessoas, têm personalidade e capacidade de Direito, com a devida representação. SCHIPANI, Sandro. **Augusto Teixeira de Freitas e il Diritto latino americano**. Padova: Cedam, 1988. arts. 35; 53; 221-226.

²¹ Eduardo de Oliveira Leite aduz que o Direito Civil brasileiro aponta que os codificadores adotaram a teoria concepcionista, para a qual o concepturo, o embrião e o nascituro são, desde a fecundação, seres humanos individualizados, distintos da mãe, e portadores de autonomia genético-biológica sendo, portanto, pessoa e sujeito de direitos. LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o Direito**. São Paulo: RT, 1995. p. 385. Nessa mesma linha de raciocínio: “O embrião e o nascituro constituem uma *spes personae*”. SZANIAWSKI, Elimar. O embrião excedente – O primado do direito à vida e de nascer. **Revista Trimestral de Direito Civil**, v. 8, p. 91, 2001.

²² SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de Personalidade e sua tutela**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 71.

²³ Para minuciar as discussões doutrinárias acerca da aceitação dos direitos de personalidade como um direito subjetivo, sugere-se: *Ibid.*, p. 72-80.

iniciais. A primeira consistiu em saber se os direitos de personalidade eram ou não direitos subjetivos; a segunda preocupou-se em responder qual é a natureza desses direitos subjetivos propriamente ditos.

Acerca da primeira controvérsia — de ser ou não direito subjetivo —, Fábio S. de Andrade²⁴ pontua que: “Em relação à natureza jurídica, os Direitos da Personalidade eram qualificados como sendo direitos privados, considerando-os como sendo direitos subjetivos — absolutos —, que deveriam ser por todos reconhecidos e observados”. Assegura-se assim um caráter não-patrimonial para esses direitos, reconhecendo-se, todavia, que eles podem ter um conteúdo patrimonial.

Por direito subjetivo público dos particulares entende-se o poder de os particulares exigirem do Estado ou de outras entidades públicas, investidas de soberania, “um determinado comportamento positivo ou negativo, por virtude de interesses próprios dos particulares tutelados diretamente por normas de Direito Público”, como regras de Direito Constitucional, Administrativo, Tributário e Processual. Outrossim, a Administração Pública, no exercício do seu *ius imperii*, resta obrigada a respeitar os direitos de personalidade previstos tanto em normas de Direito Público como em normas de Direito Privado²⁵.

Cabe aos Tribunais, face às especificidades das normas de Direito Público, não apenas respeitar como também assegurar a defesa de muitos *direitos subjetivos públicos* de personalidade, dentre os quais se podem citar: o direito de todas as pessoas de recusar legitimamente a sua colaboração para a descoberta judicial da verdade, quando a obediência significar violação da intimidade, da vida privada e familiar, da dignidade humana ou do sigilo profissional, ou causar dano à honra do recusante, de seu descendente ou ascendente, irmão ou cônjuge; bem como o direito

²⁴ ANDRADE, 2006, op. cit., p. 102.

²⁵ CAPELO DE SOUZA, 1995, op. cit., p. 586-587.

de os executados exigirem que a penhora judicial não recaia sobre objetos indispensáveis para a sua cama e vestuário ou sobre bens cujo valor seja tão pequeno que a penhora só sirva para fins vexatórios do executado. Os direitos subjetivos públicos dos particulares abrangem muitas posições jurídicas ativas das pessoas face ao Estado e a outros entes públicos, as quais, frequentemente, não incidem diretamente sobre a personalidade do titular desses direitos. Objetivam, sobretudo, a proteção de bens patrimoniais do titular do direito subjetivo público, o justo relacionamento obrigacional com os entes públicos e, igualmente, a busca das funções públicas associadas a direitos sociais e econômicos subjetivos juspublicísticos e direitos políticos individuais, não diretamente ligados à personalidade humana²⁶.

A tutela dos *direitos juscivilísticos* de personalidade, de acordo com Rabindranath de Souza²⁷, é feita por meio de sanções civis, como a responsabilidade civil, ao passo que a tutela dos *direitos subjetivos públicos* dos particulares é garantida por ações administrativas, como a anulação e a suspensão de atos administrativos. Assim, enquanto que a responsabilidade civil, por exemplo, vale para as relações paritárias entre particulares ou entre particulares e o Estado destituído do *ius imperii*, as previsões normativas geradoras de direitos públicos subjetivos dos particulares devem ser integradas no Direito Público, sempre pressupondo relações entre particulares e o Estado revestido do seu *ius imperii*, do que decorrerá uma autonomia regulativa e interpretativa. Conclui-se, pela fala do autor, que os direitos subjetivos públicos de personalidade, como, por exemplo, o direito que as pessoas têm de pedir ao Estado medidas de política habitacional ou de saúde legalmente fixadas, estão sob um regime bastante diverso do regime dos direitos juscivilísticos de

²⁶ CAPELO DE SOUZA 1995, op. cit., p. 587-588.

²⁷ Ibid., p. 589.

personalidade, não podendo, pelo menos em princípio, obter providências preventivas ou atenuadoras de sua lesão.

Adriano De Cupis²⁸, por sua vez, enfatiza que os termos *direitos personalíssimos* e *direitos pessoais* não servem para consubstanciar os direitos fundamentais, porque o primeiro serve para designar o que é *intuitu personae*; o segundo, para se referir aos direitos obrigacionais, o que nada tem a ver com os direitos de personalidade. Para o referido autor, o pressuposto para a existência de um direito subjetivo é a ocorrência de um dano que tenha por origem ou a culpa, ou alguma situação que gere a responsabilidade civil.

Superada a discussão, aceitando-se a corrente predominante²⁹ tanto nacional como internacional³⁰ que os direitos de personalidade efetivamente são direitos subjetivos, passa-se à análise dessa categoria de direitos, mas não sem antes recordar que os direitos de personalidade, como categoria de direito subjetivo³¹, são algo relativamente recente, como reflexo da Declaração dos Direitos do Homem, de 1789 e de 1948, das Nações Unidas, bem como da Convenção Européia de 1950. Hoje, portanto, é certo que os direitos de personalidade são direitos subjetivos.

²⁸ DE CUPIS, 1961, op. cit., p. 18, 32.

²⁹ Os autores brasileiros orientam-se no sentido de considerar os direitos de personalidade como direitos subjetivos. Dentro desse pensamento, Goffredo Telles Junior insere os direitos de personalidade na categoria de direitos subjetivos de primeiro grau, considerando a personalidade o primeiro bem de uma pessoa. Assim, o direito objetivo outorga à pessoa que tiver a sua personalidade atacada os meios de defendê-la tal como se defende qualquer bem. Igualmente Fábio Maria de Mattia se posiciona ao lado de Limongi França, adotando a sua concepção e a classificação dos direitos de personalidade. Ver: TELLES JUNIOR, op. cit., p. 315; MATTIA, Fábio Maria de. Direitos da Personalidade II. **Enciclopédia Saraiva do Direito**. v. 28. São Paulo: Saraiva, 1977-1982. p. 148.

³⁰ Nesse diapasão: RODRIGUES, 2002, op. cit., p. 64; DE CUPIS, 1961, op. cit.; MARTY, Gabriel; RAYNAUD, Pierre. **Droit Civil**. t. 1. v. 1: les obligations. Paris: Dalloz, 1963. p. 87; MORAES, Walter. Direito da personalidade. **Enciclopédia Saraiva do Direito**. v. 26. São Paulo: Saraiva, 1977-1982. p. 29.

³¹ De acordo com Elimar Szaniawski: “Os direitos de personalidade pertencem à categoria especial dos direitos subjetivos. As divergências, atualmente superadas, entre os autores que negam ou admitem esta categoria de direitos subjetivos, repousavam no fato de não haver uma concepção unânime acerca do conceito de direito subjetivo, resultando em tais controvérsias. Igualmente se revela superada a teoria que afirma possuírem os direitos de personalidade natureza positiva, segundo propunha De Cupis”. SZANIAWSKI, 2005, op. cit., p. 241.

Levando-se em conta a segunda controvérsia — a natureza jurídica dos recém comentados direitos subjetivos —, a corrente antiga e atualmente já abandonada aduz que os direitos de personalidade são direitos que o sujeito possui sobre a sua própria pessoa.

Aqueles que defendem³² que os direitos de personalidade são *direitos que o sujeito possui sobre a sua própria pessoa* aceitam que o *indivíduo* é considerado uma unidade física e moral, atuando em todas as suas faculdades físicas e morais, indistintamente, ao passo que o *objeto* de cada um dos direitos sobre a pessoa é uma manifestação determinada da personalidade humana, ou seja, uma manifestação especial da personalidade. Essa ideia surgiu do forte apego à antiga concepção romana que admitia a escravatura, que uma pessoa podia ser propriedade de outra, transformando-se em objeto de direito.

Contrariamente, Pontes de Miranda³³ defende que o direito de personalidade é um *direito nato*, por nascer juntamente com o indivíduo. Para o autor, é um direito subjetivo que consiste em se exercer os poderes que estão contidos no próprio conceito de personalidade, tendo por suporte fático o nascimento do homem. Pontes nega, veementemente, a doutrina que entende serem os direitos de personalidade direitos sobre a própria pessoa, pois, para ele, o indivíduo adquire a personalidade a partir do nascimento com vida, afastando-se, assim, da teoria concepcionista.

Considerar, outrossim, os direitos como uma categoria autônoma, *similar ao direito natural*³⁴, foi a defesa de Jacques Michel Grossen³⁵. É também relevante a ideia antiga, porém lúcida, de Vicente

³² Ver: GRANDE apud TOBENAS, José Castan. **Los Derechos de la Personalidad**. Madrid: Réus, 1952. p. 17.

³³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. v. 7, t. 2. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971a. p. 2, 13.

³⁴ Modernamente, o Direito Natural desenvolve-se sob o nome de Jusnaturalismo e é reconhecido como “expressão de princípios superiores ligados à natureza racional e social do homem”. BIANCA, C. Massimo. **Diritto civile: il contratto**. v. 1. Milano: Giuffrè, 1984. p. 19.

³⁵ GROSSEN, Jacques Michel. La protection de la personnalité en Droit Privée. **Revue de Droit Suisse**, n. 79, p. 101, 1960.

Paiva, ponderando a ligação dos direitos de personalidade com a dignidade da pessoa humana: “a primeira qualidade do homem, e que abrange todas as outras, é a de pessoa, da qual lhe resulta a dignidade moral e jurídica (...)”. E prossegue: “o direito de personalidade, pois, considerado objetivamente, compreende todas as condições necessárias para a conservação e desenvolvimento da personalidade, e para o reconhecimento e respeito da dignidade moral e jurídica do homem”. Paiva Neto ainda refere que os direitos que possuem um grau elevado de dignidade são facilmente perceptíveis e absolutos, pois só encontram limites no direito alheio³⁶.

Há quem prefira considerar os direitos de personalidade como *manifestações essenciais da personalidade*. A alegação é a seguinte: é impossível uma pessoa ser, ao mesmo tempo, sujeito e objeto, pois admitir essa possibilidade implicaria a legitimação do suicídio³⁷.

San Tiago Dantas³⁸ considera os direitos de personalidade como *direitos absolutos*, existindo, por via de consequência, a obrigação de todos os indivíduos em respeitá-los bem como um efeito *erga omnes*, isto é, o dever de os demais concidadãos honrarem a personalidade alheia. Há, ainda, quem assevere que os direitos de personalidade são direitos absolutos como os direitos reais, que estão fora da pessoa, na obrigação que tem a coletividade de não violar os direitos inerentes a qualquer pessoa, como uma obrigação negativa geral³⁹.

Existe também quem pregue que são direitos relativos a apenas uma ou a algumas partes da pessoa, e ainda há quem defenda que são direitos que estão fora da própria pessoa,

³⁶ PAIVA NETO, Vicente Ferrer. **Elementos de Direito Natural ou de Phillosophia de Direito**. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 1850. p. 52-53.

³⁷MESSINEO, Francesco. **Manual de Derecho Civil y Comercial**. t. 3. Buenos Aires: Jurídicas Europa-América, 1954. p. 5.

³⁸ DANTAS, San Tiago. **Programa de Direito Civil**. v. 1. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1979. p. 194.

³⁹ FERRARA, Francesco. **Trattado di Diritto Civile italiano**. Roma: Athenaeum, 1921. p. 85.

consubstanciando, desta maneira, uma obrigação negativa geral, no sentido de que a coletividade deve respeitá-los⁴⁰.

O peso para se encontrar a natureza dos direitos de personalidade pode decorrer, segundo Pierre Kayser⁴¹, pelo fato de a expressão *direitos de personalidade* poder ser empregada tanto para os direitos do homem e do cidadão como para os direitos naturais. O referido autor defende os direitos de personalidade como uma *aplicação* dos direitos subjetivos⁴², afirmando que tais direitos têm uma natureza especial para que outros direitos, que não os verdadeiramente de personalidade, não sejam com estes confundidos. Em síntese, para o autor, direito subjetivo é aquele que confere ao seu titular um determinado poder, ou seja, é um poder reconhecido aos particulares pelo direito objetivo.

A ideia de direitos do homem, cumpre referir, tem-se sedimentado progressivamente no âmbito do Direito Internacional, também com importantes repercussões na ordem jurídica interna. Por direitos do homem pode-se entender o “conjunto de direitos essenciais inerentes a todo o ser humano, pelo simples facto de existir, e reconhecidos pela ordem jurídica internacional na unidade e na variedade dos seus espaços territoriais, quer no plano civil e político quer ainda no plano econômico, social e cultural”⁴³; em outras palavras, há um certo parentesco entre os direitos de

⁴⁰ SZANIAWSKI, 2005, op. cit., p. 80. Salienta o autor que “muitos autores preferiram denominar os direitos de personalidade de direitos de propriedade imaterial. Incluíram, nesse âmbito e sob o nome de direito de personalidade, todos os direitos cujo objeto fosse incorpóreo. Outros, ainda, dentro dessa mesma corrente, entendiam que toda a lesão praticada contra um crédito ou contra a propriedade implicava, ao mesmo tempo, uma lesão ao seu titular, vindo daí a idéia de que os direitos de personalidade vêm intimamente ligados a todo Direito Privado”. Ibid., p. 82

⁴¹ KAYSER, Pierre. Les Droits de la Personnalité - aspects théoriques et pratiques. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, n. 3, p. 455-456, 1971.

⁴² No mesmo sentido, Rabindranath de Souza frisa: “Cremos que também nesta concepção será viável considerar o direito geral de personalidade como um direito subjetivo, pois a personalidade humana é um bem unitário afectado pelo art. 70º do Código Civil [português] aos fins juscivilisticamente tutelados do seu titular”. E em seu texto continua o autor, asseverando que: “Temos, pois, que o direito geral de personalidade é um insofismável direito subjectivo privado”. CAPELO DE SOUZA, 1995, op. cit., p. 611, 614.

⁴³ CAPELO DE SOUZA, 1995, op. cit., p. 590.

personalidade e os direitos do homem, mas não se pode negar aqui uma diferenciação. Há direitos do homem, em particular os denominados *civís*, que tutelam bens humanos também protegidos pelos direitos de personalidade, como a vida, a integridade física, a intimidade, entre outros, não se podendo olvidar, todavia, que o recurso a instâncias internacionais para a tutela dos direitos do homem está subordinado ao prévio esgotamento das vias de recurso internas, havendo, algumas vezes, um concurso de normas de direitos do homem e de direitos de personalidade que pesam sobre o mesmo bem da personalidade humana, prevalecendo as normas internacionais enquanto não se soluciona o conflito na esfera nacional. Por outro lado, como já foi sinalizado, há *diferenças* entre os direitos do homem e os direitos de personalidade. Assim, no que concerne à natureza e aos âmbitos dos objetos de tutela de cada um desses tipos jurídicos, há direitos do homem, em especial os políticos, cujo objeto não é protegido pelos direitos de personalidade, e há expressões de bens da personalidade humana tutelados por direitos de personalidade que não estão protegidos pelos direitos do homem, como em matéria de imagem, de autoria moral, de sentimentos e de aspirações; no que toca à interpretação e à integração, os direitos do homem têm de respeitar as regras do Direito Internacional Público aplicável — já os direitos de personalidade estão sujeitos às regras juscivilísticas gerais; no que diz respeito às sanções e aos mecanismos coercitivos, enquanto que os direitos do homem têm mecanismos coercitivos próprios e autônomos do Direito Internacional Público, os direitos de personalidade se valem, por exemplo, da responsabilidade civil⁴⁴.

Nicola Coviello⁴⁵, por sua vez, nega a existência dos direitos de personalidade, tendo por inconcebível aceitar que uma pessoa tenha direitos cujo objeto seria a sua própria pessoa.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 591-592.

⁴⁵ COVIELLO, Nicola. *Doctrina General del Derecho Civil*, n. 9, p. 27, 1949.

De acordo com Elimar Szaniawski⁴⁶, todavia, o melhor é descartar todas essas teorias “afirmando-se que o objeto dos direitos de personalidade não se encontra nem na própria pessoa nem externamente (...) mas nos bens constituídos por determinados atributos ou qualidades, físicas ou morais, do homem, individualizado pelo ordenamento jurídico”.

Cabe ressaltar agora que o objeto dos direitos de personalidade são projeções físicas ou psíquicas da pessoa ou as suas características mais importantes. As projeções da personalidade, as suas expressões, os seus atributos são bens jurídicos e se apoiam no Direito Positivo. Os direitos de personalidade conformam uma categoria especial, diferentemente tanto dos direitos obrigacionais como dos direitos reais, pois tutelam a essência da pessoa e as suas principais características. Desta forma, os objetos dos direitos de personalidade são os bens e os valores considerados essenciais para o ser humano. Observa-se, portanto, não haver confusão entre sujeito e objeto: a personalidade propriamente dita é o sujeito, e as suas várias qualidades são os bens jurídicos.

Analisada a natureza jurídica dos direitos de personalidade — que não é algo pacífico, porém ficou aqui esclarecida —, vai-se em busca da classificação desses direitos, aspecto que ainda suscita discordâncias.

2.2 Da classificação dos direitos de personalidade

Antes de adentrarmos propriamente na classificação dos direitos de personalidade, cabe examinar quais são as características próprias desses direitos. De acordo com o que dispõe o art. 11 do CC⁴⁷, com “exceção dos casos previstos em lei, os direitos de personalidade

⁴⁶ SZANIAWSKI, 2005, op. cit., p. 87.

⁴⁷ Judith Martins-Costa assegura que “a estrutura fala”, uma vez que tanto na Constituição Federal como no Código Civil, os direitos de personalidade estão situados bem no início dos respectivos Textos, proporcionando a chave de leitura dos demais princípios e das regras atinentes ao sistema geral de tutela à pessoa. MARTINS-COSTA, 2003a, op. cit., p. 233.

são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária”. Além dessas características, no entanto, ainda se pode apontar o fato de serem absolutos, ilimitados, imprescritíveis, impenhoráveis, inexpropriáveis e vitalícios.

Em apertada síntese, os direitos de personalidade são indisponíveis, a despeito de alguns atributos da personalidade admitirem a cessão de seu uso, a exemplo da imagem que pode ser explorada comercialmente, cabendo, inclusive, aos sucessores o direito de reparação pela ofensa a um desses direitos, conforme art. 943 do CC⁴⁸ de 2002.

O caráter absoluto é em razão de sua oponibilidade *erga omnes*, pois eles impõem a todos um dever de abstenção; ainda, são também absolutos porque são inerentes a toda a pessoa humana. Também, é ilimitado o número de direitos de personalidade, trazendo o Código Civil um rol apenas exemplificativo⁴⁹. São imprescritíveis, porquanto não se extinguem pelo uso e pelo decurso do tempo. Vale aqui a ressalva de que as ações de reparação por danos imateriais (pela lesão a um dos direitos de personalidade) estão sujeitas aos prazos prescricionais por terem um *caráter patrimonial*⁵⁰, ou seja, pelo fato de depois de ter havido a lesão a um bem, em princípio, sem valor econômico imediato, ser necessária a imputação de um valor a título de reparação do dano. É, portanto,

⁴⁸ Art. 943 do CC/02: “O direito de exigir a reparação e a obrigação de prestá-la transmitem-se com a herança”.

⁴⁹ Há direitos fundamentais não inseridos no art. 5º da CF/88. São, pois, exemplificativamente: art. 37, I (direito de acesso aos cargos públicos); art. 37, VI e VII (direito de greve dos servidores públicos); art. 41 (direito à estabilidade do cargo); art. 61, §2º (direito à iniciativa popular); art. 93, IX (direito à publicidade e fundamentação das decisões judiciais); art. 150 (limitações constitucionais ao poder de tributar); art. 220 (direito à manifestação do pensamento, criação, expressão e informação); art. 225 (direito ao meio ambiente); art. 226, §5º (direito à igualdade entre os cônjuges); art. 227, §6º (direito dos filhos ao tratamento igualitário e não-discriminatório); art. 228 (inimputabilidade penal). Então, resumidamente, os direitos e as garantias fundamentais se encontram: nos artigos 5 a 17 da CF/88; esparsos na Constituição, como o meio ambiente, decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Lei Maior (art. 5º, §2º da CF/88), e nos tratados e acordos internacionais. PIVA, 2009, op. cit., p. 26, 27.

⁵⁰ Nesse sentido, já decidiu o STJ. Ver: Revista do Superior Tribunal de Justiça, n. 71, p. 183.

prescritível a ação de reparação por danos imateriais, embora se trate de ofensa a direitos de personalidade.

Mais do que nunca, os direitos de personalidade são direitos da pessoa humana, desta indissociáveis – logo, são impenhoráveis e, pela mesma razão, não estão sujeitos à desapropriação⁵¹. O caráter de vitaliciedade existe, visto que acompanha a pessoa desde a concepção até a sua morte, podendo, por vezes, serem resguardados após a morte, como o respeito ao morto, por sua honra ou por sua memória.

Quanto à classificação encontram-se na doutrina várias classificações dos direitos de personalidade, umas mais sintéticas, outras mais analíticas. Observa-se que diversas são as formas de classificação em face da diversidade desses direitos. Com o objetivo de revisão bibliográfica, algumas serão trazidas à tona.

A primeira divisão a que se faz menção é a que divide os direitos de personalidade em *direitos gerais de personalidade* (categoria entendida de modo unitário, como um único direito que emana da personalidade) e *direitos de personalidade tipificados* (fracionamento da categoria em múltiplos tipos, dependendo do atributo da personalidade).

Nos direitos de personalidade tipificados, os referidos direitos são fracionados e tipificados em grupos fechados, dependendo do tipo de atributo da personalidade, caso em que são divididos em dois grupos: direitos de personalidade públicos e direitos de personalidade privados⁵², podendo ainda existir um terceiro ramo, o dos direitos de personalidade sociais.

⁵¹ Ressalva feita ao resultado dos direitos autorais.

⁵² Para Elimar Szaniawski: “a teoria tipificadora e fracionária, ao contrário do que sustentam seus adeptos, não possui cientificismo algum, contribuindo para o estabelecimento de um verdadeiro caos no que tange à classificação destes direitos. (...) os direitos privados de personalidade seriam os mesmos que os direitos públicos de personalidade, somente, considerados por outro ponto de vista. Enquanto os direitos de personalidade públicos seriam os direitos de personalidade inerentes à pessoa humana, qualificados como direitos fundamentais, tutelados pelas Convenções e Declarações Universais e pela Constituição de cada país, os direitos privados de personalidade constituem-se pelos direitos inerentes à pessoa humana que dizem respeito aos aspectos privados da personalidade, tutelados, tão-somente, pelo Código Civil ou por outra lei extravagante de natureza privada”.

Os públicos são aqueles previstos e tutelados pela Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão e pelas demais convenções internacionais, tendo por objetivo a defesa do indivíduo dos atentados praticados pelo próprio Estado ou a defesa da sociedade das agressões perpetradas por certos particulares. Já os privados fazem alusão aos aspectos privados da personalidade nas relações dos particulares entre si. E os sociais⁵³ são os originários da evolução de alguns direitos humanos de categoria social e econômica, como o direito à saúde, ao trabalho, à informação e ao silêncio⁵⁴.

Os direitos de personalidade privados, por seu turno, são agrupados em classes: I – direito à vida e à integridade física; II – direito sobre as partes destacadas do corpo e o direito sobre o cadáver; III – direito à liberdade; IV – direito ao resguardo (direito à honra, ao resguardo e ao segredo); V – direito à identidade pessoal (direito ao nome, ao sinal pessoal); VI – direito moral de autor⁵⁵.

Há quem defenda uma classificação mais flexível pela possibilidade de surgimento de novos direitos de personalidade, como Carlos Alberto Bittar⁵⁶, que considera que os direitos de personalidade se classificam em: a) direitos físicos; b) direitos psíquicos; c) direitos morais. Tal classificação, em um primeiro momento, considera a pessoa individualmente, destacando os seus dotes físicos ou atributos corporais – elementos extrínsecos da

Prossigue o autor, asseverando que: “contrariamente ao pensamento de grande número de autores brasileiros, inspirados nas lições dos irmãos Mazeud, não podemos aceitar uma divisão de direitos de personalidade em públicos e privados (...) a divisão dos direitos de personalidade em públicos e privados é matéria superada, não tendo bases sólidas de apoio. Nossa concepção de direitos de personalidade se aproxima da doutrina alemã e, de uma maneira especial, do pensamento do italiano Pietro Perlingieri. Somos, portanto, defensores da superação da distinção do Direito em Direito Público e Privado, somente aceitando essa divisão para fins didáticos e melhor colocação das disciplinas jurídicas em um quadro sistematizado para o ensino”. Ibid., p. 123-124; 244-245.

⁵³ Para Pierre Kayser, grande parte dos direitos de personalidade sociais são *falsos direitos de personalidade* por não corresponderem nem à noção, nem às características dos direitos de personalidade, e outros até correspondem à categoria, mas podem ser enquadrados ou como públicos, ou como privados. KAYSER, 1971, op. cit., p. 457.

⁵⁴ SZANIAWSKI, 2005, op. cit., p. 87.

⁵⁵ DE CUPIS, 1961, op. cit., p. 35.

⁵⁶ BITTAR, 2003, op. cit., p. 68-69.

personalidade. Depois disso, vêm os direitos psíquicos, atributos de inteligência ou do sentimento — elementos íntimos, intrínsecos. Por outro lado, há os direitos morais, as qualidades da pessoa em razão de sua valoração na sociedade — conceituação para a coletividade. São direitos físicos: direito à vida, à higidez corpórea, ao corpo, a partes do corpo (próprio e alheio), ao cadáver, à imagem e à voz. Entre os psíquicos: direito à liberdade (de pensamento, de expressão, de culto), à intimidade, à integridade psíquica, ao segredo. E, por último, os de cunho moral são: direito à identidade, à honra objetiva ou subjetiva, ao respeito (dignidade, sentimento das próprias qualidades morais), ao decoro e às criações intelectuais.

Em razão de toda essa variedade, o Código Civil preferiu apresentar um rol residual⁵⁷, tendo em vista que boa parte dos direitos de personalidade vem expressos na Constituição Federal como direitos fundamentais, como já foi mencionado nos pontos anteriores do presente estudo. Deve-se, contudo, mencionar, a título de sugestão, que uma boa classificação pode ser aquela que — frente à natural evolução do Direito que proporciona o surgimento de outros novos direitos de personalidade — permite uma lista provisória e apenas exemplificativa desses direitos, divididos em dois grandes grupos: direitos de personalidade públicos (buscam a defesa da pessoa contra danos causados pelo Estado ou tutelam a sociedade como um todo quando de danos causados por outros particulares) e direitos de personalidade privados (entram neste rol os direitos inerentes ao indivíduo e que tocam aspectos privados da personalidade). À medida que surjam desconhecidos e inéditos direitos, estes possam caber automaticamente em uma ou em outra classificação. Continua havendo, todavia, um problema de delimitação de fronteiras entre um e outro, pois são os mesmos

⁵⁷ De acordo com Sílvio R. Beltrão: “O tratamento dispensado pelo Novo Código Civil ao direito de personalidade demonstra que não estão compreendidas as figuras mais significativas, como os direitos à vida, ao desenvolvimento da personalidade e à liberdade. Verifica-se que os direitos que estavam disciplinados na Constituição Federal não são retomados, dando-se relevo no novo Código Civil às figuras que não se destacam perante uma Carta Política, como o direito ao nome e o direito à imagem”. BELTRÃO, 2005, op. cit., p. 49.

direitos tratados sob diferentes pontos de vista. Defende-se aqui a necessidade de uma classificação por se tratar de uma forma didática de se estudar e de se analisar o assunto.

Ainda sobre o assunto, cientes da problemática da classificação dos direitos de personalidade, busca-se demonstrar a atual proteção dedicada aos referidos direitos na Lei Maior.

3 Da atual tutela da personalidade na Constituição Federal de 1988

Ressalta-se, desde já, que o objetivo do tópico em análise diz respeito à proteção dos direitos fundamentais na Lei Maior, embora, em alguns momentos e sem maiores aprofundamentos, se faça menção às tutelas previstas no Código Civil.

A despeito de alguns direitos de personalidade estarem regulados na Constituição Brasileira de 1891, os referidos direitos eram de caráter político, sem a sensibilidade necessária à pessoa propriamente dita; assim, o Código Civil não regulava os direitos de personalidade com o intuito de não duplicar a Constituição, e a Lei Maior não regulava os direitos civis, pois o seu foco era a relação entre o Estado e o cidadão. Denota-se, então, que “o tratamento dispensado aos direitos da personalidade até a publicação do Código Civil de 2002 vinha inserido na Constituição Federal, apesar de esse direito *ser uma matéria suficientemente específica para dar origem a um novo ramo*” (grifo nosso); outrossim, na *Lex Mater* atual, a maior parte dos preceitos relativos aos direitos de personalidade é tratada como direitos e como garantias fundamentais. O referido esquema do Código Civil atual imita o Código Civil português e italiano, definindo apenas as características gerais e regulando alguns aspectos especiais dos direitos de personalidade — os principais direitos são, pois, mantidos na Constituição⁵⁸.

⁵⁸ BELTRÃO, 2005, op. cit., p. 45-46.

O certo é que a proteção dos direitos de personalidade pode dar-se de diversas formas, porque toda pessoa tem o direito de se proteger contra atentados voltados à sua personalidade.

Tem-se, agora, que adentrar na análise e no conteúdo da personalidade e de seus elementos, limitando-se essa verificação a atentados praticados por terceiros que dificultam o livre desenvolvimento da personalidade. Sem sombra de dúvida, esta última não deve ser tratada de maneira simplista.

A proteção da personalidade humana entrou no Direito brasileiro através da *iniura* e da respectiva *actio iniurarium*, isto é, uma cláusula geral de proteção da personalidade, vigendo de 1532 às vésperas do Código Civil de 1916⁵⁹.

Vale frisar também que o Código Civil de 2002 apresenta duas cláusulas gerais ligadas à tutela dos direitos de personalidade, presentes nos artigos 12 e 21 do CC. O primeiro Artigo refere que: “Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito de personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei”⁶⁰; e o segundo Artigo afirma que: “A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma”. De acordo com Gustavo Tepedino⁶¹, os dois dispositivos, isoladamente, não trazem grande novidade, pois não há dúvida de que a vida privada é constitucionalmente inviolável (art. 5º, *caput*, e X, CF) e que ameaças e lesões permitem tutela jurisdicional (art. 5º, XXXV, CF); no entanto, tais preceitos ganham significado quando interpretados como especificação analítica da cláusula geral de tutela da

⁵⁹ SZANIAWSKI, 2005, op. cit., p. 134.

⁶⁰ Fábio S. de Andrade aduz que “o artigo 12 não contém preceito expresso acerca da existência de um Direito geral da Personalidade, isto é, acerca da existência de um complexo de interesses relativo à esfera pessoal, que é merecedor de proteção, quando se verificar a incidência dos pressupostos estabelecidos pelo ordenamento”; no entanto, na sequência, ainda comenta o autor que: “Na doutrina brasileira, há quem considere desnecessária esta solução, em face do reconhecimento no Direito brasileiro da dignidade humana, prevista no artigo 1º da Constituição Federal”. ANDRADE, 2009, op. cit., p. 166-167.

⁶¹ TEPEDINO, 2002, op. cit., p. 117.

personalidade, consoante o art. 1º, III (dignidade como valor fundamental), 3º, III (igualdade) e 5º, §2º (possibilidade de expansão do rol dos direitos fundamentais). A partir disso, refere o autor, “deverá o intérprete romper com a ótica tipificadora seguida pelo Código Civil, ampliando a tutela da pessoa humana não apenas no sentido de admitir uma ampliação de hipóteses de ressarcimento, mas de maneira muito mais ampla, no intuito de promover a tutela da personalidade mesmo fora do rol de direitos subjetivos previstos pelo legislador codificado”.

Em codificações anteriores, as cláusulas gerais deram margem a desconfianças em razão do alto grau de discricionariedade atribuída ao intérprete, porque, ou eram consideradas letras mortas, ou ficavam na dependência de uma construção doutrinária que lhes atribuísse algum conteúdo não tão subjetivo. Desta feita, com o intuito de superar referida objeção, o Legislador contemporâneo procura construir normas que não prescrevem uma determinada conduta, mas que definem valores e parâmetros hermenêuticos, oferecendo ao intérprete os critérios axiológicos, bem como os limites para a aplicação de todas as outras disposições normativas. Dito de outro modo, “as cláusulas gerais do novo Código Civil poderão representar uma alteração relevante no panorama do Direito Privado brasileiro desde que lidas e aplicadas segundo a lógica da solidariedade constitucional e da técnica interpretativa contemporânea”⁶².

Da personalidade, portanto, irradiam direitos, pensando-se na personalidade como o ponto de apoio de todos os direitos e obrigações⁶³; ainda, deve-se lembrar que os direitos já mencionados e elencados no inciso X, do art. 5º da CF/88 são apenas o mínimo, outros podendo ser arrolados, de acordo com o já comentado §2º, do art. 5º da CF/88.

⁶² Id., 2003, op. cit., p. 12-13.

⁶³ Sobre a dignidade como valor ou princípio, sugere-se: ALVES, Cleber Francisco. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**: o enfoque da doutrina social da Igreja. Rio de Janeiro: Renovar, 2001; BARCELOS, 2002, op. cit.

Referidos direitos demonstram que o homem é sujeito de relações jurídicas que representam para o seu titular um valor, embora, intrinsecamente, sejam despidos de valor econômico imediato.

Correto é referir que os fundamentos do direito geral de personalidade têm por base duas ordens jurídicas: 1) uma, supranacional, composta pela Declaração Universal dos Direitos do Homem e pela Convenção de Haia, de 1993, exemplificativamente⁶⁴; 2) outra, nacional, representada pela Constituição Federal, que pode conter ou permitir uma cláusula geral de tutela da personalidade, seja formal como materialmente, como na Lei Fundamental da Alemanha⁶⁵ e da Espanha⁶⁶, ou a partir de vários princípios fundamentais sistematizados que trazem a dignidade da pessoa humana como núcleo central, como se dá na Lei Maior do Brasil.

A Constituição Brasileira de 1988 não traz uma cláusula geral expressa de proteção ampla à personalidade, além da dignidade da

⁶⁴ Igualmente pela Convenção Europeia dos Direitos do Homem, que só vincula os países-membros do Conselho da Europa, a mais antiga organização europeia, fundada no final da década de 40 e que abrange quase 50 países, ou seja, quase o dobro dos membros da União Europeia. Desta feita, para os países europeus, também há essa fonte, inexistente no Brasil, como fonte normativa.

⁶⁵ A Constituição alemã, além de trazer o princípio da dignidade da pessoa humana como princípio mãe, aponta uma cláusula geral de proteção da personalidade. A Lei Fundamental alemã traz nos seus artigos 1º e 2º que: “Art. 1º -1. A dignidade da pessoa humana é sagrada. Todos os agentes da autoridade pública têm o dever absoluto de a respeitar e proteger. 2. O povo alemão reconhece, pois, a existência de direitos do homem, invioláveis e inalienáveis, como fundamento de toda a comunidade humana, da paz e da Justiça do mundo.

3. (...)”. “Art. 2º - 1. Todos têm direito ao livre desenvolvimento da sua personalidade, nos limites dos direitos de outrem, da ordem constitucional e da ordem moral. 2. Todos têm direito à vida e à integridade física. A liberdade da pessoa é inviolável. Só a lei pode restringir estes direitos”.

⁶⁶ A Constituição espanhola, na mesma senda, traz, no seu art. 10, uma cláusula geral de tutela da personalidade. “Art. 10 - 1. A dignidade da pessoa humana, os direitos invioláveis que lhe são inerentes, o livre desenvolvimento da personalidade, o respeito pela lei e pelos direitos dos outros são fundamento da ordem política e da paz social. 2. As normas relativas aos direitos fundamentais e às liberdades reconhecidas pela Constituição serão interpretadas em conformidade com a Declaração Universal dos Direitos do Homem e os tratados e acordos internacionais sobre essas matérias ratificadas pela Espanha”.

pessoa humana⁶⁷. A vantagem de se ter uma cláusula expressa que garanta o livre desenvolvimento da personalidade, ao lado da dignidade, significa encerrar as discussões em torno da existência ou não de um direito geral de personalidade. Preferiu o Legislador Constituinte trazer direitos especiais de personalidade, como a vida, a igualdade, a intimidade e outros. Não se pode olvidar, no entanto, que de certa forma a Lei Maior absorveu a doutrina do direito geral de personalidade, ao adotar, no Título I, a dignidade da pessoa humana.

Está a dignidade humana entre os fundamentos constitucionais em defesa dos direitos de personalidade, de acordo com o art. 1º, III da CF/88. O artigo 5º, inciso X, por seu turno, traz, especificamente, os mais destacados, como a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, sendo assegurada a reparação por danos materiais e morais decorrentes da violação de algum desses direitos. Dito de outra maneira, o Direito brasileiro tem um sistema geral de proteção da personalidade, ao lado de direitos especiais de personalidade tipificados na Constituição, todos convivendo e atuando harmonicamente.

Uma vez inserido no ordenamento, por meio do art. 1º, inciso III da CF/88, o valor da dignidade torna-se, explicitamente, um princípio, uma norma de dever-ser, com caráter jurídico e vinculante.

Pode-se, portanto, entender e defender que a Constituição brasileira traz direitos e garantias individuais e coletivos e consagra a dignidade da pessoa humana como cláusula geral de tutela da personalidade. Outrossim, o princípio constitucional da igualdade perante a lei é a definição do conceito geral de personalidade como atributo de todas as pessoas, independentemente de sexo, de condição de desenvolvimento físico ou intelectual e de origem.

Há quem sustente que é a partir da composição de todas as normas constitucionais asseguradoras de direitos e de garantias fundamentais, com fulcro comum na dignidade da pessoa humana,

⁶⁷ No Brasil, devido às peculiaridades que caracterizaram nossa experiência jurídica, um alcance similar ao formulado pela Lei Fundamental alemã só veio a ocorrer mais recentemente, com a promulgação da Constituição de 1988 e com a superação democrática do período ditatorial militar.

que se torna possível compreender o direito ao livre desenvolvimento da personalidade como “princípio geral do Direito brasileiro”⁶⁸, embora não haja, em nossos Textos Legais, referência expressa a isso. Eros Grau⁶⁹ sustenta que: “os princípios gerais de direito não são resgatados fora do ordenamento jurídico, porém descobertos no seu interior”.

Segredo não é que a dignidade da pessoa humana é a coluna mestra na Constituição brasileira (art. 1º, inciso III), mas os demais princípios fundamentais perfazem as colunas de sustentação de todo o sistema jurídico, a exemplo de toda a pessoa poder possuir um patrimônio mínimo, de toda a pessoa ter direito à saúde, ter direito de possuir uma família e planejá-la. Referidos princípios dão corpo ao direito geral de personalidade e informam os direitos especiais de personalidade. Vê-se, portanto, a dignidade como um supraprincípio, ou seja, a chave de leitura e interpretação tanto dos demais princípios como dos direitos e das garantias fundamentais da Lei Maior.

Sem sombra de dúvida, a dignidade humana é o núcleo essencial dos direitos fundamentais uma vez que se encontra, em regra, imune a restrições, pois uma violação a esse núcleo essencial será sempre considerada desproporcional⁷⁰. Desta forma, pode-se pensar em proteção dos direitos de personalidade mediante a tutela da dignidade da pessoa humana, operando esta última como “limite dos limites”⁷¹.

Helmut Coing⁷² defende o princípio da dignidade humana sob dois aspectos: no primeiro, a dignidade diz respeito à proteção da pessoa quanto à sua integridade, significando impedir ofensas

⁶⁸ LUDWIG, 2002b, op. cit., p. 292. Por certo “princípio geral de Direito brasileiro” não no sentido de ser usado subsidiariamente, nos termos do art. 4º da LICC.

⁶⁹ GRAU, Eros Roberto. **O Direito Posto e o Direito Pressuposto**. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 46.

⁷⁰ Adotando a mesma ideia, CALIL DE FREITAS, Luiz Fernando. **Direitos Fundamentais**. Limites e restrições. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 220 e ss.

⁷¹ SARLET, Ingo W. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 136-137.

⁷² COING, Helmut. **Elementos fundamentais da Filosofia do Direito**. Trad. de Elisete Antoniuk. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002. p. 246-247.

físicas e psíquicas contra a pessoa, no sentido do *neminem laedere*, no segundo, ela pode ser considerada sob o aspecto de se respeitar a pessoa como ser intelectual, isto é, de garantir ao indivíduo o direito de ir e vir, de escolher um lugar para viver, tudo em um exercício de cidadania.

Constitui-se a dignidade, a bem da verdade, em uma conquista que a pessoa realizou com o passar do tempo, surgida para combater a crueldade e as atrocidades perpetradas pelos próprios humanos, uns contra os outros⁷³.

Ingo Sarlet⁷⁴ diz que se pode afirmar, com relativa certeza, que “a busca de uma proteção eficaz da dignidade da pessoa de longe ainda não encontrou uma resposta suficientemente satisfatória para todos e se constitui em permanente desafio para aqueles que, com alguma seriedade e reflexão, se ocuparem do tema”.

Pelo exposto e uma vez entendido e aceito que a reparação de danos pode ser um direito fundamental, seja pelo caminho da dignidade da pessoa humana, seja pela criação de uma norma específica para tanto, formal ou materialmente, proposta que se traz à luz de toda a doutrina ventilada, deve-se obrigatoriamente mencionar que o art. 6º, §4º, IV da CF/88 coloca os direitos e as garantias individuais como o núcleo essencial e imodificável da Lei Maior.

A respeito disso, é oportuno o comentário de Manoel Gonçalves Ferreira Filho⁷⁵ que ressalta que a proteção das cláusulas pétreas não significa a proibição de todo o tipo de modificação nessas matérias, mas apenas a proibição de emendas que queiram abolir referidos conteúdos, sendo possível à emenda “(..)

⁷³ RIZZATTO NUNES, Luiz Antonio. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 48.

⁷⁴ SARLET, 2010, op. cit., p. 162.

⁷⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 288. No mesmo sentido: DIMOULIS, Dimitri. O art. 5º, §4º, da CF: dois retrocessos políticos e um fracasso normativo. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; LORA ALARCÓN, Pietro de Jesús (coords.). **Reforma do Judiciário analisada e comentada**. São Paulo: Método, 2005. p. 116.

reequacioná-los, modificá-los, alterar suas condições ou efeitos, pois isso não é vedado pelo texto constitucional”.

A proteção dos direitos de personalidade se dá, portanto, por meio da previsão da dignidade humana como princípio norteador, considerada, que pode ser, como cláusula geral da tutela dos referidos direitos, sem a existência de outra cláusula geral com semelhante conteúdo; soma-se a isso a tutela que o inciso IV do parágrafo 4º do art. 6º da CF/88 traz, reconhecendo-a como cláusula pétrea.

Interpretando-se o inciso IV do § 4º do art. 6º da CF/88, têm-se que são cláusulas pétreas os direitos e as garantias individuais, então como ficam os coletivos? Igualmente protegidos por essa norma? Por certo que sim: conferida uma leitura restritiva e literal a esse inciso IV, até mesmo os direitos coletivos do rol do art. 5º estariam de fora do manto protetivo das cláusulas pétreas, com o que não se pode concordar, em absoluto, até mesmo pela interpretação sistemática do ordenamento⁷⁶. Pensar de forma restritiva afastaria, inclusive, os direitos sociais (arts. 6 a 11), os direitos de nacionalidade (arts. 12 e 13) e os direitos políticos (arts. 14 a 17) da proteção do inciso IV, §4º do art. 6º da CF/88, situação que este estudo não se propõe nem a discutir⁷⁷.

Como bem assevera Otávio Piva⁷⁸: “se assim é, a proteção das cláusulas pétreas não está restrita ao disposto em determinado artigo (art. 5º) ou mesmo lançado em certo Título (Título II) da Constituição, mas protege também os demais artigos cuja *matéria* tratada seja considerada como direito ou garantia fundamental” (grifo no original). Depreende-se, portanto, que é a *matéria* da reparação de danos imateriais carente de proteção para alcançar o *status* merecido e para receber a proteção necessária, porque trabalha diretamente

⁷⁶ De acordo com esse pensamento: FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Do Processo Legislativo**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 290.

⁷⁷ Igualmente negando a interpretação restritiva do inciso IV do §4º do art. 6º da CF/88, ver: SARLET, 2009, op. cit., p. 402 e ss.

⁷⁸ PIVA, 2009, op. cit., p. 37.

com a violação de direitos fundamentais; com isso, reforça-se o argumento da necessidade da inclusão dessa reparação no rol dos direitos fundamentais, direta ou indiretamente.

Em um grande número de decisões, observa-se ainda vigente a noção arcaica de que somente o Código Civil, e não a Lei Maior, aplica-se ao Direito Privado, representando a perspectiva constitucional, nesse particular, uma corrente francamente minoritária, situação que se pretende ser revista.

Ao se fazer a pesquisa em julgados da Corte brasileira mais alta, constata-se, com pesar, que as menções feitas ao termo *personalidade* discutem a natureza das pessoas jurídicas, se públicas ou privadas, porém não adentram o tema mais pertinente, qual seja, quais são os valores que irradiam da pessoa humana. Igualmente causa estranheza reconhecer que as exceções encontradas no STF pertencem ao período anterior à promulgação da atual Constituição. A primeira de tais decisões data de 02 de janeiro de 1951, tendo como relator o Ministro Orosimbo Nonato, que reconheceu a inalienabilidade dos direitos de personalidade envolvidos em um caso específico de fiança sem outorga uxória⁷⁹; o segundo julgamento deu-se em 28 de junho de 1984, resultando na seguinte ementa:

Direito ao recato ou à intimidade. Garantia constitucional. Interceptação de comunicação telefônica. Captação ilegítima de meio de prova. Art. 153, §9º, da Constituição. Art. 332 do Código de Processo Civil.

Infringente da garantia constitucional do direito da personalidade, moralmente ilegítimo é o processo de captação de prova, mediante a interceptação de telefonema, à revelia do comunicante, sendo, portanto, inadmissível venha a ser divulgada em audiência de processo judicial, de que nem sequer é parte. (...) ⁸⁰

Por outro lado, a jurisprudência do STJ está mais próxima do modelo mais afinado com os objetivos do presente estudo, tendo a

⁷⁹ RE 16.934, STF, 2ª Turma, rel. Min. Orosimbo Nonato, j. em 02.01.1951, DJ de 13.09.1951.

⁸⁰ RE 100.094/PR, STF, 1ª Turma, rel. Min. Rafael Mayer, j. em 28.06.1984, DJ de 24.08.1984.

seu favor a égide da Constituição Federal de 1988. São bastante mais frequentes as referências aos direitos de personalidade nos julgados dessa Corte, evidenciando, deste modo, uma linha de pensamento mais arejada em relação aos valores constitucionais, a despeito de estarem ligados, em regra, ou a direitos autorais, ou à violação, pela imprensa, da honra ou da imagem⁸¹.

Desta forma, verifica-se que, por enquanto, ainda não há como se falar no reconhecimento integral de um direito geral de personalidade pelos Tribunais Superiores brasileiros. No entanto, alguns Tribunais estaduais, como o TJRS, têm notável força criadora dentro do Brasil. O resultado obtido após análise no TJRS foi bem mais profícuo, o que se deve, precipuamente, a duas razões: a perspectiva constitucional do Direito Privado vem reconhecida em vários acórdãos tanto em relação à proteção da imagem e da honra pessoais, com menção expressa ao art. 5º, X da CF/88⁸², como quando se identifica a existência de uma tensão entre princípios constitucionais díspares, partindo-se para uma solução que satisfaça às peculiaridades do caso concreto⁸³ — uma inegável conquista em relação à jurisprudência dominante no resto do País; também, pelo

⁸¹ Quanto à violação pela imprensa de direitos de personalidade, como o direito à honra e à imagem, embora haja dispositivo constitucional específico de tutela (art. 5º, X, da CF/88), não são todos os acórdãos que partem dessa perspectiva. Sem mencionar a Constituição, cita-se: REsp 58.101/SP, STJ, 4ª Turma, rel. Min. César Asfor Rocha, j. em 16.09.1997, DJ de 09.03.1998, in RSTJ n. 104, p. 326; REsp 109.470/PR, STJ, 3ª Turma, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. em 15.12.1997, DJ de 21.06.1999; REsp 192.786/RS, STJ, 3ª Turma, rel. Min. Nilson Naves, j. em 23.11.1999, DJ de 27.03.2000. Por outro lado, alegando violação do art. 5º, X, da CF/88 pelo art. 52 da atualmente revogada Lei de Imprensa, n. 5.250/67, cita-se: REsp 85.019/RJ, STJ, 4ª Turma, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. em 10.03.1998, DJ de 18.12.1998.

⁸² Por exemplo, no julgamento da AC 598.532.414, Porto Alegre, TJRS, 5ª Câmara Cível, rel. Des. Clarindo Favretto, j. em 23.09.1999.

⁸³ Foi o que ocorreu, por exemplo, nos seguintes julgados: AC 596.142.562, Canoas, TJRS, 5ª Câmara Cível, rel. Des. Araken de Assis, j. em 22.08.1996; AC 597.035.849, Arroio do Meio, TJRS, 5ª Câmara Cível, rel. Des. Araken de Assis, j. em 27.03.1997. Nos dois casos, houve um conflito entre o direito à imagem e à honra e a liberdade de expressão e crítica (art. 5º, IV da CF/88). De acordo com o que já foi visto no presente estudo e segundo Alexy, deve-se buscar a ponderação entre esses direitos e garantias fundamentais em aparente conflito, a fim de averiguar qual prevalecerá no caso concreto.

alcance, bem mais alto⁸⁴, dado aos direitos de personalidade, não se limitando à proteção dos direitos autorais, da imagem ou da honra. Certamente, o poder criador, característico do TJRS, tem papel indiscutível na atividade hermenêutica de reconhecimento dos mais variados tipos de manifestações do direito de personalidade, em especial no âmbito jusprivado⁸⁵.

Todo esse pensamento mais congruente e adequado atingiu o seu auge em uma decisão proferida pelo próprio TJRS, ao julgar um pedido de retificação de registro civil feito por um transexual⁸⁶:

É preciso, inicialmente, dizer que homem e mulher pertencem à raça humana. Ninguém é superior. Sexo é uma contingência. Discriminar um homem é tão abominável como odiar um negro, um judeu, um palestino, um alemão ou um homossexual. As opções de cada pessoa, principalmente no campo sexual, hão de ser respeitadas, desde que não façam mal a terceiros.

O direito à identidade pessoal é um dos direitos fundamentais da pessoa humana. A identidade pessoal e a maneira de ser, como a pessoa se realiza em sociedade, com seus atributos e defeitos, com suas características e aspirações, com sua bagagem cultural e ideológica, é o direito que tem todo o sujeito de ser ele mesmo. A identidade sexual, considerada como um dos aspectos mais importantes e complexos compreendidos dentro da identidade pessoal, forma-se em estreita conexão com uma pluralidade de direitos, como são aqueles atinentes ao livre desenvolvimento da personalidade etc.

Para dizer assim, ao final: se bem que não é ampla nem rica a doutrina jurídica sobre o particular, é possível comprovar que a temática não tem sido alienada para o Direito vivo, quer dizer, tem sido buscado e correspondido e atendido pelos juízes, na falta de

⁸⁴ Os direitos de personalidade são utilizados como fundamento decisório em casos bastante distintos como: ilicitude do cadastramento do cliente bancário em razão da devolução de cheque com fundos suficientes (AC 597.113.257, Porto Alegre, TJRS, 5ª Câm. Cível, rel. Des. Araken de Assis, j. em 07.08.1997); indenização por danos morais causados pelo fornecimento de produto impróprio ao consumo humano bem como por danos à saúde oriundos de ingestão daquele (AC 597. 261.874, Pelotas, TJRS, 4ª Câm. Cível, rel. Des. Araken de Assis, j. em 13.05.1998), dentre outros.

⁸⁵ LUDWIG, 2002b, op. cit., p. 298-299.

⁸⁶ AC 593.110.547, Porto Alegre, TJRS, 3ª Câm. Cível, rel. Des. Luiz Gonzaga Pilla Hofmeister, j. em 10.03.1994.

disposições legais e expressa. No Brasil, aí está o art. 4º da Lei de Introdução do Código Civil, a permitir a equidade e a busca da Justiça. Por esses motivos, é de ser deferido o pedido de retificação do registro civil para alteração de nome e de sexo.

O que se pode ler do julgado acima transcrito é que a expressa referência ao direito ao livre desenvolvimento da personalidade, com argumentos, ainda que não arquitetados propositadamente, de inspiração kantiana, demonstra a aplicação de um princípio que vige no ordenamento jurídico; ainda, embora este último esteja submerso em seu interior, apenas aguarda, nos termos utilizados por Eros Grau⁸⁷, ser integralmente *descoberto*. Acaba, portanto, sendo tarefa da jurisprudência, descobrir e trabalhar todas as potencialidades do tema.

Uma vez violados os direitos fundamentais, com ênfase nos direitos de personalidade, por certo cumpre-nos pensar na responsabilidade civil e seu papel, pois é por meio da ação de reparação de danos que o lesado consegue, ainda que não completamente, ver-se compensado pelo prejuízo, ainda que imaterial.

4. Considerações finais

Além dos direitos economicamente apreciáveis há outros, tão importantes quanto, inerentes ao sujeito, e ligados a este perpétua e permanentemente; desta forma, algumas prerrogativas individuais, inerentes à pessoa humana, foram sendo reconhecidas pela doutrina, pelo ordenamento jurídico e pela jurisprudência. São direitos inalienáveis, que estão fora do comércio e que, por certo, fazem *jus* a uma proteção legal.

Personalidade é o primeiro bem jurídico pertencente à pessoa: através da própria personalidade, pode-se adquirir e defender outros bens. Direitos de personalidade são faculdades jurídicas que

⁸⁷ GRAU, 1998, op. cit., p. 46.

têm por objeto os diversos aspectos da pessoa bem como as suas emanções e prolongamentos

Pode-se concluir que a corrente predominante tanto nacional como internacional sustenta que os direitos de personalidade efetivamente são direitos subjetivos; ou seja, que o objeto dos direitos de personalidade são projeções físicas ou psíquicas da pessoa ou as suas características mais importantes. As projeções da personalidade, as suas expressões, os seus atributos são bens jurídicos e se apoiam no Direito Positivo. Os direitos de personalidade conformam uma categoria especial, diferentemente tanto dos direitos obrigacionais como dos direitos reais, pois tutelam a essência da pessoa e as suas principais características.

Em razão de toda a variedade de classificações dos direitos de personalidade, o Código Civil preferiu apresentar um rol residual, tendo em vista que boa parte dos direitos de personalidade vêm expressos na Constituição Federal como direitos fundamentais

Mencionou-se, contudo, a título de sugestão, que uma boa classificação pode ser aquela que — frente à natural evolução do Direito que proporciona o surgimento de outros novos direitos de personalidade — permite uma lista provisória e apenas exemplificativa desses direitos, divididos em dois grandes grupos: direitos de personalidade públicos (buscam a defesa da pessoa contra danos causados pelo Estado ou tutelam a sociedade como um todo quando de danos causados por outros particulares) e direitos de personalidade privados (entram neste rol os direitos inerentes ao indivíduo e que tocam aspectos privados da personalidade). À medida que surjam desconhecidos e inéditos direitos, estes possam caber automaticamente em uma ou em outra classificação. Continua havendo, todavia, um problema de delimitação de fronteiras entre um e outro, pois são os mesmos direitos tratados sob diferentes pontos de vista. Defendeu-se aqui a necessidade de uma classificação por se tratar de uma forma didática de se estudar e de se analisar o assunto.

A Constituição Brasileira de 1988 não traz uma cláusula geral expressa de proteção ampla à personalidade, além da dignidade da

pessoa humana. A vantagem de se ter uma cláusula expressa que garanta o livre desenvolvimento da personalidade, ao lado da dignidade, significa encerrar as discussões em torno da existência ou não de um direito geral de personalidade. Preferiu o Legislador Constituinte trazer direitos especiais de personalidade, como a vida, a igualdade, a intimidade e outros. Não se pode olvidar, no entanto, que de certa forma a Lei Maior absorveu a doutrina do direito geral de personalidade, ao adotar, no Título I, a dignidade da pessoa humana

A proteção dos direitos de personalidade se dá, portanto, por meio da previsão da dignidade humana como princípio norteador, considerada, que pode ser, como cláusula geral da tutela dos referidos direitos, sem a existência de outra cláusula geral com semelhante conteúdo; somando-se a isso a tutela que o inciso IV do parágrafo 4º do art. 6º da CF/88 traz, reconhecendo-a como cláusula pétrea.

Referências

- ALVES, Cleber Francisco. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**: o enfoque da doutrina social da Igreja. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- AMARAL, Francisco. **Direito Civil**: introdução. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. Considerações sobre a tutela dos Direitos da Personalidade no Código Civil de 2002. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **O novo Código Civil e a Constituição**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- _____. Considerações sobre o desenvolvimento dos Direitos da Personalidade e sua aplicação às relações do trabalho. **Direitos Fundamentais & Justiça**, n. 6, ano 3, p. 163, jan./mar. 2009.
- _____. **Da Codificação** - crônica de um conceito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

_____. Responsabilidade civil do advogado. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, n. 59, ano XX, p. 103, nov. 1993.

BELTRÃO, Sílvio Romero. **Direitos da Personalidade**: de acordo com o Novo Código Civil. São Paulo: Atlas, 2005.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Teoria Geral do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1976.

BIANCA, C. Massimo. **Diritto civile**: il contratto. v. 1. Milano: Giuffrè, 1984.

_____. **Diritto Civile**. v. 5. Milano: Giuffrè, 1994.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os Direitos da Personalidade**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

_____. **Reparação civil por danos morais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

_____. **Reparação do dano moral**. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. Responsabilidade civil nas atividades perigosas. In: CAHALI, Yussef Said (coord). **Responsabilidade civil** – doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 1988.

_____. Tutela judicial civil de Direitos Personalíssimos. **Revista dos Tribunais**, v. 718, ano 84, p. 13-15, ago. 1995.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. A tutela do nome da pessoa humana. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, n. 364, v. 98, p. 227-228, nov./dez. 2002.

_____. **Danos à pessoa humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003a.

_____. Deveres parentais e responsabilidade civil. **Revista Brasileira de Direito de Família**, v. 31, p. 55, 2005.

_____. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003b.

- _____. *Punitive damages* em sistemas civilistas: problemas e perspectivas. **Revista Trimestral de Direito Civil**, ano 5, v. 18, p. 46, abr./ jun. 2004.
- CAPELO DE SOUZA, Rabindranath Valentino Aleixo. **O Direito Geral de Personalidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.
- CARVALHO, Orlando de. Les droits de l'homme dans le Droit Civil portugais. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, n. XLIX, 1973.
- _____. **Para uma teoria geral da relação jurídica**. Coimbra: Centelha, 1981.
- Lindbergh. **Responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- COING, Helmut. **Elementos fundamentais da Filosofia do Direito**. Trad. de Elisete Antoniuk. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002.
- COVIELLO, Nicola. **Doctrina General del Derecho Civil**, n. 9, p. 27, 1949.
- CUNHA, Alexandre dos Santos. Dignidade da pessoa humana: conceito fundamental do Direito Civil. In: MARTINS-COSTA, Judith H. (org.). **A reconstrução do Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- DANTAS, San Tiago. **Programa de Direito Civil**. v. 1. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1979.
- DE CUPIS, Adriano. Danno e risarcimento. In: BUSNELLI, Francesco D.; SCALFI, Gianguido (orgs.). **Rivista Responsabilità Civile e Previdenza**. Milano: Giuffrè Editore, 1985.
- _____. **Os Direitos da Personalidade**. Lisboa: Morais, 1961.
- FERRARA, Francesco. **Trattato di Diritto Civile italiano**. Roma: Athenaeum, 1921.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2008.
- _____. **Do Processo Legislativo**. São Paulo: Saraiva, 2001.

FRANÇA, Rubens Limongi. Direitos da Personalidade I(verbete). **Enciclopédia Saraiva do Direito**. v. 28. São Paulo: Saraiva. 1977-1982.

_____. **Instituições de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 1999.

GRAU, Eros Roberto. **O Direito Posto e o Direito Pressuposto**. São Paulo: Malheiros, 1998.

GROSSEN, Jacques Michel. La protection de la personnalité en Droit Privée. **Revue de Droit Suisse**, n. 79, p. 101, 1960.

KAYSER, Pierre. Les Droits de la Personnalité - aspects théoriques et pratiques. **Revue Trimestrielle de Droit Civil**, n. 3, p. 455-456, 1971.

LAMATTINA CECÍLIA, Silvana Louzada. A dignidade da pessoa humana como objeto da responsabilidade civil. In: NOVAES HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes; DIAZ FALAVIGNA, Maria Clara Osuna (coords.). **Ensaios sobre responsabilidade civil na Pós-Modernidade**. Porto Alegre: Magister, 2007.

LUDWIG, Marcos de Campos. Direito Público e Direito Privado: a superação da dicotomia. In: MARTINS-COSTA, Judith H. (org.). **A reconstrução do Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002a.

_____. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade na Alemanha e possibilidades de sua aplicação no Direito Privado brasileiro. In: MARTINS-COSTA, Judith H.(org.). **A reconstrução do Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002b.

MARTINS-COSTA, Judith H. Os danos à pessoa no Direito brasileiro e a natureza da sua reparação. In: _____. (org.). **A reconstrução do Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MARTINS-COSTA, Judith H. **Pessoa, Personalidade, Dignidade** – ensaio de uma qualificação. Tese de Livre Docência em Direito Civil apresentada à Congregação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2003a.

_____. Os Direitos Fundamentais e a opção culturalista do novo Código Civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003b.

- _____. Conceito de ilicitude no novo Código Civil. **Revista Literária de Direito**, p. 25-26, ago./set. 2003c.
- MARTINS-COSTA, Judith H.; PARGENDLER, Mariana. Usos e abusos da função punitiva. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, n.100, p. 236-237, dez. 2005.
- MESSINEO, Francesco. **Manual de Derecho Civil y Comercial**. t. 3. Buenos Aires: Jurídicas Europa-América, 1954.
- MIRAGEM, Bruno. **Abuso de direito**: proteção da confiança e limite ao exercício das prerrogativas jurídicas no Direito Privado. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- _____. **Responsabilidade civil da imprensa por dano à honra**: o novo Código Civil e a Lei de Imprensa. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- PAIVA NETO, Vicente Ferrer. **Elementos de Direito Natural ou de Phillosophia de Direito**. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 1850.
- PIVA, Otávio. **Comentários ao art. 5º da Constituição Federal de 1988 e teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Método, 2009.
- RIZZATTO NUNES, Luiz Antonio. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Saraiva, 2002.
- RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil**. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2002.
- SARLET, Ingo W. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- _____. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- _____. A influência dos Direitos Fundamentais no Direito Privado: o caso brasileiro. In: MONTEIRO, Antônio Pinto; NEUNER, Jörg; SARLET, Ingo Wolfgang. (orgs.). **Direitos Fundamentais e Direito Privado** - uma perspectiva de Direito Comparado. Coimbra: Almedina, 2007.

_____. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. **Revista Interesse Público**, São Paulo, n. 12, p. 98, 2008.

_____. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: _____. (org.). **Dimensões da dignidade: ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional**. Trad. de Ingo Wolfgang Sarlet, Pedro Scherer de Mello Aleixo, Rita Dostal Zanini. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. Os Direitos Fundamentais Sociais como cláusulas pétreas. **Revista da Ajuris**, n. 89, mar. 2003a.

_____. Constituição e proporcionalidade: o Direito Penal e os Direitos Fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. **Revista de Estudos Criminais**, n. 12, ano 3, p. 105, 2003b.

_____. Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos Direitos Fundamentais. In: _____. (org.). **A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

SCHIPANI, Sandro. **Augusto Teixeira de Freitas e il Diritto latino americano**. Padova: Cedam, 1988. arts. 35; 53; 221-226.

SILVA, Wilson Melo da. **O dano moral e sua reparação**. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

SILVA PEREIRA, Caio Mário da. **Instituições de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. **Responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de Personalidade e sua tutela**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. O embrião excedente – O primado do direito à vida e de nascer. **Revista Trimestral de Direito Civil**, v. 8, p. 91, 2001.

TELLES JUNIOR, Goffredo. Direito Subjetivo. **Enciclopédia Saraiva de Direito**. v. 28. São Paulo: Saraiva, 1977-1982.

TEPEDINO, Gustavo. A incorporação dos Direitos Fundamentais pelo ordenamento brasileiro: sua eficácia nas relações jurídicas privadas. **Revista Jurídica**, n. 341, ano 54, mar. 2006.

_____. Notas sobre o nexo de causalidade. **Revista Trimestral de Direito Civil**, v. 6, abr./jun. 2001.

_____. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. In: _____. (coord.). **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999a.

_____. Premissas metodológicas para a constitucionalização do Direito Civil. In: _____. (coord.). **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999b.

_____. Ainda há Juízes no Brasil. **Revista Jurídica Consulex**, ano XI, n. 248, 15 mai. 2007.

_____. Cidadania e Direitos da Personalidade. **Revista Jurídica**, n. 309, p. 11, jul. 2003.

_____. Crise de fontes normativas e técnica legislativa na Parte Geral do Código Civil de 2002. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 364, nov./dez. 2002.

_____. O Direito Civil e a Legalidade Constitucional. **Revista Del Rey Jurídica**, Belo Horizonte, n. 13, 2004.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina. **Código Civil interpretado** – conforme a Constituição de República. Parte Geral e Obrigações (arts. 1º a 420º). v. 1. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

TRABUCCHI, Alberto. **Instituciones de Derecho Civil**. Trad. da 15. ed. italiana por Luis Martínez-Calcerrada. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1967.

Relações líquidas e direito ao esquecimento: novos desafios de proteção nas relações de trabalho¹

Denise Pires Fincato²

Cíntia Ione Santiago Guimarães³

1. Introdução

A proteção ao trabalhador tem assumido inúmeras formas em tempos de uso intensivo das tecnologias da informação e comunicação. A tecnologia serve tanto como ferramenta de labor, ambiente de trabalho ou instrumento de controle. Como instrumento de controle, porém, não necessariamente limita-se ao monitoramento do empregado durante a execução de suas funções laborais, servindo também ao seu controle no âmbito das relações sociais que mantiver, mesmo que não laborais.

Debater novos temas na seara do Direito do Trabalho é de essencial importância, uma vez que a evolução tecnológica, por

¹ Apresentado no CONPEDI ZARAGOZA e integra os seus Anais.

² Pós-Doutora em Direito do Trabalho pela Universidad Complutense de Madrid. Doutora pela Universidad de Burgos. Professora Pesquisadora no PPGD-PUCRS, coordenadora do Grupo de Pesquisas Novas Tecnologias, Processo e Relações de Trabalho (NTPRT – PUCRS/CNPq). Advogada e Consultora em Souto, Correa, Cesa, Lummertz e Amaral Advogados. E-mail: dpfincato1@gmail.com.

³ Mestre e Doutoranda em Ciências Sociais na PUCRS. Líder do eixo “Sociedade do Conhecimento e Transnacionalização”, no Grupo de Pesquisas Novas Tecnologias, Processo e Relações de Trabalho (NTPRT – PUCRS/CNPq). Advogada. E-mail: cisguimaraes@bol.com.br.

vezes, desafia princípios legais destinados à proteção da dignidade do trabalhador. Nas relações empregatícias, as ferramentas de informação e comunicação, além de dinamizarem as operações, se mal utilizadas, possibilitam a violação de direitos essenciais.

A bem de evoluir de forma lógica e produtiva, este estudo primeiramente enfrenta os impactos advindos do inserção das tecnologias de automação e conexão no meio laboral, analisando, por exemplo, possibilidades de o empregado ser substituído por máquinas ou de necessitar de maior qualificação para operá-las.

Avançando, retrata a necessidade de acatamento dos princípios protetivos nas relações de trabalho subordinado, na tentativa de equalizar a relação estabelecida entre empregado e empregador. Nesta mesma subdivisão, o artigo tratará da premência de regulamentação de um direito que ainda não está posto no ordenamento brasileiro, o “Direito ao Esquecimento”, sendo sua aplicação às relações de trabalho, o objetivo geral deste artigo.

As reflexões seguintes expõem a problemática que se institui a partir dos conflitos de direito estabelecidos no ordenamento brasileiro ao se deparar com a necessidade de tutelar princípios. Nesta senda, é necessário enfrentar o conflito entre o sigilo, a imagem e a privacidade do trabalhador *versus* o direito de acesso à informação de todos – inclusive e especialmente do empregador – e a ideia de que se faz necessária a implementação do Direito ao Esquecimento.

O último bloco detalha as possíveis ocorrências, positivas ou negativas, decorrentes da localização de diversas informações acerca de um determinado indivíduo, disponível nas redes sociais digitais. A utilização dos dados encontrados poderá ser benéfica, ou não, dependendo de seu conteúdo e da finalidade de acesso a tais informações.

Refletir sobre soluções ponderáveis para equacionar os conflitos oriundos da utilização de sistemas digitais já é rotina entre juristas, pesquisadores, magistrados e legisladores. Porém, ainda

são muitas as situações problemáticas não previstas em lei, pois a evolução tecnológica ocorre de forma mais célere que a reação legislativa.

O estudo se desenvolveu a partir do método de abordagem hipotético-dedutivo, com métodos de procedimento histórico, estruturalista e funcionalista. A interpretação ocorreu a partir de operações sistemáticas e a pesquisa foi eminentemente bibliográfico-documental.

2. Sociedade do Conhecimento: Tecnologias nas Relações de Trabalho

É preciso compreender a flexibilidade e mobilidade relacional que ocorreu nas últimas décadas e que ganhou força também no meio laboral. São efeitos de uma era tecnológica que invadem a seara tanto do empregado quanto do empregador, reinventando as dinâmicas laborais e transformando as divisões sociais do trabalho. Em uma breve digressão histórica é possível perceber algumas transformações ao longo dos anos que culminaram numa organização baseada na informação e no conhecimento. Nesse sentido, conforme Fincato:

A tecnologia atrela-se ao trabalho para facilitar e otimizar o fazer humano. Assim ocorreu com as ferramentas de agricultura (enxadas, pás), com os teares, com o computador. A ideia de sua utilização sempre foi o de facilitar o trabalho e, com isto, economizar tempo e esforço humano.

[...]

Na Sociedade do Conhecimento, entretanto, verificam-se reflexos distintos dos outrora projetados. O uso das tecnologias permitiu ao homem trabalhar mais e mais rápido. Permitiu-lhe, ainda, trabalhar mesmo que fora de seu local de trabalho. A quebra do tempo-espço de trabalho trouxe conflitos essenciais, que desafiam as estruturas do Direito do Trabalho, enquanto normatização protetiva em sua natureza.

[...]

Sem dúvidas, é via tecnologia que os grandes saltos e rupturas do desenvolvimento se processam. Basta que se mencionem as grandes invenções (escrita, eletricidade, telefone) e se observe o que lhes sobreveio no campo do trabalho. Também já atestada historicamente, no âmbito do trabalho, que a evolução tecnológica traz consigo a necessidade e o implemento de novos processos produtivos e a necessidade de mais especialização e/ou capacitação de parte dos trabalhadores (FINCATO, 2014, p. 9 e ss).

Em razão disto, foram implementados novos processos produtivos, especialmente de automação⁴ que culminaram em uma contemporânea divisão do trabalho com exigência progressivamente especializada em pequenas tarefas. Para Huws (2009), isso acarretou em “novos grupos localizados entre o proletariado paradigmático e a burguesia: o capataz, o artesão qualificado ou o gerente de compras, por exemplo” (HUWS, 2009, p. 38). Evidenciou-se, portanto, a divisão social do trabalho com categorias bem definidas e delimitadas de acordo com suas funções. Esse modelo repercutiu ao longo dos anos, sobretudo pela lógica da divisão hierárquica do trabalho, inclusive nas etapas contemporâneas do desenvolvimento social.

Especialmente a partir das três décadas finais do século XIX iniciou-se uma etapa denominada sociedade pós-industrial na qual o setor terciário (comércio e serviços) expandiu-se, passando gradativamente a incorporar parcelas maiores de trabalhadores em relação ao setor secundário (indústrias). Em ambos os setores a utilização das tecnologias em voga tornaram-se crescentes, provocando constantes alterações nas formas de gerir e de executar

⁴ Foi em meados do século XIX que o termo automação foi introduzido no mundo laboral. A nomenclatura originou-se a partir da invenção do *Automat*, criado pelo norte-americano Christopher Spencer, cuja programação permitia a feitura de parafusos e engrenagens. Logo após, com a criação dos robôs, a automação ganharia mais força, impactando o cenário do trabalho por substituir a mão de obra humana (GIDDENS, 2005, p. 310).

o trabalho, particularmente com o emprego das tecnologias de informação e comunicação (*TIC's*)⁵.

A introdução de novas tecnologias na rotina de trabalho humano é um fenômeno que vem sendo debatido com maior intensidade nos últimos tempos. Pode-se reconhecer, inclusive, que as tecnologias da informação e comunicação estão completamente inseridas na rotina da maioria dos trabalhadores, sendo ferramenta essencial para algumas categorias.

Pode-se considerar a tecnologia como mecanismo apto à extensão da capacidade física e mental do homem e, por estar presente em inúmeras formas de organização, essa compreensão também pode ser estendida para os objetivos laborais. A evolução das redes de informática ampliou a capacidade de trabalhar e de redistribuir o tempo necessário à realização de diversas atividades. Na sociedade do conhecimento, embora corriqueiros, há significativos exemplos de inovações tecnológicas que, juntamente com os modelos de gestão, contribuem para a transformação das práticas laborais. Pode-se citar o uso do telefone, do computador e da internet como definidores de novas formas de trabalhar e de organizar o trabalho.

Ainda é possível considerar o telefone como um dos principais canais de comunicação com o mercado (empresas e consumidor), por ser o meio mais popular e acessível, pois desde o seu invento foi

⁵ “Tecnologia pode ser definida, genericamente, como atividade socialmente organizada, baseada em planos e de caráter essencialmente prático. Tecnologia compreende, portanto, conjuntos de conhecimentos e informações utilizados na produção de bens e serviços, provenientes de fontes diversas, como descobertas científicas e invenções, obtidas por meio de distintos métodos, a partir de objetivos definidos e com finalidades práticas. Todo objeto técnico tem uma história, uma trajetória, faz parte de uma cultura. A tecnologia está articulada com a inovação, que é indissociavelmente técnica e social. A inovação é o modo de evolução do objeto técnico e, como tal, está presente em qualquer campo, desde a alta tecnologia até processos tecnológicos simples. Na produção das condições materiais de vida em qualquer sociedade, encontram-se presentes a criação, a apropriação e a manipulação de técnicas que carregam em si elementos culturais, políticos, religiosos e econômicos, constituintes da própria existência social. Na sociedade capitalista, tecnologia caracteriza-se por ser um tipo específico de conhecimento, com propriedades que o tornam apto a, uma vez aplicado ao capital, imprimir determinado ritmo a sua valorização. Como toda produção humana, a tecnologia deve ser pensada no contexto das relações sociais e dentro de seu desenvolvimento histórico”. (BAUMGARTEN, 2006, p. 288).

considerado como um serviço essencial. Registre-se que sua utilização não exige do usuário sequer alfabetização. “Através dele se realizam grandes negócios, se conhecem as opiniões das empresas sobre as empresas, produtos e serviços, enfim, pode-se afirmar que ele ainda é o ‘filé’ das comunicações à distância” (DANTAS, 1989). O computador é o meio (máquina) em que se processa e armazena a informação, bem como no qual se deflagra a condução dos dados. Como aparato que retém o tratamento da informação, torna-se indispensável em atividades que envolvam a análise e transformação de dados, assim como sua comunicação. Via de regra, utiliza-se a *Internet* para conduzir e propagar as informações armazenadas no computador (ou na nuvem, sua variação em tempos de Sociedade Digital). Trata-se de um meio de comunicação conhecido pela velocidade e amplitude com que conduz e compartilha informações em rede, permitindo, pela elevada conexão entre as pessoas, a horizontalização e a pulverização de dados.

Neste sentido, Huws (2009, p. 38) descreve a implementação das tecnologias de informação e comunicação (*TIC's*) como uma onda de mudanças tecnológicas que beneficiou tanto a produção quanto o consumo de bens. Considerou, inclusive, um modelo de “divisão digital” como forma de ruptura de paradigmas no atual contexto laboral. Ou seja, para o autor

A utilização intensiva das novas tecnologias da informação e da comunicação (*TIC's*) nas grandes empresas decorre da suma relevância que a inovação passou a ter no quadro de intensa competitividade engendrado pela quebra dos monopólios estatais e com o advento das políticas neoliberais que assolaram todo o mundo capitalista nos anos 1990. Com efeito, a convergência tecnológica entre a informática e as redes de telecomunicações, a telemática, foi altamente otimizada com a privatização deste setor, que passou assim a ser concebido e efetivado como um bem de capital dos mais cruciais do capitalismo contemporâneo (WOLFF, 2009, p. 90).

Assim, as ferramentas tecnológicas tornaram-se imprescindíveis para as empresas de produção de bens imateriais e de prestação de serviços, sobretudo, pela capacidade de processamento e armazenamento de dados, velocidade de comunicação com acesso em rede mundial e redução de custos que oportunizaram (BARBOZA e BENAKOUCHE, 1987, p. 52).

A inovação advinda das ferramentas de processamento e armazenamento de dados revolucionou o cenário produtivo, eis que permitiu elevar a informação ao *status* de matéria prima. O uso da informação como produto reconfigurou as mercadorias exploradas no capitalismo, traçando uma divisão interna do trabalho calcada na manipulação de dados. Wolff (2009, p. 90) fez alusão a esta nova fase como “processo de mercadorização da informação”, em que objetivos e finalidades mercantis são agregados ao seu manejo.

Atualmente, não há como considerar a organização do trabalho de forma apartada do avanço tecnológico, da necessidade de informação e do desenvolvimento de técnicas capazes de agregar as inovações. As empresas necessitam desses recursos para manterem-se ativas e competitivas no mercado. Não há como resistir ao desenvolvimento do setor produtivo. Percebe-se que

A tecnologia da informação está presente no que define as fronteiras de negócios, nas estruturas corporativas e na determinação da vantagem competitiva e, sendo o que direciona o valor e a criação de riqueza, torna-se a chave do sucesso para um número crescente de indústrias. Sendo assim, a *Internet* passa a ser uma das principais representantes da inovação gerada pela evolução da tecnologia da informação. Sua ascensão tem um impacto profundo sobre as empresas, já que tem uma infraestrutura digital de baixo custo. Isso permite a comunicação, não só entre empresas, mas também entre consumidores, unindo todos em uma cadeia [ou teia?] de valor integrado (SANTILLE, 2002, p. 14).

Com isso, contempla-se a *Internet* (e as nuvens – Big Data) como um dos principais instrumentos utilizados pelas empresas

para tratar, armazenar e transportar dados, informações e conhecimento, alterando o cenário e o ritmo da relação empregatícia, tornando clara a noção de que as relações laborais encontram-se em pleno “movimento”, ou seja, já não se constituem mais fenômenos estáticos, passíveis de estudo via métodos tradicionais. Ao revés, são relações dinâmicas, que reclamam métodos holísticos para sua investigação e compreensão.

3. Relações de Trabalho: movimento e liquidez

De todo o exposto, pode-se dizer que as relações de trabalho na Sociedade do Conhecimento⁶, estão em constante movimento, ou seja, reiteradamente ocorrem sistemáticas mudanças nas práticas do cenário laboral. Alguns arriscam dizê-las “líquidas”, apropriando-se da terminologia baumaniana (BAUMAN, 2003). A tecnologia consagra novas maneiras de se trabalhar, sendo possível tecerem-se algumas vantagens ou desvantagens dependendo do ponto de vista e de quem observa tais fenômenos. São efeitos de uma era tecnológica e digital, com atores imersos numa vertiginosa espiral de mudanças sem fim.

O estopim de muitas dessas mudanças pode decorrer da utilização das novas mídias digitais, as mesmas que modernizaram e modernizam os postos de emprego, conectando padrões e empregados. Porém, garantir que tecnologias modernas são fatores de empregabilidade ou desemprego é um tanto quanto arriscado por tratar-se de uma relação (tecnologia e desemprego) extremamente

⁶ “A noção de “sociedade do conhecimento” (knowledge society) surgiu no final da década de 90. É empregada, particularmente, nos meios acadêmicos como alternativa que alguns preferem à “sociedade da informação [...]” “A Sociedade da Informação é a pedra angular das sociedades do conhecimento. O conceito de “sociedade da informação”, a meu ver, está relacionado à idéia da “inovação tecnológica”, enquanto o conceito de “sociedades do conhecimento” inclui uma dimensão de transformação social, cultural, econômica, política e institucional, assim como uma perspectiva mais pluralista e de desenvolvimento. O conceito de “sociedades do conhecimento” é preferível ao da “sociedade da informação” já que expressa melhor a complexidade e o dinamismo das mudanças que estão ocorrendo. (...) o conhecimento em questão não só é importante para o crescimento econômico, mas também para fortalecer e desenvolver todos os setores da sociedade” (BURCH, p. 3)

complexa e dinâmica. É importante refletir acerca do determinismo tecnológico, pois é a própria sociedade quem impulsiona um desenvolvimento digital, sofrendo os impactos do mesmo.

Os impactos diretos são aparentes e dizem respeito aos postos de labor subtraídos do mercado (eis que ocupados por máquinas) ou que geram a necessidade de recapacitação do empregado que já não reúne habilidades para operar o novo equipamento, por desconhecimento da nova tecnologia.

De outra banda, os impactos indiretos no mundo laboral, são menos visíveis e dizem respeito às mudanças (radicais) implementadas pela tecnologia na forma de trabalhar e no próprio ramo produtivo, ou seja, quando se passa a facilitar transações em uma determinada área, como a das telecomunicações em que, por exemplo, criam-se novos produtos, logo, gerando-se possíveis novos postos e oportunidades de emprego/trabalho.

Por isso, alerta-se para o fato de que assim “como toda produção humana, a tecnologia deve ser pensada no contexto das relações sociais e dentro de seu desenvolvimento histórico” (BAUMGARTEN, 2006, p. 392). A cada período, de acordo com o momento histórico, os avanços tecnológicos permitiram a criação de novidades em termos de produção de bens e de serviços, originando também novos postos de trabalho (quicá não emprego, mas este é outro debate). A geração de lucros culmina em mais investimentos logo, presumivelmente, também em mais empregos. Portanto, afirmar rasamente que a tecnologia desemprega não se revela apropriado, pois o quadro seria ainda mais desfavorável sem sua utilização e desenvolvimento.

Atribuir ao desenvolvimento tecnológico, portanto, todos os problemas que permeiam as relações laborais é precipitado, pois as características que interagem nesse vínculo ultrapassam o mero avanço digital. Tal presunção precipitada é localizável no próprio arcabouço constitucional (art. 7º, inc. XXVII – proteção em face da automação, nos termos da lei) e, talvez por seu equívoco originário, nunca tenha sido desenvolvido por lei ulterior.

Existe um nexo de poder que sempre fez parte da relação entre patrão e empregado, esse se perpetua no tempo e é uma característica originária e inafastável. A relação de trabalho, conforme norte principiológico (RODRIGUEZ, 2004), deve oferecer proteção àquele que está em situação de hipossuficiência. É nesse momento que o Estado intervém para garantir o equilíbrio e a continuidade saudável da relação, tentando estabelecer a equalização entre os atores sociais nela envolvidos (igualdade material).

Essa proteção, alcançada pelo Estado, é entregue na forma de Leis que visam garantir ao hipossuficiente o alcance de um protagonismo na relação laboral, que normalmente transcorre de forma desigual, eis que de sua essência.

Para os fins deste estudo, aponta-se que merece destaque, na atualidade, o acesso pela entidade patronal às informações e dados dos trabalhadores, postados por estes ou por terceiros na rede mundial de computadores, e seu uso para fins de contratação, alterações ou extinção do vínculo empregatício.

Daí, uma das intervenções estatais esperadas contemporaneamente, atenderia à necessidade de regulamentar o chamado “Direito ao Esquecimento”.

4. Liquidez no cenário laboral: a proteção da privacidade do trabalhador

O espaço virtual apresenta uma variada gama de possibilidades de interatividade, além de armazenar um grande número de informações que reclamam regulamentações, ainda inexistentes em nosso ordenamento. Uma das necessidades atuais é o denominado “direito ao esquecimento” que, em suma, viria garantir ao cidadão (no caso desta pesquisa, o trabalhador) que uma informação sua, considerada irrelevante aos demais, não seja perpetuada, espargida ilimitadamente e/ou perpetuamente mantida na Internet, notoriamente se hábil a atingir danosamente sua intimidade e privacidade.

Atualmente, há princípios⁷ que norteiam estas necessidades (HAINZENREDER, 2011, p. 55), no entanto, tais condicionantes ainda não são suficientes para solucionar litígios nesta seara. São princípios protetores da dignidade da pessoa humana e que, no foco deste estudo, garantem ao trabalhador a manutenção do sigilo sobre sua vida privada, notoriamente ante seu empregador. Em ampliação, pode-se citar a existência de alguns documentos internacionais e protetivos acerca do tema:

[...] Convenção Americana de Direitos Humanos (pacto de San José da Costa Rica), aprovada pela Organização dos Estados Americanos, assinada em 1969, que entrou em vigor em 1978. O Brasil está dentre os países que aderiram ao pacto (em 28.5.1992) e o ratificaram (em 25.9.1992). Com a ratificação ocorre o reconhecimento da jurisdição obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

[...]

Na Convenção Americana de Direitos Humanos, anteriormente mencionada, o § 1º declara expressamente que ‘toda pessoa tem direito ao respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade’.

[...]

Em 1993 foi assinada a ‘Carta de Viena’, como resultado da ‘Conferência Mundial de Direitos Humanos’, com sua declaração e programa de ação. Estes textos contemplam a promoção e proteção dos direitos humanos prioritariamente em relação à

⁷ De acordo com Hainzenreder (2011, pp. 55), “(...) a vida privada compreenderia a esfera maior, onde se localizam os fatos que o indivíduo não deseja que se tornem públicos, ou seja, aqueles acontecimentos que não estariam ao alcance da coletividade em geral, englobando todas as notícias e situações que a pessoa deseja excluir do conhecimento de terceiros, a exemplo da imagem física e de comportamentos que só devem ser conhecidos por aqueles que integram regularmente com a pessoa. Dentro desse círculo, estaria a esfera íntima ou confidencial onde se encontram os fatos do conhecimento das pessoas que gozam da confiança do indivíduo. São as circunstâncias da sua vida que somente são compartilhadas com familiares, amigos e colaboradores. No centro está a esfera do secreto, objeto especial de proteção, em que se guardam os segredos revelados a poucas pessoas ou a ninguém, compreendendo assuntos extremamente reservados, como a vida sexual, por exemplo. Tal distinção possui um importante caráter prático, uma vez que quanto menor a esfera, maior o nível de proteção. Logo, o simples fato que envolve as situações de segredo já é o suficiente para caracterizar a violação da privacidade, enquanto que para se considerar violada a esfera da intimidade deve haver tanto o conhecimento como a divulgação da notícia para terceiros”.

comunidade internacional, reconhecendo que os direitos humanos têm origem na dignidade humana.

No âmbito da Comunidade Européia a ‘Declaração dos Direitos e Liberdades Fundamentais’, de 1989, prevê em seu art. 1º: ‘A dignidade humana é inviolável’. Posteriormente, em 2000, a ‘Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia’ estabelece em seu art. 1º: ‘a dignidade humana é inviolável. Ela deve ser respeitada e protegida (GOSDAL, 2007, p. 60-1).

Cabe referir ainda, conforme Ruaro (2011, p. 190), que a Corte Europeia de Direitos Humanos, em um caso julgado em 16 de dezembro de 1992, ampliou o alcance do conceito sobre vida privada, passando a incluir o ambiente de trabalho como parte integrante da intimidade e privacidade pessoais, o que permitiria debater acerca do acesso e uso de conteúdos gerados, obtidos ou destinados ao âmbito de uma relação empregatícia.

Em ritmo expansionista, o artigo 8º da Convenção Europeia de Direitos Humanos⁸, ao ser ampliado, passou a abranger a denominada “vida privada social” que, certamente, inclui a laboral.

A Constituição Federal de 1988 assegura, em seu artigo 5º, inciso X⁹, a inviolabilidade dos indivíduos em âmbito particular, ou seja, abarca tanto a esfera familiar quanto a esfera de relações sociais, inclusive a de ordem profissional. De acordo com Hainzenreder (2011, pp. 56), “são direitos da personalidade inerentes ao indivíduo, que jamais desaparecem no tempo e que não

⁸ARTIGO 8º Direito ao respeito pela vida privada e familiar 1. Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência. 2. Não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem - estar económico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infracções penais, a protecção da saúde ou da moral, ou a protecção dos direitos e das liberdades de terceiros. Disponível em: https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf, acessado em 04 maio 2018

⁹ Constituição Federal/1988, 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: [...] X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

se separam do seu titular. Por essa razão, são direitos existentes em qualquer relação jurídica. Portanto, à relação de emprego também são aplicáveis”.

O objetivo é tratar da necessidade atual de regulamentação das disposições do empregado sobre situações de sua vida privada que eventualmente tenham sido registradas e/ou noticiadas por meio eletrônico (Internet) e, após armazenadas no meio virtual, não tenham sido apagadas, tornando-se públicas, de livre e amplo acesso.

A regulamentação, advoga-se, deverá observar a proteção aos fatos da vida privada do cidadão, que não fazem parte do interesse público (sequer de seu empregador) e que, especialmente quando mal utilizados e/ou interpretados, podem macular a imagem e dignidade da pessoa (especialmente como trabalhador). Em suma, deve-se ofertar ao cidadão a possibilidade de fazer desaparecer informações (mesmo que em meio/suporte digital) existentes a seu respeito, quando assim o desejar. As informações podem ser integrantes das redes sociais (*twitter, orkut, facebook*, outros), dos sistemas de busca (*google, youtube*, outros) e, sobretudo, de sistemas que deveriam garantir sigilo como os “*e-jus*” trabalhistas¹⁰.

Registra-se que a Espanha já deu o primeiro passo neste sentido. Por meio da Lei Orgânica 15/1999 de 13 de dezembro, o Estado garantiu aos seus cidadãos o direito fundamental à proteção de dados de caráter pessoal. Esta Lei, em seu artigo 4.5, determina que:

Los datos de carácter personal serán cancelados cuando hayan dejado de ser necesarios o pertinentes para la finalidad para la cual hubieran sido recabados o registrados. No serán conservados en forma que permita la identificación del interesado durante un período superior al necesario para los fines en base a los cuales hubieran sido recabados o registrados. Reglamentariamente se

¹⁰ www.advivo.com.br/blog/luisnassif/o-direito-ao-esquecimento-na-internet (acesso em 30/04/2018). O termo *e-jus* significa o armazenamento eletrônico de informações judiciais. Eventualmente, por descuido, podem também estar disponíveis na Internet e livre ao acesso de todos.

*determinará el procedimiento por el que, por excepción, atendidos los valores históricos, estadísticos o científicos de acuerdo con la legislación específica, se decida el mantenimiento íntegro de determinados datos”.*¹¹

Nos casos em que o cidadão considerar que teve sua reputação ou dignidade atingidas, sentindo-se ofendido em razão de ter seus fatos privados divulgados em rede, na Espanha, lhe é garantido solicitar seu cancelamento evitando a continuidade de sua propagação em âmbito mundial e sua eternização no meio virtual. Neste país, o cidadão possui ainda o direito de ser informado quando seus dados forem divulgados, note-se:

*El derecho de información previo al tratamiento de los datos de carácter personal es uno de los derechos básicos y principales contenidos en la Ley Orgánica 15/1999 de Protección de Datos de Carácter Personal; por tanto, si se van a registrar y tratar datos de carácter personal, será necesario informar a los interesados, a través del medio que se utilice para la recogida, del contenido del artículo 5,1 y 2 que regula el derecho de información de los afectados previo a la recogida de los datos. Con carácter general, cuando se recaban datos personales debe informarse a los interesados de lo expuesto anteriormente.*¹²

Ou seja, pelo regramento espanhol, os interessados serão previamente informados e ficarão cientes do “local virtual” onde seus dados estarão armazenados, bem como receberão a previsão da quantidade de tempo que as informações permanecerão disponíveis em rede.

É inquestionável a segurança que estas regulamentações oferecem aos cidadãos, pois garantir o direito ao esquecimento implica em investir os indivíduos de prerrogativas sobre toda e qualquer informação da qual sejam titulares. Além disso, legitima o poder pessoal para decidir o que deve permanecer na rede mundial

¹¹ http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/1015-1999.t2.html#a4 (acesso em 30/04/2018).

¹² http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/1015-1999.t2.html#a4 (acesso em 30/04/2018).

de computadores, ou não, evitando que a informação privada permaneça *ad eternum* na memória virtual coletiva, o que nem sempre é favorável.

5. Direito ao Esquecimento: proteção à dignidade dos trabalhadores

Para o foco deste estudo, o grande desafio enfrentado pelos trabalhadores decorre da divulgação de suas subjetividades (por ato próprio ou de terceiros) via *Internet* e a possibilidade de tais inserções (ou sua má interpretação) gerarem prejuízos especialmente à sua inserção profissional. Este desafio vem aumentado nas últimas décadas, pois os sistemas informacionais conectados em rede mundial facilitam o acesso a informações de qualquer tipo, inclusive pessoais. O respeito à privacidade e à intimidade¹³ do trabalhador é limite imposto também às relações de trabalho subordinado.

Entende-se ser tarefa do legislador proteger o cidadão, através de normas adequadas e suficientes, acerca de situações que poderão causar-lhe vexame, humilhação ou desprezo, afetando-lhe diretamente nos direitos de personalidade e desafiando os limites impostos pelo princípio da dignidade da pessoa humana, que está baseada na ideia de “personalidade moral” do sujeito, alcançando a este uma garantia fundamental com respaldo na Constituição Federal do Brasil.

Assim e tendo em vista a cultura brasileira – que se pauta nas previsões minuciosas de documentos legislativos -, urge que legislação pontual seja acrescida ao arcabouço juslaboral brasileiro, prevendo a proteção que ora se aponta como necessária, de forma concreta e exauriente.

¹³ O direito à privacidade resguarda a moral pessoal tanto no âmbito familiar quanto no âmbito social e profissional e o direito à intimidade resguarda a personalidade e ambos são oriundos da proteção já garantida pelo princípio da dignidade da pessoa humana.

A positivação do chamado Direito ao Esquecimento ofereceria uma segurança ainda maior ao trabalhador eis que, como lembra Ruaro (2011, pp. 191), “sob a ótica do empregado deve-se ter em mente a sua hipossuficiência, à relação de subordinação empregatícia, à satisfação de seu superior, e às regras a que é submetido, muitas vezes sem a possibilidade de proteção e defesa suficiente de sua intimidade”.

Um dos casos apontados, veiculado em artigo publicado no periódico espanhol *El País* de 08/01/2011, relata o fato de um cidadão que teve notícia a seu respeito veiculada trinta anos antes, em jornal que circulava em sua região, contendo resultado condenatório a si inculcado por naquela época ter urinado em logradouro público. O jornal, ao digitalizar seus exemplares antigos, disponibilizou o acesso a tais exemplares por meio da ferramenta de busca “Google”. Sendo este cidadão atualmente um honrado professor, pode-se afirmar que o resgate a lume do fato pretérito afetou sua dignidade, eis que fora exposto algo que lhe era íntimo e que, com a sanção da multa a si imposta (há trinta anos, repise-se), já havia respondido pelo seu erro na forma e época próprias.

O interesse reside em não permitir que uma informação - íntima, pessoal e passível de sepultamento pelo esquecimento público, no cenário físico - se torne perpétua e pública no meio (mundo) digital, em razão da capacidade ilimitada de armazenamento e divulgação do ciberespaço, permitindo reacender situações de vida que o próprio indivíduo já poderia ter esquecido e que não gostaria que viessem à tona.

Adaptando o debate à moldura ora proposta, podem existir na rede mundial de computadores informações de que um trabalhador teria demandado na Justiça do Trabalho contra uma determinada empresa em que laborara em tempos passados. Ao candidatar-se à nova vaga de emprego, mesmo sendo extremamente qualificado, pode não ser selecionado em razão dessa informação. Embora os processos judiciais sejam públicos, há tempos já se retirou nos sítios de internet dos Tribunais Trabalhistas brasileiros a ferramenta de

consulta “por nome da parte” evitando, com isto, que o próprio sítio web estatal se transformasse em “lista negra”, consultada por empregadores, desejosos de não ter entre seus colaboradores pessoas que já houvessem demandado na Justiça do Trabalho.

Parte-se da ideia de que, nestas relações, tal informação faz parte do rol privativo e íntimo de dados do cidadão que, atualmente no Brasil, não possui um direito regulamentado/positivado que lhe permita escolher entre divulgar ou não determinados episódios de sua vida, ademais exigindo que fatos relacionados ao seu nome sejam preservados em sigilo ou excluídos dos meios digitais. Tem-se a certeza que, atualmente, apenas a não postagem garantiria eficácia e efetividade ao direito ao “esquecimento”.

Regulamentar e proteger os dados do cidadão tornou-se necessário, pois, atualmente, o acesso à *Internet* permite pesquisar acerca da vida (inclusive íntima) de qualquer pessoa.

Os empregadores naturalmente recorrem a sistemas de busca da internet e sites de relacionamento antes de contratar um empregado. Algumas empresas, sem pudores, solicitam ao candidato sua senha nos sites de relacionamento, quando da entrevista de seleção ao emprego (caso tal sítio seja protegido ou restrito). A tomada de decisão sobre a contratação (ou não), passará, então, por critérios que não perquirem apenas da habilidade e formação do candidato, podendo pautar-se em suas opções pessoais (partidárias, religiosas, de orientação sexual, entre outras).

Se o dever de proteção ao hipossuficiente é imposto primeiramente ao legislador, informando sua atividade típica legislativa, a proteção ao cidadão, para ser efetiva, não estanca na atuação estatal de mera criação de diplomas legais. Fiscalização constante das questões digitais e atuação admoestatória e inibitória concretas também devem ser inseridas na cultura das autoridades administrativas e judiciárias.

De outro lado e a contribuir, singelas companhias de esclarecimento ou até mesmo políticas públicas de formação para a vivência digital revelam-se impostergáveis pois, sem dúvidas, num

cenário complexo como o digital, ainda mais complicado pela ineficiência protetiva estatal, incumbe ao próprio cidadão, na medida do possível, a autoproteção de sua privacidade e intimidade, o que começa pela consciência das consequências de seu compartilhamento e exibição na rede mundial de computadores.

6 Conclusão

As necessidades de tutela também evoluem, surgindo do progresso tecnológico e do aumento da complexidade do viver humano. A existência humana no espaço virtual têm diferentes contornos e dimensões, necessitando de diversos parâmetros e interpretações, de preferência normativas. Neste particular, embora cientes de que uma norma surge apenas após a constatação e valoração de um fato social, pensa-se que os tempos requerem maior velocidade legislativa ou, como alternativa, o início de uma caminhada para as chamadas “normas abertas”, principiológicas, porosas e flexíveis.

Na era digital, manter o Direito do Trabalho estático ou engessado, alheio às tecnologias da informação e comunicação, traduz-se em risco a ser suportado especialmente pelos trabalhadores, normalmente não preparados para viver na sociedade em rede, embora lançados à mesma pelos apelos próprios da sociedade líquida (individualismo, autopromoção, etc.). Traça-se assim um novo desafio aos operadores do Direito: o de tutelar o trabalhador empregado em sua dimensão digital, estabelecendo construções teóricas e padronizações minimamente objetivas para as decisões dos conflitos em concreto. O confronto entre o princípio da dignidade da pessoa humana e o direito à informação, faz perceber interesses em oposição, em razão disso, advoga-se a necessidade de uma uniformização geral acerca do tema, provavelmente advinda de legislação suficiente e pertinente, mas não somente.

Como pré-dito, políticas públicas e educação para a vida no meio digital são ainda mais importantes que o regramento legal de condutas, cujos valores de influência mudarão a cada ano, semestre ou mês.

Entretanto, vislumbra-se que, quer a cultura para a vida digital, quer a legislação protetiva, não se implementarão de imediato, sequer a médio prazo. Por isto, entende-se que a argumentação e poder comunicativo dos atores sociais e dos operadores jurídicos serão determinantes para bem conduzir as relações laborais de seres (empregadores e empregados) com dupla dimensão existencial: física e virtual.

Referências

BARBOZA, Cícero; BENAKOUCHE, Rabah. **Informática Social: a ameaça à privacidade, o desemprego**. Petrópolis/ RJ: Vozes, 1987.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Tradução: Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.

BAUMGARTEN, Maíra. Tecnologia. In: CATTANI, Antônio David e HOLZMANN, Lorena. **Dicionário de Trabalho e Tecnologia**. Porto Alegre: UFRGS Editora, 2006.

BURCH, Sally. **Sociedade da Informação / Sociedade do Conhecimento**. Disponível em: <http://dcc.ufrj.br/~jonathan/compsoc/Sally%20Burch.pdf> acessado em 04 maio 2018.

CASTELLS, Manuel. **La era de la información: la sociedad red**. 2 ed. vol. 1. Madrid: Alianza Editorial, 2001.

DANTAS, Edmundo Brandão. **Telemarketing – A Chamada para o Futuro**. Rio de Janeiro: LTC, 1989.

FINCATO, Denise. Trabalho e tecnologia: reflexões. In: FINCATO, Denise; MATTE, Maurício e GUIMARÃES, Cintia (organizadores). **Direito e tecnologia: reflexões sociojurídicas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

GIDDENS, Anthony. **Sociologia**. 4. ed. Porto Alegre: Artmed, 2005.

GOSDAL, Thereza Cristina. **Dignidade do Trabalhador: um Conceito Construído sob o Paradigma do Trabalho Decente e da Honra**. São Paulo: LTr, 2007.

HAINZENREDER Jr., Eugênio. Direito à privacidade X Poder diretivo do empregador: o uso do e-mail no trabalho. In: **Anais IV Congresso Ibero-Americano de Teletrabalho e Teleatividades**. Porto Alegre: Magister, 2011.

HUWS, Ursula. A Construção de um Cibertariado? O Trabalho Virtual num Mundo Real. In: ANTUNES, Ricardo e BRAGA, Ruy (org.). **Infoproletários: degradação real do trabalho virtual**. São Paulo: Boitempo, 2009.

MASI, Domenico de. **O futuro do trabalho: fadiga e ócio na sociedade pós-industrial**. Rio de Janeiro: José Olympio, 1999

RODRIGUEZ, Americo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho**. 3 ed. São Paulo: LTr, 2004

RUARO, Regina Linden. A proteção de dados pessoais no teletrabalho. In: **Anais IV Congresso Ibero-Americano de Teletrabalho e Teleatividades**. Porto Alegre: Magister, 2011.

SANTILLE, Alexandre. Destruição Criadora da *Internet* na Lealdade às Marcas. In: TREVISAN, Leonardo e CASTRO, Maria da Conceição de Araújo (org.). **Transformações no Trabalho**. São Paulo: Olho D'Água, 2002.

WOLFF, Simone. O “Trabalho Informacional” e a Reificação da Informação sob os Novos Paradigmas Organizacionais. In: ANTUNES, Ricardo e BRAGA, Ruy (org.). **Infoproletários: degradação real do trabalho virtual**. São Paulo: Boitempo, 2009.

O Supremo Tribunal Federal e o controle interno de convencionalidade na base dos tratados internacionais de direitos humanos aos trinta anos da Constituição Federal

Ingo Wolfgang Sarlet^{*1}

1. Introdução

Dentre os problemas que se situam nesse contexto mais ampliado, e que constitui precisamente o objeto do presente estudo, a relação entre a Constituição Federal Brasileira de 1988 (doravante apenas CF), a ordem jurídica interna (nacional) como um todo, e os direitos humanos previstos nos tratados internacionais ratificados pelo Brasil, assume cada vez maior relevância, resultando gradualmente na incorporação daquilo que se costuma designar – a partir da proposta feita no Brasil por Valério Mazzuoli² e inspirada no modelo francês - de um controle de convencionalidade dos atos normativos internos, ou seja, de um controle da compatibilidade

* Doutorado e Pós-Doutorado em Direito (Universidade de Munique e Instituto Max-Planck de Direito Social e Política Social). Professor Titular da Faculdade de Direito e dos Cursos de Mestrado e Doutorado do Programa de Pós-Graduação em Direito e em Ciências Criminais da PUC/RS. Professor da Escola Superior da Magistratura (AJURIS). Desembargador do TJRS.

¹ Agradecemos a Profa. Doutora em Direito (PUCR/RS) CATARINE ACIOLI pelo valioso auxílio na pesquisa e seleção da jurisprudência referida no último capítulo do presente artigo.

² MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, *O Controle Jurisdicional de Convencionalidade das Leis*, 4^a ed., São Paulo: RT, 2016.

entre a legislação nacional e os parâmetros postos pelos tratados internacionais.

Como a experiência brasileira e a evolução já desde antes da promulgação da Constituição Federal de 1988 (CF) o demonstram, nunca houve – salvo algumas exceções, em geral no campo do direito internacional - maior receptividade por parte da comunidade jurídica em relação ao tema, seja do ponto de vista do seu tratamento dogmático, mas especialmente na prática jurídico-judiciária.

Com o advento da CF era de se esperar uma guinada nessa seara, visto que, de modo pioneiro no direito brasileiro, o constituinte, afinado com os desenvolvimentos mais recentes, fez constar do texto constitucional, tanto o princípio de prevalência dos direitos humanos no plano das relações internacionais (artigo 4º, II) quanto fez constar, no § 2º do artigo 5º, que os direitos expressamente positivados no texto constitucional não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios da CF, mas também abarcam os direitos constantes dos tratados internacionais dos quais o Brasil for parte. Com isso, a abertura material do catálogo constitucional de direitos, antes (ao menos textualmente) restrita a direitos decorrentes dos princípios e do regime constitucional, foi ampliada para integrar, no assim chamado bloco de constitucionalidade, direitos consagrados na esfera do direito internacional dos direitos humanos.

Não foi, contudo, o que se passou, ao menos não durante a maior parte das duas primeiras décadas de vigência da CF. Se, por um lado, no campo da literatura jurídica começou a haver maior receptividade, crescendo o número de autores a se ocupar do tema e mesmo a defender uma força jurídica reforçada, na condição de direitos materialmente fundamentais e com hierarquia constitucional dos tratados de direitos humanos, o mesmo não se verificou na esfera jurisprudencial. Com efeito, apesar da acolhida de tal entendimento em decisões isoladas de juízes e tribunais, inclusive do STJ, em geral versando sobre a na época tão polêmica prisão do depositário infiel, o STF, instado a se pronunciar novamente sobre o tema, optou por

manter o seu posicionamento anterior a 1988, no sentido da paridade entre tratados internacionais (inclusive em matéria de direitos humanos) e a legislação ordinária.

É possível afirmar que uma nova fase do debate, acadêmico e jurisprudencial, iniciou com a promulgação da Emenda Constitucional nº 45, de 08 de dezembro de 2004 (doravante denominada EC 45). A EC 45, após longa e tormentosa tramitação no Congresso Nacional, veiculou a assim chamada Reforma do Poder Judiciário, implicando a inserção de várias disposições diretamente relativas aos direitos humanos e fundamentais na CF, como foi o caso, apenas para citar o dispositivo mais próximo da temática aqui versada, da inclusão do § 3º do artigo 5º, versando sobre a forma de incorporação, ao direito interno, dos tratados internacionais de direitos humanos.

O dispositivo inserido por meio da Emenda Constitucional (EC) nº 45/2004 (§ 3º do art. 5º da CF), estabelecendo que “os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”, veio para complementar o já referido § 2º do mesmo artigo, já referido, gerando uma série de perplexidades, ligadas tanto a questões de natureza formal (procedimental) quanto de cunho material, designadamente sobre a força jurídica dos tratados de direitos humanos na esfera doméstica.

A essa altura, uma vez incorporado e vigente o § 3º do artigo 5º da CF, também o STF teve a ocasião de retomar o tema, revisando a posição anterior e assegurando a prevalência dos tratados de direitos humanos em relação pelo menos ao direito infraconstitucional interno, além de revisar a sua posição sobre a legitimidade do instituto da prisão civil do depositário infiel, tudo a ser examinado com mais vagar na sequência.

Mediante tais alterações, no plano do direito constitucional positivo e na esfera jurisprudencial, não restaram resolvidos todos os problemas teóricos e práticos, muito antes pelo contrário. Além

de uma série de aspectos de natureza procedimental, ligados, por exemplo, à obrigatoriedade da adoção, pelo Congresso Nacional, do rito estabelecido no § 3º do artigo 5º ou mesmo da possibilidade de denúncia dos tratados aprovados mediante tal procedimento, ganhou terreno, a partir do caso da prisão civil do depositário infiel e da declaração, pelo STF, de sua incompatibilidade com os tratados internacionais de direitos humanos, a discussão em torno do assim chamado controle de convencionalidade, objeto precisamente do presente texto.

Mas também aqui o terreno segue fértil no que diz com as diversas questões que envolvem essa - no Brasil - ainda recente modalidade de controle jurisdicional dos atos normativos e mesmo atos do poder público em geral. No próprio STF, especialmente quando se examina as decisões posteriores ao seu *leading case* na matéria, se verificam algumas incongruências e movimentos em parte díspares, ainda que do ponto de vista quantitativo - o que já é seguramente um avanço significativo - aos poucos o número de decisões invocando tratados de direitos humanos e mesmo decisões de cortes internacionais esteja a aumentar.

Outro aspecto digno de nota, ainda em sede preliminar, é que a despeito de outros Tribunais, a começar pelo STJ e pelo TST, estarem a praticar um controle de convencionalidade, a falta de clareza e de uma posição mais sólida e diretiva por parte do STF, particularmente quanto aos critérios (o como) para proceder tal controle e para solucionar conflitos entre os tratados e a ordem interna, não permite (e mesmo não estimula e muito menos vincula) as instâncias ordinárias a realizarem o controle de convencionalidade. Além disso, seguem em aberto, embora já sendo discutidas na doutrina, relevantes questões que envolvem tanto o parâmetro quanto o objeto do controle de convencionalidade, seu alcance, os critérios para a solução de conflitos, como os efeitos das decisões, isso sem falar em problemas relativos à iniciativa do controle e os órgãos competentes para o mesmo.

Assim, dada a amplitude do problema central e dos seus aspectos correlatos e considerando o papel central e diretivo do STF também nessa matéria, o objetivo a que nos propomos é, uma vez revisitado o tema da força normativa dos tratados de direitos humanos na ordem jurídico-constitucional brasileira (2), apresentar algumas questões centrais ligadas ao controle de convencionalidade em si (3), para, na sequência, inventariar e analisar as principais decisões da nossa Suprema Corte em que os tratados de direitos humanos de algum modo tiveram peso na respectiva fundamentação (4), culminando com uma síntese conclusiva (5).

Note-se, além disso, que estaremos aqui enfrentando apenas o assim chamado controle interno de convencionalidade, ou seja, aquele realizado pelos órgãos jurisdicionais nacionais em relação ao direito nacional (interno) e não o controle designado de externo, realizado pelos Tribunais Internacionais quanto ao cumprimento, pelos Estados que ratificaram os tratados e se submeteram à sua jurisdição, dos parâmetros postos pelo direito internacional dos direitos humanos, limitando-nos, como já anunciado no próprio título, a julgados do STF.

2 - O problema da força normativa dos tratados de direitos humanos na ordem jurídica brasileira

A Emenda Constitucional nº 45 (EC 45), que cuidou da reforma do Poder Judiciário, acrescentou – como já frisado – um § 3º ao art. 5º da CF. Tal preceito acabou por inserir no texto constitucional uma norma (no caso, uma regra do tipo procedimental) dispendo sobre a forma de incorporação ao direito interno dos tratados em matéria de direitos humanos, que, interpretada em sintonia com o art. 5º, § 2º, pode ser compreendida como assegurando – *em princípio e em sendo adotado tal procedimento* – a condição de direitos formalmente e materialmente fundamentais aos direitos consagrados no plano das convenções internacionais.

Mas, a despeito da aparente clareza e singeleza da regra, as coisas não são assim tão simples e a controvérsia doutrinária e jurisprudencial seguiu acirrada.

Um primeiro problema diz respeito aos tratados aprovados antes da promulgação da EC 45, incorporados mediante Decreto Legislativo aprovado por maioria simples em sessão unicameral pelo Congresso Nacional.

Nesse sentido, a tese de que por força da EC 45 todos os tratados em matéria de direitos humanos já incorporados ao sistema jurídico brasileiro possam ser considerados como equivalentes às emendas constitucionais, é altamente questionável, pois não há como aplicar, neste caso, o argumento da recepção quando se trata de procedimentos legislativos distintos, ainda que haja compatibilidade material, como se fosse possível equiparar Decreto Legislativo aprovado pela maioria simples à emenda constitucional que exige uma maioria reforçada de três quintos dos votos, sem considerar os demais limites formais das emendas à CF³. A própria comparação com a fungibilidade possível entre lei ordinária e lei complementar não se revela apropriada, considerando a incompatibilidade total de rito (e natureza) dos decretos legislativos e das emendas constitucionais, isso sem falar na hierarquia constitucional das emendas, parâmetro de controle de constitucionalidade também das leis complementares. Emendas à Constituição cumprem função notadamente distinta da legislação o que deveria bastar para demonstrar a inviabilidade da tese da recepção, ainda que material.⁴

Em caráter alternativo – mas substancialmente diverso da tese da recepção – há como sustentar que os tratados internacionais (que já são materialmente constitucionais e, portanto, conforme

³ Neste sentido, registra-se a posição de PIOVESAN, Flávia. Reforma do judiciário e direitos humanos. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCON, Pietro de Jesus Lora (Orgs.). *Reforma do judiciário analisada e comentada*. São Paulo: Método, 2005, p. 72.

⁴ Ver, justamente neste sentido, o enfático pronunciamento de PIOVESAN, Flávia, “Reforma do judiciário e direitos humanos”, *op. cit.*, p. 72.

ainda será objeto de maior desenvolvimento, *já possuem hierarquia constitucional* por força do próprio art. 5º, § 2º, da CF!⁵) também poderão ser formalmente constitucionais – ainda que não inseridos no corpo permanente do texto constitucional - caso forem aprovados, a qualquer momento, pelo procedimento reforçado instituído pelo art. 5º, § 3º,⁶ linha argumentativa que nos parece mais sólida.

Assim, como afirma Flávia Piovesan, no caso dos tratados incorporados pelo rito mais rigoroso previsto no artigo 5º, § 3º, da CF, se estaria apenas (?) a reforçar – no plano formal – a sua hierarquia constitucional material desde logo assegurada por força do art. 5º, § 2º, da CF, que – segundo a autora e a doutrina dominante – a todos os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil⁷. De resto, há que enfatizar sempre que a condição de direitos fundamentais é absolutamente incompatível com uma hierarquia normativa infraconstitucional, visto que direitos fundamentais são sempre direitos constitucionais e não podem estar à disposição plena do legislador ordinário⁸.

De qualquer sorte, a despeito do pleito já antigo e insistente da doutrina majoritária, o STF, embora tenha meritoriamente (e de fato tratou-se de significativo avanço) consagrado a hierarquia supralegal dos tratados de direitos humanos no direito interno, reservou-se a prerrogativa de seguir podendo controlar a constitucionalidade dos tratados em geral, mas também dos tratados de direitos humanos, refutando, por maioria, a tese da paridade entre os tratados de direitos humanos e a CF, não importando, para tal efeito, se os tratados foram, ou não, aprovados pelo rito do § 3º do artigo 5º. De todo modo, já merece aplausos o

⁵ Nesse sentido, v., por todos, MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, Curso de Direito Internacional Público, 6ª ed., São Paulo: RT, 2012, p. 386.

⁶ Nesse sentido, precisamente a conclusão de MAZZUOLI, Valério de Oliveira. O novo § 3º do art. 5º da Constituição e sua eficácia. *Revista da Ajuris*, v. 32, n. 98, Porto Alegre, jun. 2005, p. 321.

⁷ Cf. PIOVESAN, Flávia, *Reforma do Judiciário e Direitos Humanos*, op. cit., p. 72.

⁸ Cf., por todos, o nosso *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, Op. Cit., p. 88 e ss., bem como p. 145 e ss.

fato de o STF ter revisto a sua doutrina anterior, que apenas assegurava aos tratados de direitos humanos força de lei ordinária, equiparando-os a todo e qualquer outro pacto (acordo) internacional. Com efeito, buscando conciliar o papel de destaque atribuído pela CF aos tratados de direitos humanos com a supremacia da constituição, o STF acabou migrando para a tese da hierarquia supralegal de tais tratados, inclusive e especialmente os que foram aprovados antes da EC 45.

O problema de tal entendimento, por ora consolidado ainda que não de forma uníssona, é que mesmo que a hierarquia supralegal tenha representado um considerável avanço em relação ao entendimento antes prevalente, é o de que se segue relegando os direitos humanos consagrados nos tratados internacionais a uma posição secundária em face dos direitos fundamentais da CF, visto que o STF, como bem apontado, acabou – em matéria de tratados de direitos humanos - criando uma “duplicidade de regimes jurídicos”⁹.

Assim, se é certo que comungamos da posição bastante difundida de que talvez melhor tivesse sido que o reformador constitucional tivesse renunciado a inserir um § 3º no art. 5º ou que (o que evidentemente teria sido bem melhor) - em entendendo de modo diverso - tivesse se limitado a expressamente cancelar a incorporação automática (após prévia ratificação) e com hierarquia constitucional de todos os tratados em matéria de direitos humanos, com a ressalva de que no caso de eventual conflito com direitos previstos pelo Constituinte de 1988, sempre deveria prevalecer a disposição mais benéfica para o ser humano (proposta legislativa esta formulada, nestes termos ou em termos similares, por autores como Antonio Augusto Cançado Trindade, Valério Mazzuoli e Flávia Piovesan, entre outros ilustres e engajados defensores da hierarquia constitucional), e por mais que seja controverso, em cada caso, qual o direito de qual (ou quais) pessoa (s) a ser assegurado, também é

⁹ Cf., por todos, MAZZUOLI, Valerio, Curso de Direito Internacional Público, op. cit., p. 386.

correto que vislumbramos no dispositivo ora analisado um potencial positivo, no sentido de viabilizar alguns avanços concretos em relação à práxis ora vigente entre nós.

Assim, à vista do exposto e em caráter de síntese, há que distinguir entre a posição dominante na doutrina, crítica ao STF, advogando que os tratados de direitos humanos tem valor equivalente ao da CF e com ela formam um bloco de constitucionalidade, e a posição adotada pela nossa Corte Suprema. Com efeito, a prevalecer a atual orientação, para o STF são três as possibilidades em termos de força jurídica dos tratados na ordem doméstica: a) hierarquia equivalente a de emenda constitucional, no caso dos tratados de direitos humanos incorporados mediante observância do rito estabelecido pelo § 3º do artigo 5º da CF; b) hierarquia supralegal, aplicável aos tratados de direitos humanos ratificados pelo sistema convencional, por meio de Decreto Legislativo aprovado com maioria simples, anteriores a EC 45; c) hierarquia de lei ordinária, que segue sendo a posição adotada em relação aos demais tratados, que não integram o sistema internacional de reconhecimento e proteção dos direitos humanos.

Assim, tecidas algumas considerações gerais sobre o estado da arte no Brasil no que toca ao problema da hierarquia dos tratados de direitos humanos de acordo com a doutrina e jurisprudência, está preparado o terreno para, no próximo item, enfrentarmos, ainda que em caráter sumário, alguns dos aspectos que dizem respeito ao assim chamado controle de convencionalidade e dos seus respectivos pressupostos e limites.

3 - Notas sobre o assim chamado de convencionalidade no Brasil

Independentemente da posição adotada em prol de uma hierarquia constitucional de todos os tratados em matéria de direitos humanos ratificados pelo Brasil, é possível afirmar que tanto os tratados incorporados pelo rito previsto no § 3º do art. 5º da CF, quanto os demais tratados, aprovados até o advento da

Emenda Constitucional n. 45/2004 e pelo procedimento simplificado dos Decretos Legislativos e que possuem hierarquia supralegal, ensejam, por força de sua superior hierarquia em relação ao restante da normativa interna, a possibilidade (e mesmo o dever) de aferição da compatibilidade entre tais atos normativos e os tratados que lhes são superiores. Isso, como já referido, ficou evidenciado na decisão do STF sobre a proscrição – mediante um efeito “paralisante” – da eficácia de toda e qualquer hipótese legal prevendo a prisão civil do depositário infiel, seja ela criada antes da aprovação do tratado, seja ela introduzida posteriormente, a despeito da manutenção, no texto constitucional, da hipótese de tal modalidade de prisão civil¹⁰.

Assim, sem que se vá aqui adentrar o tema específico da prisão civil e do acerto da decisão do STF no concernente ao tema, o que importa nesta quadra é a constatação de que se cuidou da primeira vez em que a mais alta Corte brasileira efetuou o que passou, também no Brasil, a ser chamado de um controle de convencionalidade.

A terminologia adotada, por sua vez, busca evidenciar a distinção entre o controle de constitucionalidade, pois independentemente de sua hierarquia constitucional, trata-se de afirmar que os tratados (aqui referidos pelo termo convenções) operam como parâmetro para o controle de outros atos normativos que lhes são hierarquicamente inferiores.

A partir do que até agora foi sumariamente exposto, já é possível avançar com o tema e esboçar algumas considerações preliminares, todas, contudo, sujeitas ao crivo do contraditório e aguardando a evolução da prática política e jurisdicional brasileira, ademais do desenvolvimento e refinamento do debate na doutrina. Assim, importa sublinhar, não faremos referência à experiência de outros países na matéria e nem ao que se processa na esfera da jurisdição

¹⁰ Cf. especialmente o voto do Ministro Gilmar Mendes no RE 466.343, Rel. Ministro Cezar Peluso, publicado no DJ em 05.06.2009.

supranacional (salvo, quando for o caso, no que toca a decisões que envolvem ações ou omissões do poder público do Brasil) para o que, desde logo, remetemos à literatura especializada¹¹.

De qualquer sorte, importa sublinhar que o controle de convencionalidade se mostra operante em dois grandes planos: a) um controle externo, que diz respeito ao controle levado a efeito por tribunais ou mesmo outras instâncias de caráter supranacional, aqui com destaque para a Comissão e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, mas que, como adiante, não constitui o objeto do presente texto, bem como b) um controle interno, realizado por órgãos nacionais, o qual agora e na perspectiva das decisões do STF será analisado mais detidamente,

Uma primeira indagação – por si só não imune a dissídio - diz respeito a quais os tratados internacionais que podem servir de parâmetro para um controle de convencionalidade no plano interno, pois resulta óbvio que para os defensores da paridade entre tratados e CF, todos os tratados integram com a mesma dignidade jurídica o bloco de constitucionalidade, de modo a serem simultaneamente parâmetros do controle de constitucionalidade e do controle de convencionalidade. Mas, muito embora também seja esta – e de há muito – a posição perfilhada, tomaremos como ponto de partida a orientação atual do STF, que, de resto, como guardião da CF, detém a última palavra também nessa seara.

Ainda assim, seria possível advogar um tratamento diferenciado, a depender da natureza do tratado de direitos humanos ou mesmo em virtude de seu modo de incorporação, o que, aliás, corresponde ao entendimento atual do STF. Todavia, a distinção entre tratados ratificados antes da promulgação da EC 45 e aprovados por maioria simples e os tratados incorporados mediante o rito previsto no artigo 5º, § 3º, CF, embora implique um

¹¹ V especialmente, dentre outros, MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; MARINONI, Luiz Guilherme (Coord), Controle de Convencionalidade. Um panorama latino-americano. Brasil/Argentina/Chile/México/Peru/Uruguai. Brasília-DF: Gazeta Jurídica, 2013; MIDÓN, Mario A.(Dir.) *Derechos Humanos y Control de Convencionalidade*, Resistencia: ConTexto Libros, 2016.

tratamento em parte diferenciado, não obsta a que todos os tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil, sejam, por força de sua hierarquia superior à normativa infraconstitucional doméstica, parâmetro para o controle de convencionalidade.

Tal controle, assim como ocorre no caso do controle de constitucionalidade, se dá – de acordo com a orientação do STF – especialmente em virtude da hierarquia normativa superior assegurada aos tratados de direitos humanos, quando, de acordo com o modelo advogado pelos defensores de um constitucionalismo de múltiplos níveis, inexistente hierarquia entre a ordem interna e a internacional, mas sim a necessidade de uma harmonização que não pressupõe a supremacia de uma em relação a outra.

Cabe anotar, que mesmo que a hierarquia dos tratados seguisse sendo equivalente a da lei ordinária (como durante muito tempo entendeu o STF), ainda assim seria necessário uma espécie de controle de convencionalidade, pelo menos para resolver conflitos entre tratados e legislação. Da mesma forma não parece correto, *s.m.j.*, distinguir, para efeitos do controle de convencionalidade, apenas uma parte dos tratados de direitos humanos, buscando definir convenções (ainda mais para o efeito ora discutido) como sendo uma espécie do gênero tratados, de tal sorte que as convenções deveriam ser então incorporadas pelo rito do artigo 5º, § 3º, da CF, ao passo que os demais tratados de direitos humanos poderiam ser aprovados por maioria simples.

O que de fato passa a ser relevante é que a diferença entre tratados com *status* equivalente aos de uma emenda constitucional e os demais tratados, dotados de hierarquia supralegal, nos termos da orientação imprimida pelo STF, reside no fato de que os primeiros passam a integrar o bloco de constitucionalidade, operando como parâmetro tanto de um controle de constitucionalidade como de um controle de convencionalidade. A dificuldade maior, nesses casos (por ora apenas o da Convenção das Pessoas com Deficiência e seu respectivo Protocolo Facultativo), será a de verificar, dadas as circunstâncias, a existência de eventual

conflito entre o tratado aprovado e as cláusulas pétreas da constituição na sua versão originária, situação na qual, a prevalecer a posição do STF no sentido de que o embate entre tratado e constituição se resolve, em princípio, em favor da segunda, poderá resultar na declaração de inconstitucionalidade do tratado internacional (em verdade, do texto aprovado pelo Congresso Nacional). Tal hipótese, contudo, ainda não foi objeto de apreciação pelo STF e, de resto, caso venha a ocorrer o será em caráter isolado, especialmente pelo fato de que a CF é pródiga em direitos fundamentais e consagrou - expressa e/ou implicitamente - praticamente todos os direitos consagrados nos principais documentos internacionais, mas também pelo fato de que se haverá de recorrer à técnica da interpretação conforme a constituição, que, s.m.j., limitará ainda mais tal possibilidade, ainda que esta não possa ser afastada de plano.

Além disso, ainda no tocante aos tratados aprovados pelo rito qualificado do § 3º do artigo 5º da CF, o diferencial reside no fato de que, por integrarem o bloco de constitucionalidade, operam como parâmetro do controle de constitucionalidade em sede concentrada e difusa, desafiando todas as ações constitucionais e recursos que garante o acesso ao STF que, em última Instância, decide sobre a compatibilidade do direito infraconstitucional interno e mesmo dos tratados (tenham eles hierarquia supralegal ou apenas legal) com a CF.

Quanto aos tratados que, de acordo com o STF (ressalvando-se a posição divergente da doutrina dominante), possuem hierarquia supralegal, podem ser vislumbradas já algumas alternativas no que diz com o controle da compatibilidade entre atos do poder público (em especial atos normativos) internos e os tratados de direitos humanos que lhes são superiores, no mesmo passo em que os tratados podem ser submetidos a um controle de constitucionalidade: a) incompatibilidade entre a normativa interna (infraconstitucional) e o tratado aprovado pelo Congresso Nacional, mas simultaneamente compatibilidade com a CF; b) incompatibilidade entre as normas internas e os tratados, mas

também inconformidade com a CF; c) compatibilidade com o tratado mas desconformidade com a CF;

O quadro sumariamente apresentado, desde logo revela que a duplicidade de regime criada pelo STF para os tratados de direitos humanos, mas especialmente pelo fato de o STF afirmar a sua competência para realizar o controle (difuso e concentrado) de constitucionalidade do tratado, torna a questão ainda mais complexa, além de colocar o controle de convencionalidade, ao menos em princípio, em uma condição subalterna ao próprio controle de constitucionalidade. De todo modo, isso não deveria servir de escusa para que os Juízes e Tribunais ordinários renunciem ao controle de convencionalidade, já que a hierarquia supralegal já se revela suficiente, como já se viu quando do julgamento do caso da prisão civil do depositário infiel, para superar toda e qualquer lei ou ato normativo interno naquilo que contraria tratado internacional de direitos humanos. Cuida-se, outrossim, de autêntico poder-dever cometido ao Poder Judiciário, seja no âmbito de um controle difuso, seja pela via de um controle abstrato e concentrado, tal como propõem Valério Mazzuoli¹² e Luiz Guilherme Marinoni¹³, aspecto que aqui não temos a intenção de desenvolver.

Que o controle de convencionalidade não é, por outro lado, um controle exclusivamente jurisdicional igualmente há de ser sublinhado e talvez possa merecer alguma atenção adicional como hipótese plausível. O Poder Legislativo, quando da apreciação de algum projeto de lei, assim como deveria sempre atentar para a compatibilidade da legislação com a CF, também deveria assumir como parâmetro os tratados internacionais, o que, de resto, não se aplica apenas aos tratados de direitos humanos, mas deveria ser levado mais a sério nesses casos.

Não se pode olvidar, nessa quadra, que legislação interna incompatível com algum tratado ratificado pelo Brasil e que esteja

¹² Cf. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Curso de Direito Internacional Público, op. cit., p. 394 e ss.

¹³ Cf. MARINONI, Luiz Guilherme, op. cit. p. 1187 e ss.

em vigor na esfera supranacional configura violação do tratado, cabendo ao Poder Legislativo operar de modo preventivo também nessa seara. Da mesma forma, o Chefe do Executivo deveria vetar lei aprovada pelo Legislativo quando detectar violação de tratado internacional, ainda que não se cuide aqui de um veto justificado pela eventual inconstitucionalidade da lei, a não ser no caso de tratado aprovado pelo rito do artigo 5º, 3º, da CF, onde, pelo menos assim o sugerimos, o tratado – mesmo de acordo com o entendimento do STF – integra, ao menos em geral, o bloco de constitucionalidade brasileiro. De qualquer sorte, cuida-se de tópico a merecer desenvolvimento pela doutrina especializada e que poderá lançar maior luz sobre o tema do que aqui fomos capazes (e mesmo intentamos) de fazer.

Outro tópico de relevo e que aqui se refere em caráter ilustrativo, diz com os efeitos do controle de convencionalidade (e da respectiva e eventual declaração de inconvencionalidade) sobre a normativa legal e infralegal interna. Nesse contexto, o STF já se pronunciou pelo reconhecimento do que designou (especialmente por ocasião do voto proferido pelo Ministro Gilmar Mendes, já referido) de um efeito paralisante, que impede edição de legislação superveniente em sentido contrário e afasta a aplicação de lei anterior incompatível com o tratado. Se a exemplo do que se verifica no controle de constitucionalidade se poderá declarar a nulidade da lei com base em tratado internacional (hipótese mais plausível em se tratando de tratado com *status* equivalente a emenda constitucional), portanto, se é o caso de afetação da esfera da validade ou apenas da eficácia dos atos normativos afetados com base nos tratados internacionais, constitui igualmente tópico a ser explorado pela literatura e submetido ao crivo da prática decisória dos Tribunais. Por ora, contudo, à míngua de mais exemplos disponíveis na jurisprudência do STF - ressalvada a decisão sobre a prisão civil do depositário infiel – é de se apostar que a doutrina, atenta ao problema, possa construir alternativas adequadas.

No caso de Valério Mazzuoli, se verifica a necessidade de realizar um controle dúplice da compatibilidade vertical material das normas de direito interno, no sentido de que em se tratando de norma interna posterior à ratificação do tratado, a declaração de sua contrariedade ao tratado, seja no âmbito do controle difuso, seja no controle concentrado, implica em perda de sua validade, por vício material, assim como da consequente perda de sua eficácia. Todavia, se o tratado de direitos humanos for ratificado pelo Brasil após a norma de direito interno entrar em vigor, a declaração de inconvenção dessa ocasionará sua revogação imediata. O autor faz, ainda, uma distinção entre a perda da validade e a vigência da norma de direito interno, destacando que há situações em que essa norma é compatível formal e materialmente com a Constituição (primeira via de compatibilidade vertical) e, por isso, vigente, porém incompatível com o tratado de direitos humanos, o que a torna inválida mediante a realização da dupla via de compatibilidade vertical material, bem como resulta, segundo sua visão, numa espécie mais completa de controle de validade das normas jurídicas¹⁴.

Luiz Guilherme Marinoni, por sua vez, a despeito de destacar, conforme linha dominante no Supremo Tribunal Federal, a suprallegalidade dos tratados de direitos humanos que não foram aprovados nos moldes do §3º do art. 5º da Constituição Federal de 1988, acompanha o entendimento de Mazzuoli sobre os efeitos de invalidação da decisão que declara a inconvenção das normas de direito interno conflitantes com essa espécie de tratado internacional¹⁵.

Já para André de Carvalho Ramos, o “verdadeiro” (aspas nossas) controle de convencionalidade se verifica apenas no âmbito internacional (ou seja, na esfera do assim chamado controle

¹⁴ Cf. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *O controle jurisdicional de convencionalidade das leis*. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 160 e ss..

¹⁵ Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. Controle de Convencionalidade, in: SARLET, Ingo W., MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 4ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 1334-1335.

externo), cuja interpretação deve ser seguida pelos órgãos nacionais mediante um “diálogo das Cortes”. Mas, quanto aos efeitos da decisão que reconhece a violação do tratado internacional de direitos humanos, Ramos reconhece o efeito de invalidação da decisão em sede de controle de convencionalidade nacional, destacando, todavia, que – segundo o STF – os tratados de direitos humanos aprovados pelo rito previsto no art. 5º, §3º da CF/88 passam a integrar o bloco de constitucionalidade restrito. Além disso, o autor destaca que o caráter supralegal dos demais tratados de direitos humanos recepcionados pelo Brasil sem observância do citado rito torna inaplicável a legislação infraconstitucional conflitante¹⁶.

Assim, é possível – ressalvada é claro a posição pessoal no sentido de afirmar a existência de um controle externo e interno de convencionalidade e a crítica ao modelo dúplice adotado pelo STF – sustentar, acompanhando no substancial os autores citados, que eventual incompatibilidade entre a normativa interna, no todo ou em parte, implica a declaração de sua invalidade e consequente inaplicabilidade. Todavia, ousamos divergir em parte pelo fato de entendermos não haver uma simetria cogente entre a prática ainda dominante no STF no que diz com o controle de constitucionalidade abstrato de normas anteriores à promulgação da CF, situação na qual o entendimento dominante é no sentido de que o efeito não é a invalidação, mas sim, a revogação da normativa anterior. Esse entendimento, contudo, não se aplica no caso da ADPF e não é cogente na esfera do controle difuso, ademais de ser em si mesmo criticável e não corresponder à solução adotada em muitos países. Portanto, o efeito de invalidação, assim como suas respectivas consequências, opera, no nosso entender, tanto no caso de normas anteriores à ratificação dos tratados quanto no caso de normas posteriores.

Além disso, também no controle interno de convencionalidade há de se observar a necessária autocontenção

¹⁶ Cf. RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 386-403.

(*self restraint*) por parte dos órgãos judiciários, ao menos para efeito de invalidar uma lei interna, lançando-se mão (aqui a exemplo do que se verifica no controle de constitucionalidade) do instituto de uma interpretação conforme ao direito internacional dos direitos humanos.¹⁷

De qualquer sorte, tendo em conta que em matéria de controle de convencionalidade tanto a doutrina quanto a jurisprudência brasileira se encontram em uma fase que se pode (ainda) designar de embrionária, resulta evidente que um balanço mais minucioso e seguro das principais questões materiais e processuais por ora se mostra bastante temerário. Por outro lado, ao longo dos últimos anos já podem ser identificados vários casos em que o Poder Judiciário brasileiro, aqui representado pelo STF, acabou - de algum modo - por fazer um controle de convencionalidade, ainda que se possa eventualmente criticar os fundamentos ou o resultado do julgamento.

Assim, no próximo segmento, o objetivo é colacionar alguns julgados onde tal controle (interno) foi exercido, seja por uma interpretação do direito interno à luz dos tratados de direitos humanos, seja mesmo pela não aplicação da legislação interna quando em manifesto contraste com os tratados internacionais, desde logo informando que não se trata de um inventário exaustivo, o que desbordaria dos limites do presente estudo.

¹⁷ Nesse sentido v. SAGÜÉS, Néstor Pedro. El “control de convencionalidad” en el sistema interamericano, y sus antecipos en el ambito de los derechos económicos-sociales. Concordancias y diferencias con el sistema europeo. In: BOGDANDY, Armin Von; FIX-FIERRO, Héctor; ANTONIAZZI, Mariela Morales; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (Orgs). *Construcción y Papel de los Derechos Sociales Fundamentales*. 1ª Ed., Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011. Disponível em: <<http://www.ijf.gob.mx/cursosesp/2012/derhumancontrolconvencionalidad/Nestor%20Sagu.es.pdf>>. Acesso em 04 de fevereiro de 2017. O autor, compartilhando o entendimento no sentido da existência de um controle duplo (internacional e nacional), salienta, quanto ao efeito das decisões de controle de convencionalidade, a função de invalidação das normas de direito interno inconventionais, assim como a exigência de uma interpretação e aplicação de tais normas em conformidade com os tratados de direitos humanos

4 – Apresentação e breve análise de alguns casos no âmbito do assim chamado controle (jurisdicional) interno de convencionalidade no Brasil realizado pelo STF

No caso do controle interno, realizado pelos órgãos jurisdicionais brasileiros, muito embora existam decisões isoladas dos Tribunais Superiores invocando tratados de direitos humanos, o principal tema levado ao Poder Judiciário e que acabou resultando na alteração da jurisprudência dominante do STF (cuja prática decisória será aqui priorizada) nessa matéria, em especial no que diz com a hierarquia dos tratados no direito interno, foi, como já adiantado, o reconhecimento da ilegitimidade das hipóteses de prisão civil do depositário infiel, sejam elas criadas por lei para situações específicas, seja no caso de contratos típicos de depósito ou mesmo no caso de depositários judiciais. O principal (e primeiro) caso, já referido quando da análise do problema da hierarquia dos tratados, foi o Recurso Extraordinário 466.343-1, Relator Ministro Cezar Peluso, Tribunal Pleno, julgado em 03/12/2008, por ocasião do qual, a despeito de ter sido (no voto condutor da posição vencedora proferido pelo Ministro Gilmar Mendes) reconhecido que os casos de prisão do depositário infiel previstos na legislação sobre a alienação fiduciária em garantia (e congêneres) já seriam inconstitucionais por violação do princípio da proporcionalidade, foi afirmada a hierarquia supralegal de todos os tratados de direitos humanos ratificados até a promulgação da Emenda Constitucional nº 45/2004, que inseriu o já citado § 3º no artigo 5º da CF, vencida uma minoria de três ministros que sustentaram a tese da paridade entre tratados de direitos humanos e a CF. Por via de consequência, foi decidido que os tratados teriam efeito paralisante, não apenas implicando a não aplicação de toda e qualquer hipótese legal anterior, mas também bloqueando a criação de novas hipóteses de prisão do depositário infiel. Além disso, em julgamentos posteriores, o STF acabou por afastar inclusive a possibilidade de se determinar

a prisão do depositário judicial infiel, o que resultou na edição da Súmula Vinculante nº 25.

Todavia, por mais que em geral se possa aplaudir tal decisão (e decisões), em especial pelo inegável mérito de terem protagonizado uma valorização substancialmente maior dos tratados de direitos humanos no direito interno brasileiro (o que já foi comentado), a edição de súmula vinculante proscrevendo por completo toda e qualquer possibilidade de criação legislativa de hipótese de prisão civil de depositário infiel não deixa de merecer algum crivo de caráter mais crítico.

Em primeiro lugar, considerando que a possibilidade de prisão de depositário infiel está prevista no próprio texto constitucional (artigo 5º, inciso LXVII, da CF) e tendo sido afastada a tese da paridade entre tratados de direitos humanos e a CF, a proibição sumulada de criação de qualquer hipótese de prisão equivale, ao fim e ao cabo (e sendo afastada qualquer possibilidade de ponderação com outros direitos e bens constitucionalmente protegidos) a uma mutação constitucional que conflita diretamente o texto da CF, o que se revela especialmente problemático pelo fato de o STF ter afirmado que a CF prevalece sobre os tratados, que tiveram reconhecida a hierarquia supralegal. Se o STF tivesse reconhecido a tese da paridade entre tratados de direitos humanos e a CF seria possível, ao menos em princípio, admitir uma regra (constitucional, por força dos tratados que integram o bloco de constitucionalidade) que afastasse a prisão civil nessas hipóteses ou pelo menos por força do princípio da aplicação da solução mais protetiva da pessoa humana. Assim, o que se percebe é uma potencial incongruência entre a tese da força supralegal dos tratados de direitos humanos e a circunstância de que, de fato, o STF acabou por afirmar, no caso da prisão civil, a prevalência dos tratados sobre a própria CF, impedindo por completo o legislador estabelecer aquilo que o texto constitucional expressamente autoriza.

Independentemente de outras críticas que poderiam ser formuladas e que inclusive encontram ressonância em parte da

doutrina, como é o caso de ter o STF desconsiderado a existência de um conflito entre direitos fundamentais, que, no âmbito de uma ponderação, poderia justificar, em caráter excepcional, ao menos a prisão do depositário judicial, especialmente em se tratando de crédito de natureza existencial, o fato é que sequer existe um conflito direto entre a CF e os tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil, que vedam a prisão por dívida (salvo alimentos) mas não fazem referência expressa a toda e qualquer hipótese de prisão civil, visto que esta é gênero do qual a prisão por dívida e a prisão do depositário infiel (especialmente do judicial) são espécies. De qualquer sorte, não é o caso de aqui aprofundar a discussão, além do que, a despeito de eventuais pontos controvertidos, o caso da prisão civil, como já sinalado, apresenta o inegável mérito de reverter, ainda que já transcorridos dezoito anos da promulgação da CF, a vetusta jurisprudência que estabelecia uma relação de paridade entre tratados de direitos humanos e a legislação ordinária interna.

Um segundo caso relevante, que gerou significativa crítica por parte dos profissionais do jornalismo que sustentava a necessidade de diploma superior específico habilitando para o exercício da profissão, o STF, em julgamento por maioria de votos realizado em 17/06/2009, nos termos do voto do Relator Min. Gilmar Mendes, julgou procedente o Recurso Extraordinário nº 511961, no sentido de que a norma contida no art. 4º, inciso V, do Decreto-Lei nº 972/1969, que determina a obrigatoriedade de apresentação de diploma de curso superior registrado no Ministério da Educação para o exercício da profissão de jornalista, não foi recepcionada pela CF, ademais de violar o artigo 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos, por representar uma limitação desarrazoada ao direito de liberdade de expressão, e, por via de consequência, por afetar o incondicionado e efetivo exercício da liberdade jornalística, referenciando inclusive precedentes da Comissão de Direitos Humanos e da Corte Interamericana nesse sentido. Convém registrar que restou vencido o Ministro Marco Aurélio, que votou

pela recepção da referida norma infraconstitucional pela CF, argumentando que se trata de requisito inerente à regulamentação profissional prevista constitucionalmente no âmbito da liberdade de profissão, ademais de resguardar-se a segurança jurídica e a qualificação profissional.

Em matéria criminal, registram-se vários casos nos quais o STF acabou, de algum modo, lançando mão do parâmetro dos tratados de direitos humanos para balizar as suas decisões.

Em 01.09.2010, por maioria, nos termos do voto do Relator, Ministro Ayres Britto, o Pleno do STF decidiu por conceder parcialmente a ordem no âmbito do Habeas Corpus nº 97256, impetrado pela Defensoria Pública da União em face de decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, para afastar a vedação contida no art. 44 da Lei nº 11.343/2006 quanto à substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos nos delitos de tráfico de entorpecentes. Na sua fundamentação, o Relator utilizou como parâmetro a Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, que permite a incidência de substituição da pena privativa de liberdade nesses casos, bem como ressaltou que esse tratado internacional foi incorporado pelo Brasil mediante Decreto nº 154 de 26/07/1991, o que resultou, portanto, no reconhecimento da sua prevalência (dada a sua hierarquia supralegal) em face da Lei federal nº 11.343/2006, a Lei que tipifica e regulamenta o processo que envolve o tráfico e o porte para consumo de drogas no Brasil.

Importa sublinhar que houve divergência, inaugurada pelo Ministro Joaquim Barbosa, que denegou a ordem por entender necessário tratamento equânime entre todos os crimes hediondos e os que lhes são equiparados conforme norma constitucional o que representaria forma de respeitar a garantia de individualização da pena, sendo acompanhado pela Ministra Cármen Lúcia. A Ministra Ellen Gracie denegou a ordem com base na reserva absoluta de lei formal para tratar da matéria penal e entendeu que a vedação de substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos

deveria ser aplicada a crimes de tráfico de drogas cometidos após a Lei nº 11.343/2006, ao passo que o Ministro Marco Aurélio denegava a ordem por entender ser razoável a referida vedação enquanto opção política do Legislador, a exemplo de outras vedações previstas em leis especiais, bem como tendo em conta a repercussão social da prática criminosa relativa ao tráfico de drogas.¹⁸

Ainda na seara criminal, o STF, em 22/11/2011, na Ação de Extradicação nº 1223, relatada pelo Ministro Celso de Mello, por unanimidade de votos da sua 2ª Turma, negou pedido de extradição fundado em tratado de extradição entre Brasil e Equador, ao reconhecer a garantia fundamental da “*double jeopardy*” (vedação ao *bis in idem*), prevista no art. 14 n. 7 do Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos, por força de sua hierarquia supralegal, como obstáculo insuperável à instauração de persecução penal no Brasil contra brasileiro naturalizado, que tenha cometido delito comum antes da sua naturalização, exceto tráfico de entorpecentes, e que já tenha sido condenado ou absolvido, com trânsito em julgado, pelo mesmo fato no estrangeiro.

Tema polêmico e a respeito do qual se estabeleceu intensa controvérsia doutrinária, mas também jurisprudencial, diz com o reconhecimento, ou não, de um direito-garantia do duplo grau de jurisdição no direito interno brasileiro, especialmente em face da inexistência de previsão constitucional expressa a respeito.

Note-se que em geral o STF vinha rechaçando o reconhecimento de um direito ao duplo grau de jurisdição, ou então entendendo que o mesmo não assume a condição de direito absoluto, podendo ser objeto de restrição em virtude da necessidade de compatibilizar sua incidência com as peculiaridades do direito interno. Assim, por exemplo, no Agravo Regimental em AI nº 601832, relatado pelo Ministro Joaquim Barbosa e julgado em 17/03/2009, foi afirmado, à unanimidade, o entendimento de que

¹⁸ No mesmo sentido do HC nº 97256, ver no STF: HC 125188, Relator: Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, julgado em 04/10/2016; HC 123329, Relator: Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, julgado em 16/02/2016 e RHC 119832, Relator: Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, julgado em 22/04/2014.

não configura violação ao princípio da igualdade o fato de alguns réus terem acesso ao duplo grau de jurisdição e outros não o terem por questão de prerrogativa de foro em tribunal superior, isso pelo fato de que a garantia do duplo grau de jurisdição necessita se adequar em relação às demais normas constitucionais, não possuindo natureza absoluta.

Todavia, retomando o tópico e a despeito de uma série de decisões anteriores em sentido distinto, o STF, em 12/09/2013, por maioria de votos e em sede de questões de ordem analisadas em julgamento de embargos infringentes interpostos no âmbito da Ação Penal nº 470¹⁹ (mais conhecido como o julgamento do “Mensalão”), entendeu que a garantia fundamental prevista no art. 8º da Declaração Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) se aplica a processos que se iniciam originariamente nos tribunais superiores e que o reexame da matéria poderá ser feito pelo próprio tribunal a partir do manejo do referido recurso previsto no Regimento próprio do tribunal.

Mediante tal decisão, o STF modificou seu entendimento anterior em relação ao acesso ao duplo grau de jurisdição em sede de ação penal originária na Corte Suprema, pois ao analisar pedidos de desmembramento da ação como forma de não violar o duplo grau de jurisdição para aqueles réus que não tinham prerrogativa de foro e que estavam sendo processados devido à regra da conexão e continência, o Tribunal entendeu por aplicar sua Súmula nº 704, ainda que o duplo grau de jurisdição restasse relativizado para os referidos réus²⁰. Todavia, ao reconhecer a possibilidade de

¹⁹ Particularmente na análise do vigésimo quinto e vigésimo sexto recurso de embargos infringentes, cujo teor pode ser conferido, em caráter sumário, no Informativo de Jurisprudência do STF nº 719 e 720.

²⁰ Sobre essa questão, prevaleceu o voto do Min. Joaquim Barbosa, relator, que destacou o Enunciado 704 da Súmula do STF (“Não viola as garantias do juiz natural, da ampla defesa e do devido processo legal a atração por continência ou conexão do processo do corréu ao foro por prerrogativa de função de um dos denunciados”), a demonstrar que o debate, pelo prisma constitucional, já teria sido realizado. O Min. Luiz Fux observou que o exame de ações conexas teria por escopo a aplicação de duas cláusulas constitucionais: devido processo legal e duração razoável do processo. Considerou não haver, nas causas de competência originária da Corte, duplo grau obrigatório de jurisdição, bem como ressaltou a possibilidade de o eventual julgamento isolado de alguns dos réus, em contexto de

interposição de embargos infringentes nas ações penais originárias, desde que os requisitos recursais fossem preenchidos quanto à existência de decisões não unânimes, o Ministro Celso de Mello, proferiu o voto de desempate e admitiu a possibilidade de utilização, no caso, dos embargos infringentes. Ele destacou, também, que a regra consubstanciada no art. 333, I, do Regimento Interno do STF buscaria permitir a concretização, no âmbito daquele Tribunal, no contexto das causas penais originárias, do postulado do duplo reexame, que visa a amparar direito consagrado na Convenção Americana de Direitos Humanos, na medida em que realizaria, embora insuficientemente, a cláusula da proteção judicial efetiva. A decisão majoritária partiu de divergência aberta pelo Min. Roberto Barroso, que foi seguido pelos Ministros Teori Zavaski, Dias Toffoli, Rosa Weber, Ricardo Lewandowski e Celso de Mello. A despeito de a fundamentação dos Ministros não ser convergente (em parte) quanto aos argumentos invocados, acabou sendo reconhecida a primazia do duplo grau de jurisdição, seja por força de sua previsão constitucional implícita, seja em virtude (de acordo com manifestação de alguns Ministros) de sua previsão na Convenção Americana de Direitos Humanos. Ao final do julgamento, restaram vencidos os Ministros Joaquim Barbosa, Presidente e relator, Luiz Fux, Cármen Lúcia, Gilmar Mendes e Marco Aurélio, que não admitiam os embargos infringentes por entenderem que esse recurso estaria revogado pela Lei 8.038/1990.²¹

interdependência fática, levar à prolação de decisões inconciliáveis. Afirmou que, da ponderação entre as regras do Pacto de São José da Costa Rica e da Constituição, prevaleceriam estas, porquanto emanadas do Poder Constituinte. O revisor, Ministro Ricardo Lewandowski, por sua vez, aduziu não ser possível admitir-se que a interpretação de normas infraconstitucionais, notadamente, daquelas que integrassem o CPP – instrumento cuja finalidade última seria proteger o jus libertatis do acusado diante do jus puniendi estatal – derogasse a competência constitucional estrita fixada pela Constituição aos diversos órgãos judicantes. Ademais, essa exegese malferiria o princípio do duplo grau de jurisdição, previsto no Pacto de São José da Costa Rica. (Informativo de Jurisprudência nº 673 do Supremo Tribunal Federal).

²¹ A Corte manteve o referido entendimento em relação ao voto majoritário proferido pelo Min. Barroso no julgamento dos Agravos Regimentais que, posteriormente, buscavam o conhecimento de embargos infringentes de corréus sem que os requisitos previstos no art. 333, inciso I, do Regimento Interno da Corte estivessem supridos. Nesse sentido, a título de exemplo, ver o julgado mais recente

Outra matéria recorrentemente contemplada em julgamentos do STF diz respeito ao direito-garantia da razoável duração do processo e a configuração do excesso de prazo em ação criminal e as respectivas sanções. Tal garantia, incorporada ao texto constitucional pela Emenda Constitucional nº 45/2004, encontra também expressa previsão nos artigos 7.5 e 7.6 do Pacto de São José da Costa Rica, que reconhecem a garantia da razoável duração do processo na forma de um direito subjetivo a um julgamento sem dilações indevidas. Em julgamento datado de 13.11.2014, Segunda Turma, proferido à unanimidade, o STF, no Habeas Corpus nº 111173, Relator Ministro Celso de Mello, procedeu a controle de convencionalidade de decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), invocando precisamente as disposições referidas da Convenção Americana de Direitos Humanos, reconhecendo a configuração de constrangimento ilegal da liberdade de locomoção em virtude do excesso de prazo, afirmando que o julgamento deve ocorrer em tempo adequado. Na conclusão do citado julgado, o Tribunal determinou, ainda, prazo de duas Sessões para que o Superior Tribunal de Justiça (autoridade coatora) finalizasse o julgamento do Habeas Corpus nº 203917, cuja alegação de excesso de prazo teria ocasionado a impetração do Habeas Corpus ora noticiado perante o STF.

Julgado importante – novamente em matéria criminal – diz respeito a assim chamada audiência de custódia (em verdade uma audiência de apresentação), procedimento criado inicialmente pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, mediante o Provimento 03/2015, como forma de dar cumprimento ao disposto no Pacto de São José da Costa Rica (artigo 7º, item 05), naquilo em que determina que toda pessoa detida ou retida deverá ser apresentado sem demora a

no âmbito da citada ação penal: AP 470 El-décimos quintos-AgR, Relator: Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, julgado em 22/05/2014. Todavia, em outros julgados posteriores de ações originárias, a Corte seguiu o entendimento de que a prerrogativa de foro prevista na Constituição Federal não viola a garantia do duplo grau de jurisdição, constituindo, pois, forma de sua relativização, nesse sentido ver: AP 560, Relator: Min. Dias Toffoli, Segunda Turma, julgado em 25/08/2015 e Inq 3412 ED, Relatora: Min. Rosa Weber, Tribunal Pleno, julgado em 11/09/2014.

um juiz. Nesse caso, o STF, em 20/08/2015, por maioria de votos e nos termos do voto do Relator, Ministro Luiz Fux, conheceu em parte do pedido na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5240, julgando tal ação improcedente. Ao proceder ao exame de constitucionalidade o STF também analisou a convencionalidade do referido ato normativo em face da Convenção Americanada de Direitos do Homem, entendendo que seu já referido artigo 7º, item 5, oferta o fundamento necessário para validar o citado ato normativo, ademais de entender não existir violação das normas constitucionais que envolvem a competência legislativa em matéria processual penal. Importa registrar, contudo, o voto divergente do Ministro Marco Aurélio que acatava a preliminar de extinção da ação pela impossibilidade de o STF analisar ato secundário via controle concentrado de constitucionalidade, inclusive ressaltando que o ato impugnado não estaria inovando no sistema jurídico, tendo em vista a disposição do §1º do art. 306 do Código de Processo Penal, que já previa, ainda que não sob o mesmo rótulo, a audiência de custódia. No mérito, o Ministro Marco Aurélio julgou a ação procedente por entender que houve violação das normas sobre competência legislativa exclusiva da União.

O caso da assim chamada audiência de custódia, para além de ter sido objeto de decisão afirmativa do STF em sede de controle de constitucionalidade e de convencionalidade, ilustra a possibilidade (polêmica aos olhos dos que entendem que a medida careceria de regulamentação legal) deferida ao Poder Judiciário para, no âmbito de sua competência regimental e administrativa, dar execução a exigências estabelecidas em Convenções Internacionais, por conta da regra da aplicabilidade imediata dos direitos e garantias civis e políticos, assim também afirmada pela CF em relação dos direitos fundamentais em geral (artigo 5º, § 1º), mormente que não se está, no caso, propriamente a “legislar” sobre processo e procedimento, mas sim, implementar, em termos logísticos e operacionais, medida concreta que já decorre de obrigação legal interna, notadamente

pelo fato de o Congresso Nacional ter aprovado sem reservas a Convenção Americana de Direitos Humanos no ponto em causa.

Matéria de elevado impacto, inclusive já submetida à Comissão de Direitos Humanos da OEA, diz respeito às precárias condições de cumprimento de penas privativas de liberdade ou prisões provisórias no âmbito do sistema carcerário brasileiro. Embora a existência de decisões de outras instâncias judiciais dispondo sobre o tema, a matéria chegou ao STF para uma análise mais sistemática e substancial. Com efeito, em 09/09/2015, por maioria de votos, sendo Relator o Ministro Marco Aurélio, foi julgada a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347, tendo sido reconhecido que a situação precária na qual se encontram os presos nos presídios brasileiros consiste em uma violação generalizada e sistêmica de direitos fundamentais, resultado de inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em modificar a conjuntura. O Tribunal reconheceu a existência de transgressões a exigirem a atuação não apenas de um órgão, mas sim de uma pluralidade de autoridades, e que se instalou um assim designado “estado de coisas inconstitucional”, no mesmo sentido em que já havia julgado a Corte Constitucional Colombiana.

Nesse contexto, o STF passou a estabelecer algumas medidas para que a Administração Pública, mas também os demais órgãos do Poder Judiciário, assegurassem o respeito ao mínimo em dignidade humana, conforme compromisso firmado mediante a ratificação do Pacto de Direitos Cívicos e Políticos da ONU e da Convenção Interamericana de Direitos Humanos. Os Ministros frisaram que no sistema prisional brasileiro ocorreria violação generalizada de direitos fundamentais dos presos no tocante à dignidade, higidez física e integridade psíquica e que as penas privativas de liberdade aplicadas nos presídios converter-se-iam em penas cruéis e desumanas, dadas as condições em geral de cumprimento de tais penas. Nesse contexto, diversos dispositivos (artigos 1º, III, 5º, III, XLVII, e, XLVIII, XLIX, LXXIV, e 6º) da CF,

além de normas internacionais reconhecedoras dos direitos dos presos (o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos e Penas Cruéis, Desumanos e Degradantes e a Convenção Americana de Direitos Humanos), bem como normas infraconstitucionais como a Lei de Execução Penal e a Lei Complementar nº 79/1994, que criara o Funpen (Fundo Penitenciário), teriam sido transgredidas. Em relação ao citado Fundo, os recursos estariam sendo contingenciados pela União, o que impediria a formulação de novas políticas públicas ou a melhoria das existentes e contribuiria para o agravamento do quadro. Anotaram, ainda, que a reiterada violação dos direitos fundamentais dos presos repercute além das respectivas situações subjetivas, produzindo mais violência contra a própria sociedade. Além disso, a prova de ineficiência do sistema penitenciário brasileiro se verifica mediante as altas taxas de reincidência registradas. Por fim, quanto a sua possibilidade de interferência nessa seara, o Tribunal reconheceu que não poderia substituir o legislador e nem a Administração Pública em questão que abrangiam a edição de políticas públicas específicas.

Especialmente digna de nota é a circunstância de que nesse julgamento o STF deliberou pelo deferimento de medida liminar determinando um conjunto de providências a serem levadas a efeito pelos Juízes e Tribunais das instâncias ordinárias, de modo a combater tal estado de coisas. Dentre tais medidas, destacam-se a realização tempestiva de audiências de custódia, a consideração das condições do sistema carcerário por ocasião da aplicação de medidas cautelares alternativas à prisão, o abrandamento dos requisitos temporais para a fruição de benefícios e direitos dos presos, como a progressão de regime, o livramento condicional e a suspensão condicional da pena, quando reveladas as condições de cumprimento da pena mais severas do que as previstas na ordem jurídica em razão do quadro do sistema carcerário, preservando-se, assim, a proporcionalidade da sanção. Particularmente inovadora (mas também objeto de polêmica) é a diretiva de que se abatesse da

pena o tempo de prisão, se constatado que as condições de efetivo cumprimento são significativamente mais severas do que as previstas na ordem jurídica, de forma a compensar o ilícito estatal. Além disso, o Tribunal determinou que a União libere as verbas do Fundo Penitenciário Nacional, abstendo-se de realizar novos contingenciamentos.

Nessa mesma toada, no que respeita o sistema carcerário, o STF, por unanimidade, em julgamento ocorrido em 13/08/2015, em sede de Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 592581, relatado pelo Ministro. Ricardo Lawandowski, deu provimento ao recurso e mencionou como parâmetro para fundamentar a possibilidade de controle judicial de políticas públicas nessa seara, normas da Declaração Universal de Direitos do Homem de 1948 (art. 8º), do Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos da ONU (art. 19), do Pacto de São José da Costa Rica (art. 5º) e as Resoluções nº 663 e 2076 do Conselho Econômico e Social das Nações Unidas. Além disso, o Relator lembrou as condenações sofridas pelo Brasil por parte da Corte Interamericana de Direitos Humanos, em virtude de graves violações a direitos humanos no âmbito do sistema penitenciário brasileiro, como o Caso do Presídio de Urso Branco em Rondônia e do Complexo de Tatuapé-FEBEM-SP. Ao final, o Tribunal assentou a tese de que “é lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais para dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral, nos termos do que preceitua o art. 5º, XLIX, da Constituição Federal, não sendo oponível à decisão o argumento da reserva do possível nem o princípio da separação dos poderes”. Tal decisão, aliás, alinha-se (agora em matéria de controle judicial na seara das condições do sistema prisional) com um conjunto de decisões anteriores no âmbito do controle de ações e omissões na base dos direitos fundamentais sociais, especialmente os direitos à saúde e educação.

Dois casos julgados pelo STF tiveram como parâmetro a Convenção dos Direitos das Pessoas com Deficiência, que, por ter sido aprovada pelo Congresso Nacional observando o rito do § 3º do artigo 5º da CF, possui hierarquia equivalente a de uma emenda constitucional e íntegra, portanto, o bloco de constitucionalidade, fazendo convergir e dialogar diretamente o controle de constitucionalidade e o controle de convencionalidade.

Num primeiro momento, o STF, por meio do julgamento do Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 32732, relatado pelo Ministro Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 03/06/2014, ficou assentado, à unanimidade, que a Administração Pública brasileira tem legitimidade para ofertar tratamento diferenciado às pessoas portadoras de deficiência no acesso a cargos públicos, devendo seguir critérios objetivos para definir os cargos públicos que irão suprir essa cota específica, de modo que o Poder Público deverá implementar mecanismos compensatórios destinados a corrigir as profundas desvantagens sociais que afetam as pessoas vulneráveis, em ordem a propiciar-lhes maior grau de inclusão e a viabilizar a sua efetiva participação, em condições equânimes e mais justas, na vida econômica, social e cultural do País.

O segundo caso, objeto de decisão mais recente, julgado em 09.06.2016, foi o julgamento da ADI 5357, relatada pelo Ministro Edson Fachin, quando foram declaradas constitucionais as normas contidas no Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/2015), que estabelecem a obrigatoriedade de as escolas privadas promoverem a inserção de pessoas com deficiência no ensino regular e providenciar nas medidas de adaptação necessárias sem que o ônus financeiro seja repassado mediante inserção nas taxas escolares (mensalidades, anuidades ou matrículas). Cumpre salientar que a ação direta de inconstitucionalidade foi promovida pela Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino, que sustentou que os dispositivos impugnados do Estatuto estariam a violar diversos preceitos constitucionais, em especial o artigo 208, III, CF, que prevê ser dever do Estado assegurar o atendimento

educacional às pessoas com deficiência. O autor da ADI aduz que as medidas impostas aos estabelecimentos particulares implicam em custos elevados e que se não puderem ser repassados aos usuários poderão mesmo inviabilizar a manutenção das atividades do estabelecimento. Dentre os argumentos deduzidos pelo Relator da ação, destaca-se que os estabelecimentos privados tiveram tempo suficiente (previsto na própria Lei) para promover as necessárias adaptações e que em causa não estão apenas aspectos econômicos, mas sim, especialmente uma questão de integração e solidariedade, promovendo a inclusão, o respeito e a tolerância. Dos votos dos demais Ministros, que no geral aderiram aos argumentos do Relator, cabe referir a manifestação do Ministro Gilmar Mendes, que, embora julgando também improcedente a ação, apontou a necessidade de se adotar regras de transição proporcionais, pois boa parte das exigências da nova legislação demandam um determinado tempo para sua execução, ademais de um adequado planejamento. Registre-se, além disso, que apenas o Ministro Marco Aurélio aportou voto divergente, dando parcial provimento à ADI, no sentido de que seja considerada constitucional a interpretação dos artigos impugnados no que dispõe sobre a necessidade de planejamento por parte das entidades privadas, sendo, contudo, inconstitucional a interpretação de que as diversas exigências previstas nos artigos 28 e 30 do Estatuto sejam obrigatórias, isso pelo fato de que “o Estado não pode cumprimentar com chapéu alheio”, não podendo impor à iniciativa privada o que ele próprio não cumpre, especialmente no campo da Educação, onde é o Estado o principal obrigado.

Finalmente, encerrando o inventário ilustrativo dos casos mais relevantes em que o STF realizou um controle de convencionalidade da normativa interna na sequência de decisão proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, que realiza o controle do tipo externo, vale referir o julgamento da ADI 4424, da Relatoria do Ministro Marco Aurélio, julgamento ocorrido em 19/02/2012 e decido por maioria nos termos do voto do Relator.

Nesse julgamento foram analisadas arguições de inconstitucionalidades aduzidas em face de dispositivos da Lei nº 11.340/2006, em especial quanto ao fato de ter violado o princípio da isonomia, no sentido de assegurar um tratamento diferenciado no processo de crimes cometidos no âmbito da violência doméstica, consistente em definir a natureza da ação penal como pública incondicionada nos casos de crimes de lesão corporal praticados contra mulher nesse contexto, a partir da interpretação dos artigos 12, inciso I, e 16 do referido diploma legal. O Relator ressaltou, de início, que a edição do referido ato legislativo adveio de uma condenação sofrida pelo Brasil e impostam pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (2001), de tal sorte que necessária a interpretação da Lei Federal tendo como diretriz as exigências da Convenção Americana de Direitos Humanos e da Convenção Internacional de Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial. Registre-se que restou vencido o Ministro Cezar Peluso que julgava procedente a ação para reconhecer que não cabe ao legislador interferir nesse tipo de decisão que somente caberá à própria mulher o poder de decidir se almeja continuar com a ação penal, além de argumentar no sentido de que com isso se estaria a interferir em aspectos ligados à vida familiar.

Mas também não há como deixar de colacionar casos nos quais o STF acabou por não decidir em sintonia com a orientação imprimida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, designadamente no altamente relevante e polêmico problema envolvendo diversos países da América Latina que, após terem vivenciado períodos de perfil ditatorial (como é o caso, por exemplo, da Argentina, do Chile e do Uruguai, além do próprio Brasil), aprovaram legislação anistiando os crimes praticados contra dissidentes políticos e a população civil em geral. Aqui o STF, em decisão por maioria na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental- ADPF nº 153, Relator Ministro Eros Grau, julgada pelo Tribunal Pleno em 29/04/2010, que recebeu um considerável número de críticas inclusive internas, julgou que a legislação que

decretou a anistia em relação aos crimes cometidos no período da ditadura militar foi recepcionada pela CF, tratando-se de um pacto de transição, que teve legitimidade democrática e que assegurou a evolução para a democracia, ademais de operada a prescrição e da proibição de retroatividade prevista na CF.

5 – Síntese conclusiva

De todo o exposto, é possível extrair que no tocante ao valor atribuído aos tratados internacionais de direitos humanos, o Brasil registrou importantes avanços sob a égide da CF. Isso se deve tanto ao reconhecimento expresso de que os tratados de direitos humanos integram o catálogo dos direitos e garantias fundamentais da CF (artigo 5º, § 2º), previsão inovadora na trajetória constitucional brasileira, quanto pela ratificação, na primeira metade da Década de 1990 (ainda que tardiamente), dos principais tratados internacionais de caráter geral, como é o caso dos dois Pactos Internacionais da ONU, ambos de 1966, bem como da Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969. Além disso, a afirmação da prevalência dos direitos humanos no âmbito dos princípios fundamentais que regem as relações internacionais do Brasil (artigo 4º), demonstra que o projeto constituinte foi no sentido de uma abertura ao sistema internacional (e regional) de proteção dos direitos humanos.

Por outro lado, do ponto de vista da efetiva consideração dos tratados de direitos humanos na ordem jurídica interna, mesmo depois da promulgação da atual CF os avanços foram tímidos, ao menos durante considerável tempo, visto que não apenas eram raros os casos de invocação de tais tratados por Juízes e Tribunais, como o STF lhes atribuía valor apenas de lei ordinária, de tal sorte que se podia falar até mesmo de uma falta de cultura nessa seara. Ademais disso – e justamente em virtude disso – a noção de um controle de convencionalidade da normativa interna não só era praticamente desconhecida, como não tinha em regra relevância

prática, excetuando-se decisões de Juízes e Tribunais ordinários, que, mesmo na contramão do que então entendia o STF, afastavam a prisão civil do depositário infiel em casos de natureza contratual, valendo-se da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Mas também aqui, consoante já demonstrado, houve avanços significativos, seja do ponto de vista legislativo, seja na perspectiva jurisprudencial. Com efeito, mediante a inserção de um parágrafo terceiro no artigo 5º da CF, ficou estabelecido que os tratados de direitos humanos aprovados pelo Congresso por maioria de 3/5, nas duas Casas do Congresso e em dois turnos de votação são considerados equivalentes às emendas constitucionais, o que veio a ser colocado em prática mediante a aprovação da Convenção dos Direitos das Pessoas com Deficiência. Além disso, o próprio STF revisou seu entendimento (2008), passando a atribuir hierarquia supralegal aos tratados de direitos humanos em geral, ressalvados os que forem aprovados pelo rito do artigo 5º, § 3º, da CF, que então terão hierarquia equivalente às emendas constitucionais.

De lá para cá, tanto o STF e mesmo outros Tribunais passaram gradativamente a recorrer aos tratados internacionais para motivar suas decisões em diversos casos relevantes, ainda que em geral, como dão conta os exemplos já colacionados, não se tenha deixado de aplicar o direito interno (como ocorreu no caso da prisão civil), mas sim, utilizado os tratados como parâmetros interpretativos e de justificação, tudo no âmbito do que se tem designado de um controle de convencionalidade das leis.

É claro que não se olvida aqui de condenações sofridas pelo Brasil pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, nem se desconsidera que ainda falta muito para que a teoria e prática do controle de convencionalidade sejam bem assimiladas, resultando numa atuação rotineira por parte dos atores da cena judiciária, mas também, no âmbito das respectivas atribuições e no plano de um controle de natureza política, por parte do legislador e do Poder Executivo.

Da mesma forma, segue problemática, ao menos aos nossos olhos e de expressiva doutrina, a solução protagonizada pelo STF ao sufragar duas modalidades de força normativa dos tratados, distinguindo entre os que foram aprovados como sendo equivalentes às emendas constitucionais, operando como parâmetro do próprio controle de constitucionalidade (e de convencionalidade), e os tratados (que são a esmagadora maioria) aprovados pelo rito convencional e anterior à inclusão do § 3º do artigo 5º da CF, os quais têm hierarquia supralegal e não são considerados como parâmetro do controle de constitucionalidade, mas somente de convencionalidade.

Por outro lado, ainda que muitas questões sigam desafiando uma adequada reflexão e solução, em especial aspectos de natureza processual, algumas das quais já noticiadas, o fato é que o balanço que se pode fazer nessa quadra, especialmente mediante uma comparação com o quadro verificado nos primeiros vinte anos de vigência da CF, é positivo e sugere ulterior aperfeiçoamento e consagração em termos tanto quantitativos como qualitativos do controle de convencionalidade e do respeito às decisões das Cortes Internacionais pelo Brasil. Aliás, somente assim se poderá alcançar a necessária sintonia entre Direitos Humanos e Direitos Fundamentais e a projetada integração do Brasil na comunidade internacional e em especial regional, tal qual também previsto no artigo quarto da CF.

Direito à Verdade e Comissões da Verdade: direito de informação sobre graves violações de direitos humanos*

*José Carlos Moreira da Silva Filho***

1. Introdução

Em 2006, em cumprimento à Resolução 2005/66 da Comissão de Direitos Humanos da ONU, foi produzido pela Comissão um informe que traz um estudo sobre o Direito à Verdade¹. Logo em seu início o estudo adianta a síntese das suas

* Este artigo é uma versão mais compacta de parte do texto de um parecer que foi solicitado pela Comissão da Verdade do Estado de São Paulo "Rubens Paiva", vinculada à Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo e pelo Grupo de Trabalho Juscelino Kubitschek do Largo São Francisco - GT JK. A íntegra do parecer está publicada em: SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. **Justiça de Transição** - da ditadura civil-militar ao debate justransicional - direito à memória e à verdade e os caminhos da reparação e da anistia no Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p.261-294. A atual versão também se encontra publicada em: SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. Direito à Verdade e Comissões da Verdade: direito de informação sobre graves violações de direitos humanos. In: José Geraldo de Sousa Junior; Talita Tatiana Dias Rampim; Murilo César Oliveira Ramos; Elen Cristina Gerald; Fernando Oliveira Paulino; Janara Kalline Leal, Lopes de Sousa; Helga Martins de Paula; Vanessa Negrini. (Org.). O Direito Achado na Rua, Vol.8, Introdução Crítica ao Direito à Informação e Comunicação. 1ed. Brasília: FAC-UnB, 2017, v. 8, p. 233-249.

** Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná - UFPR; Professor no Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais (Mestrado e Doutorado) e na Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul; Ex-Conselheiro e Vice-Presidente da Comissão de Anistia do Brasil; Bolsista Produtividade em Pesquisa do CNPq - Nível 2. jose.filho@pucrs.br

¹ UNITED NATIONS ORGANIZATION. Commission on Human Rights. **Study on the right to the truth**. Report of the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights. ECN. 4/2006/91. 08

conclusões e em seguida detalha as bases que as propiciaram indicando um itinerário histórico da base jurídica desse direito².

O Estudo conclui que o Direito à Verdade sobre graves violações de direitos humanos bem como sobre severas violações das normas de direitos humanos é um direito inalienável e autônomo, vinculado ao dever e à obrigação do Estado em proteger e garantir os direitos humanos, conduzir investigações eficazes e garantir remédios efetivos e reparações. Este direito é estreitamente vinculado a outros direitos e possui dimensões tanto individuais como coletivas, devendo ser considerado como um direito que não admite suspensões e que não deve estar sujeito a restrições.³

A primeira Comissão da Verdade foi a de Uganda (Commission of Inquiry into the Disappearance of People in Uganda in 1974), criada em 1974 sob o governo de Idi Amin, com o propósito de investigar a sorte dos desaparecidos em seus primeiros anos de governo e também de tentar fornecer alguma resposta aos seus críticos. Foi portanto uma Comissão que atuou no contexto de um regime autoritário. É consenso, assim, que a primeira Comissão da Verdade a de fato assumir as características básicas hoje consensuais do que seja uma Comissão da Verdade, ainda que não tenha levado este nome, foi a Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas (CONADEP), criada na Argentina em 1983. Foi necessário quase uma década depois para que surgisse a expressão "Comissão da Verdade" associada a uma Comissão desse tipo, o que ocorreu com a Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación de Chile em 1990 e com a Comisión de la Verdad para El Salvador em 1992. Contemporaneamente, já foram

fev. 2006. Disponível em: http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=E/CN.4/2006/91 (Acesso em 20/11/2016).

² Juntamente com esse estudo, tomo como guia orientador da análise do tema a bem construída tese de Doutorado de Carolina de Campos Melo, defendida junto ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, ainda não publicada. MELO, Carolina de Campos. **Nada além da verdade?** A consolidação do Direito à Verdade e seu exercício por comissões e tribunais. 2012. 352 f. [Tese de Doutorado]. Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro. 2012.

³ Tradução Nossa.

criadas mais de 40 Comissões da Verdade por todo o mundo, sendo a brasileira uma das mais recentes. A mera existência dessas Comissões espalhadas por diferentes países em todos os continentes, aliada ao pleno reconhecimento do seu funcionamento e ao estímulo para sua formação nos mais variados contextos de confronto com legados autoritários por parte de órgãos e normativas internacionais já revela a existência de uma sólida *opinio juris* em prol do reconhecimento do Direito à Verdade como uma norma costumeira, e não porque a concretização de tal direito seja uma exclusividade de tais comissões, mas sim porque elas assumem um claro protagonismo institucional nessa tarefa, especialmente para apresentar à sociedade uma narrativa embasada em seus trabalhos e investigações que aponte para as causas, circunstâncias, motivos e detalhes das práticas de violência institucional assumidas pelo Estado no período de exceção. Caso fosse apenas uma questão de demanda individual das vítimas e dos familiares bastaria que os órgãos ordinários de justiça e segurança do Estado democrático levassem adiante tal tarefa.

2. Origens do Direito à Verdade no Direito Internacional

O conceito de um Direito à Verdade, que se deve inicialmente às reivindicações das vítimas das violações de direitos humanos e aos seus familiares, deita as suas raízes no Direito Internacional Humanitário. O Direito à Verdade encontra a sua mais remota positivação no Artigo 32 do Protocolo Adicional às Convenções de Genebra (de 12 de agosto de 1949) Relativos à Proteção das Vítimas dos Conflitos Armados de Caráter Internacional de 1977 (Protocolo I), *in verbis*:

Art.32. Princípio Geral. Na aplicação da presente Sessão, as atividades das Altas Partes Contratantes, das Partes em conflito e das organizações humanitárias internacionais mencionadas nas Convenções e no presente Protocolo deverão estar motivadas primordialmente pelo direito que têm as famílias de conhecer a sorte de seus membros.

Além disso, as Convenções de Genebra de 1949 também incorporaram várias disposições que impõem às partes beligerantes a obrigação de resolver o problema dos combatentes desaparecidos e de criar um "departamento de informações" sobre mortos e desaparecidos⁴.

Como pano de fundo desta positivação inicial, também é possível localizar o Direito à Verdade no seio das Nações Unidas em resoluções produzidas pela Assembleia Geral desde pelo menos 1974, quando se reconheceu como uma necessidade humana básica o desejo dos familiares em saber a sorte dos entes queridos perdidos em conflitos armados⁵. O tema continuou sendo objeto de resoluções em todas as reuniões da Assembleia Geral durante a década de 90, tendo em vista especialmente o acompanhamento das atividades do Grupo de trabalho sobre Desaparecimento Forçado, criado em fevereiro de 1980 pela Comissão de Direitos Humanos⁶. Chamam atenção nessa toada os Princípios e Diretrizes Básicos sobre Reparação, adotados em 2006 e que defendem a revelação pública e integral da verdade como forma de reparação⁷.

A referência ao Direito à Verdade também esteve presente no tratamento dado pela Assembleia a diversos casos concretos, muitos dos quais envolvendo a atuação de Comissões da Verdade, como nos casos de El Salvador, do Haiti, do Timor Leste e da Guatemala⁸. O Conselho de Segurança também passou a estimular a formação de

⁴ Arts. 16 e 17 da Primeira Convenção; art. 19 da Segunda Convenção; e art. 122 da Terceira Convenção.

⁵ UNITED NATIONS ORGANIZATION. General Assembly. Resolution 3220 (XXIX) **Assistance and cooperation in accounting for persons who are missing or dead in armed conflicts**. 6 nov. 1974. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/738/22/IMG/NR073822.pdf?OpenElement> (Acesso em 20/11/2016).

⁶ Cf. MELO, p.71.

⁷ UNITED NATIONS ORGANIZATION. General Assembly. Resolution 60/147. **Basic principles and guidelines on the right to a remedy and reparation for victims of gross violations of international human rights law and serious violations of humanitarian law**. 21 mar. 2006. Disponível em: <http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/RemedyAndReparation.aspx> (Acesso em 20/11/2016).

⁸ Cf. MELO, p.72.

Comissões da Verdade em sociedades pós-conflito e a se manifestar sobre o tema, como já se apontou com relação ao informe específico sobre o Direito à Verdade. São múltiplos informes e resoluções que produzidos no âmbito das Nações Unidas referem-se ao Direito à Verdade e ao seu conteúdo e alcance, estabelecendo que é condição necessária para os processos de paz e reconciliação que seja determinada a verdade com relação a crimes contra a humanidade, ao genocídio, aos crimes de guerra e às violações manifestas dos direitos humanos⁹.

Tecendo ainda o panorama internacional dos albores da construção do Direito à Verdade é preciso referir as Conferências Internacionais da Cruz Vermelha e do Crescente Vermelho que ao congregar em edições periódicas por mais de 140 anos os Estados-parte das Convenções de Genebra têm sido protagonistas do desenvolvimento do Direito Internacional Humanitário. Na Conferência de 1981, ocorrida em Manila, a Resolução II deixou claro que o direito a conhecer a verdade sobre a sorte das vítimas de desaparecimento forçados aplica-se tanto a conflitos armados internacionais como a conflitos internos. Ainda mais importante, o estudo solicitado ao Comitê Internacional da Cruz Vermelha pela Conferência de 1995, e que foi publicado em 2005, consagra o caráter consuetudinário à Regra 117, reconhecida como um dever a partir da prática dos Estados-parte, *in verbis*:

Regra 117. Cada parte do conflito deve tomar todas as medidas possíveis para prestar contas das pessoas desaparecidas como resultado de conflito armado e devem prover aos familiares qualquer informação que tenham sobre a sua sorte.¹⁰

Contudo, o reconhecimento da existência de um direito, autônomo e inalienável, de saber a verdade sobre os eventos,

⁹ Neste sentido o documento ECN 4/2006/91 indica as seguintes resoluções: Resoluções da Assembleia Geral 55/118, 57/105 e 57/105 e Resoluções do Conselho de Segurança 1468 (2003), 1470 (2003) e 1606 (2005).

¹⁰ Tradução Nossa.

circunstâncias e razões que produziram graves violações de Direitos Humanos somente irá ocorrer de modo explícito no ano de 1997, inclusive com a utilização da expressão "Direito à Verdade", mais precisamente no Conjunto de Princípios para a Proteção e Promoção dos Direitos Humanos por meio do Combate à Impunidade, conhecido por "Princípios Joinet", em homenagem a Louis Joinet, destacado membro da Subcomissão para Prevenção da Discriminação e Proteção às Minorias, órgão responsável por esta positivação¹¹. Esse documento reconhece o caráter individual e coletivo do Direito à Verdade (referido inicialmente como "direito de saber"¹²):

Este não é apenas o direito de qualquer vítima individual ou de seus amigos e familiares a saber o que aconteceu, um Direito à Verdade. O direito de saber é também um direito coletivo, baseado na história para prevenir que as violações se repitam no futuro. Seu corolário é um "dever de memória" por parte do Estado: estar preparado contra as perversões da história que acontecem sob os nomes do revisionismo ou negacionismo, pois a história de sua opressão é parte da herança nacional de um povo e como tal deve ser preservada. Esses, portanto, são os principais objetivos do direito de saber como um direito coletivo.¹³

Digno de nota é o fato de que nos Princípios Joinet o Direito à Verdade refere-se não somente aos tradicionais casos de mortes e desaparecimentos ocorridos em meio a conflitos internacionais, mas de modo mais amplo a graves violações de direitos humanos, relacionadas tanto a conflitos internacionais como internos, e que na atualização dos Princípios, realizada em 2005¹⁴, apontam

¹¹ UNITED NATIONS ORGANIZATION. Commission on Human Rights. **Question of the impunity of perpetrators of human rights violations (civil and political)**. Revised final report prepared by mr. Joinet pursuant to Sub-Comission. E/CN. 4/Sub.2/1997/20 26 jun 1997. Disponível em: <http://www.refworld.org/docid/3boofia124.html> (Acesso em 20/11/2016).

¹² No original: The right to Know.

¹³ Tradução Nossa.

¹⁴ UNITED NATIONS ORGANIZATION. Human Rights Comission. **Updated Set of principles for the protection and promotion of human rights through action to combat impunity**.

explicitamente para crimes contra a humanidade, genocídio, tortura, execução extrajudicial, escravidão e desaparecimento forçado.

Fundamental também é identificar o reconhecimento do caráter coletivo do Direito à Verdade, isto é, não se trata apenas do direito das vítimas e dos seus familiares em saberem as circunstâncias, detalhes e razões relacionados às graves violações de direitos humanos sofridas, mas também de toda a sociedade, pois o conhecimento de tais fatos é tido como um patrimônio coletivo necessário para orientar as políticas públicas, prevenir futuras violações e construir a própria identidade histórica de uma sociedade¹⁵. É um direito que se perpetua inclusive para as futuras gerações, gerando no Estado uma série de deveres, como os de investigar eficazmente as violações e responsabilizar os seus autores, permitir acesso irrestrito aos arquivos públicos e a quaisquer informações públicas a elas relacionadas, constituir espaços públicos de escuta e reconhecimento das vítimas, promover a sua reparação e empreender políticas de memória sobre tais violações.

Além dos já mencionados, houve inúmeros outros documentos e normativas no âmbito das Nações Unidas que fizeram referência explícita a existência de um Direito à Verdade e que contribuíram para o seu desenvolvimento. O Conselho de Direitos Humanos, por exemplo, considerou o informe do Alto Comissariado para Direitos Humanos de 2009 que estabelece mais um corolário do Direito à Verdade, o dever do Estado de conservar registros arquivísticos e de proteger vítimas, testemunhas e outras pessoas

E/CN.4/2005/102/Add. 1 8 fev. 2005. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G05/109/00/PDF/G0510900.pdf?OpenElement> (Acesso em 20/11/2016).

¹⁵ Priscilla Heiner formula sinteticamente tal aspecto das comissões da verdade: "o que é especial nas comissões da verdade é a sua intenção de afetar a compreensão e a aceitação social do passado do país, não apenas resolver fatos específicos. (...) a intenção das comissões da verdade é parte do que as define: dirigir-se ao passado para mudar políticas, práticas e até mesmo relações no futuro, e fazê-lo de modo a respeitar e honrar aqueles que foram afetados pelos abusos." Tradução Nossa. No original: "what is special about truth commissions is their intention of affecting the social understanding and acceptance of the country's past, not just to resolve specific facts. (...) the intention of truth commissions is part of what defines them: to address the past in order to change policies, practices, and even relationships in the future, and to do so in a manner that respects and honors those who were affected by the abuses". (HAYNER, Priscilla B. **Unspeakable Truths** - transitional justice and the challenge of Truth Commissions. 2.ed. New York: Routledge, 2011. p.11).

envolvidas na investigação de graves violações de direitos humanos¹⁶. Outro informe adotado pelo Conselho em 2010 considera a segurança elemento essencial para o exercício do Direito à Verdade e para a responsabilização dos perpetradores¹⁷. O momento culminante em termos simbólicos do amplo reconhecimento internacional do Direito à Verdade talvez seja a proclamação pela Assembleia Geral da ONU em dezembro de 2010 do dia 24 de março como o "Dia Internacional para o Direito à Verdade sobre Graves Violações de Direitos Humanos e para a Dignidade das Vítimas"¹⁸. Essa foi a data na qual, no ano de 1980, Monsenhor Oscar Romero morreu assassinado quando celebrava uma missa em seu país, El Salvador.

3. A Contribuição do Sistema Interamericano de Direitos Humanos para o Desenvolvimento do Direito à Verdade

A Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) é seguramente uma das instâncias judiciais que mais intensamente contribuiu para a consolidação do Direito à Verdade¹⁹. Mas não somente a Corte tem destacado protagonismo no desenvolvimento

¹⁶ UNITED NATIONS ORGANIZATION. Human Rights Council. **Right to Truth**. Report of the Office of the High Commissioner for Human Rights. UNDoc. A/HRC/19. 21 ago. 2009. Disponível em: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/12session/A-HRC-12-19.pdf> (Acesso em 20/11/2016).

¹⁷ UNITED NATIONS ORGANIZATION. Human Rights Council. **Report on the United Nations High Commissioner for Human Rights on the Right to Truth**. UNDoc. A/HRC/15/33. 28 jul. 2010. Disponível em: http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/HRC/15/33&referer=http://www.un.org/en/events/righttotruthday/documents.shtml&Lang=E (Acesso em 20/11/2016).

¹⁸ UNITED NATIONS ORGANIZATION. General Assembly. **Proclamation of 24 March as the International Day for the Right to the Truth concerning Gross Human Rights Violations and for the Dignity of Victims**. Resolution 65/196. UNDoc. A/RES/65/196 03 mar. 2011. Disponível em: http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/65/196&referer=http://www.un.org/en/events/righttotruthday/documents.shtml&Lang=E (Acesso em 20/11/2016).

¹⁹ Não se ignora a valiosa jurisprudência internacional produzida no âmbito do Sistema Europeu de Direitos Humanos (ver o já citado Estudo de 2006 sobre o Direito à Verdade no âmbito da ONU - E/CN.4/2006/91 - item 19; ver também a já referida tese de Carolina de Campos Melo, p.91-97) mas para não alongar demasiadamente o presente texto o foco será concentrado na jurisprudência da Corte IDH, e mesmo assim de modo sucinto.

desse direito. Constantemente a Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos (OEA) tem apreciado o tema. Veja-se principalmente a Resolução aprovada na sessão de 06 de junho de 2006, que em meio às suas conclusões e determinações, afirma:

el compromiso que debe adoptar la comunidad regional a favor del reconocimiento del derecho que asiste a las víctimas de violaciones manifiestas a los derechos humanos y violaciones graves al derecho internacional humanitario, así como a sus familias y a la sociedad en su conjunto, de conocer la verdad sobre tales violaciones de la manera más completa posible, en particular la identidad de los autores y las causas, los hechos y las circunstancias en que se produjeron.²⁰

No trecho em destaque é possível identificar uma pista muito importante sobre o conteúdo e a natureza do Direito à Verdade. Diz-se que se trata de um direito "de conhecer a verdade sobre tais violações *da maneira mais completa possível*" (grifos meus). Logo não se trata de estabelecer uma verdade oficial definitiva que venha a substituir o conhecimento científico produzido por historiadores e demais cientistas sociais, nem mesmo de se afirmar em caráter irrevogável os fatos que foram apurados por instâncias públicas, que devem sempre estar abertos a posteriores descobertas e retificações. O adjetivo "possível" sinaliza desde já para a inerente incompletude de qualquer esforço na busca do esclarecimento específico e contextual de graves violações de direitos humanos praticadas no passado de modo sistemático e massivo. Como se verá mais adiante, a "verdade" aqui considerada assume a sua complexidade e contingência, distando portanto de noções metafísicas, ensimesmadas e autoritárias. O que não se pode admitir é que o

²⁰ ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. Assembleia General. AG/RES. 2175 **El Derecho a la Verdad**. XXXVI-O/06. 06 jun. 2006. Disponível em: <http://www.oas.org/consejo/sp/AG/resoluciones-declaraciones.asp> (Acesso em 20/11/2016). Nesses mesmos termos o tema tem sido tratado desde então nas Resoluções da Assembleia Geral (AG/RES. 2267 XXXVII-O/07; AG/RES 2406 XXXVM-O/08; AG/RES 2509 XXXIX-O/09; AG/RES 2595 XL-O/10; AG/RES 2662 XLI-O/11; AG/RES 2725 XLII-O/12; AG/RES 2800 XLIII-O/13; AG/RES 2822 XLIV-O/14).

Estado e as instituições públicas não tenham uma narrativa oficial sobre as graves violações de direitos humanos por eles praticada de modo sistemático em um contexto autoritário e de exceção.

Além da Assembleia Geral da OEA, é forçoso igualmente reconhecer a atuação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Em seu Informe Anual 1985-1986 o Direito à Verdade é plenamente reconhecido, já ostentando o seu caráter coletivo:

Toda la sociedad tiene el irrenunciable derecho de conocer la verdad de lo ocurrido, así como las razones y circunstancias en las que aberrantes delitos llegaron a cometerse, a fin de evitar que esos hechos vuelvan a ocurrir en el futuro.²¹

Também há que se mencionar a manifestação da Comissão em 1999 no caso *Ignacio Ellacuría, SJ, e outros* no qual vincula explicitamente o Direito à Verdade ao Direito de Acesso à Informação, abrigado no art.13 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos:

El derecho a la verdad es un derecho de carácter colectivo que permite a la sociedad tener acceso a información esencial para el desarrollo de los sistemas democráticos y a la vez un derecho particular para los familiares de las víctimas, que permite una forma de reparación, en particular, en los casos de aplicación de leyes de amnistía. La Convención Americana protege el derecho a acceder y a recibir información en su artículo 13.²²

Quanto aos julgados da Corte IDH, houve uma crescente contribuição para a demarcação do Direito à Verdade. Até 2002 a

²¹ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Informe Anual 1985-1986**. OEA/Ser. L/V/II.68 Doc. 8 rev 1.26 set. 1986. Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/annualrep/85.86span/Indice.htm> (Acesso em 20/11/2016).

²² COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Ignacio Ellacuría, SJ; Segundo Montes, SJ; Armando López, SJ; Ignacio Martín Bar', SJ; Joaquín López y López, SJ; Juan Ramón Moreno, SJ; Julia Elba Ramos; y Celina Maricheth Ramos**. El Salvador. Cado 488. Informen. 136/99. § 224. Disponível em: <http://www.cidh.org/annualrep/99span/De%20Fondo/El%20Salvador10.488.htm> (Acesso em 20/11/2016).

referência a este direito seguia a tônica inicial adotada pelas Nações Unidas, ou seja, relacionava-se de modo mais restrito aos casos de desaparecimento forçado e ao contexto individual das vítimas²³. Neste ano, contudo, na etapa de reparações do caso *Trujillo Oroza vs. Bolivia*, a Corte demarcou claramente o caráter coletivo do "direito de saber", indicando que a sua concretização era algo necessário tanto para reparar as vítimas diretas como a própria sociedade²⁴.

No verdadeiro *leading case* *Barrios Altos vs. Peru*, julgado em 2001, a Corte ampliou a referência do Direito à Verdade para as graves violações aos direitos humanos, superando o entendimento de que tal direito se referisse exclusivamente aos casos de desaparecimento forçado²⁵. Digno de nota é que a partir desse julgado a Corte adotará explicitamente o entendimento de que as leis de anistia são inválidas para impedir juridicamente tanto a investigação quanto à responsabilização por graves violações de direitos humanos, o que se repetirá nos também paradigmáticos casos *Almonacid Arellano et al. vs. Chile* e *Gomes Lund e outros vs Brasil*.

Já o caso *Goiburú vs Paraguay*, de 2006, traz duas importantes novidades na jurisprudência da Corte. Primeiramente, com tal decisão a Corte passa a ser o primeiro tribunal a reconhecer explicitamente a existência da Operação Condor, consórcio entre os Estados ditatoriais da América Latina para a troca de informações

²³ Veja-se o caso *Blake vs. Guatemala*, julgado em 1998, no qual se associou o Direito à Verdade ao direito à integridade dos familiares do desaparecido, o que contribuiu para o alargamento do conceito de vítima para nele incluir os familiares.

Ver: CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Blake vs. Guatemala**. Sentencia de 24 de enero de 1998 (Fondo). Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_36_esp.pdf (Acesso em 20/11/2016).

²⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Trujillo Oroza vs. Bolivia**. Sentencia de 27 de febrero de 2002 (Reparaciones y Costas). § 114. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_92_esp.pdf (Acesso em 20/11/2016).

²⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Barrios Altos vs. Perú**. Sentencia de 14 de marzo de 2001 (Fondo). Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_75_esp.pdf (Acesso em 20/11/2016).

sobre perseguidos políticos e para a execução de operações conjuntas de tortura, sequestros, desaparecimentos e assassinatos. Este esforço de "cooperação" ocorrido na triste quadra das ditaduras latino-americanas contrasta com a manifestação dos Chefes de Estado latino-americanos em democracia nas Reuniões de Cúpula do MERCOSUL. Desde 2005, na XXVIIIa Cúpula de Chefes de Estado do MERCOSUL ocorrida em Assunção, é reiterada no comunicado conjunto a referência explícita ao Direito à Verdade e à Memória²⁶.

A outra novidade trazida pela Corte em sua sentença no caso *Goiburú* é o explícito reconhecimento do Direito de acesso à Justiça, que engloba, pela vertente do dever do Estado de investigar e responsabilizar, o Direito à Verdade como oriundo do *jus cogens*. Assim,

(...) ante la naturaleza y gravedad de los hechos, más aún tratándose de un contexto de violación sistemática de derechos humanos, la necesidad de erradicar la impunidad se presenta ante la comunidad internacional como un deber de cooperación inter-estatal para estos efectos. La impunidad no será erradicada sin la consecuente determinación de las responsabilidades generales – del Estado- y particulares –penales de sus agentes o particulares-, complementarias entre sí. El acceso a la justicia constituye una norma imperativa de Derecho Internacional y, como tal, genera obligaciones *erga omnes* para los Estados de adoptar las medidas que sean necesarias para no dejar en la impunidad esas violaciones, ya sea ejerciendo su jurisdicción para aplicar su derecho interno y el derecho internacional para juzgar y, en su caso, sancionar a los responsables, o colaborando con otros Estados que lo hagan o procuren hacerlo.²⁷

²⁶ COMUNICADO CONJUNTO DOS PRESIDENTES DOS ESTADOS PARTE DO MERCOSUL E DOS ESTADOS ASSOCIADOS, Assunção (Paraguai), 20 jun. 2005 §5. Disponível em: http://www.mercosur.int/innovaportal/file/4648/1/cmc_2005_acta01_comunicado_pt_mcs-asociados.pdf (Acesso em 20/11/2016).

²⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Goiburú y otros vs. Paraguay**. Sentencia de 22 de septiembre de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas). § 131. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_153_esp.pdf (Acesso em 20/11/2016).

Ainda com relação à sentença no *caso Goiburú* importa registrar o modo como a Corte descreveu a dimensão coletiva do Direito à Verdade, pois guarda evidente proximidade com a razão de ser de uma Comissão da Verdade, conforme já assinalado.

Teniendo en cuenta las atribuciones que le incumben de velar por la mejor protección de los derechos humanos y dada la naturaleza del presente caso, el Tribunal estima que dictar una sentencia en la cual se determine la verdad de los hechos y todos los elementos del fondo del asunto, así como las correspondientes consecuencias, constituye una forma de contribuir a la preservación de la memoria histórica, de reparación para los familiares de las víctimas y, a la vez, de contribuir a evitar que se repitan hechos similares.²⁸

Sobre a atuação de uma Comissão da Verdade e o que dela se esperar a Corte IDH se pronunciou nos casos *Contreras y otros vs. El Salvador*²⁹ e *Almonacid Arellano vs. Chile*³⁰, associando claramente o desiderato de tais Comissões à dimensão coletiva do Direito à Verdade, e estabelecendo que a instituição e o trabalho de uma Comissão da Verdade não substituem a obrigação do Estado através do Poder Judiciário em buscar a verdade judicial sobre os fatos concernentes a graves violações de direitos humanos. Nessa mesma toada, no *caso Zambrano Vélez e outros vs. Equador*, a Corte reconhece o caráter complementar e contingente das verdades a serem buscadas pelo Estado, englobando o que já havia sido demarcado nos dois casos anteriores sobre o caráter coletivo do Direito à Verdade a ser

²⁸ *Ibidem*, § 53.

²⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Contreras y otros vs. El Salvador**. Sentencia de 31 de agosto de 2011 (Fondo, Reparaciones y Costas). § 135. Disponível em: http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_232_esp.pdf (Acesso em 20/11/2016).

³⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Almonacid Arellano et al. versus Chile**. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. § 150. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf (Acesso em 21/01/2015).

concretizado por meio de uma Comissão da Verdade e sobre a não exclusividade desta na concretização de tal direito.³¹

As diretrizes estabelecidas na jurisprudência da Corte IDH para a instituição e a atuação de uma Comissão da Verdade possuem um especial poder vinculante ao caso brasileiro tendo em vista que na sentença do *caso Gomes Lúnd e outros vs. Brasil*, mas conhecido por *caso Guerrilha do Araguaia*, tais diretrizes são enfatizadas e ainda acrescidas de novas orientações. Além disso, quando da sua defesa perante este caso, o Estado brasileiro arguiu que para dar cumprimento aos seus deveres assumidos na Convenção iria constituir uma Comissão da Verdade, o que foi elogiado pela sentença, mas não sem as necessárias advertências de como deveria tal Comissão funcionar, da sua natureza e dos seus propósitos e de que o seu trabalho não isentava a necessária persecução penal e judicial das graves violações de direitos humanos praticadas³². A este respeito, veja-se ilustrativo parágrafo da sentença:

Quanto à criação de uma Comissão da Verdade, a Corte considera que se trata de um mecanismo importante, entre outros aspectos, para cumprir a obrigação do Estado de garantir o direito de conhecer a verdade sobre o ocorrido. Com efeito, o estabelecimento de uma Comissão da Verdade, dependendo do objeto, do procedimento, da estrutura e da finalidade de seu mandato, pode contribuir para a construção e preservação da memória histórica, o esclarecimento de fatos e a determinação de responsabilidades institucionais, sociais e políticas em determinados períodos históricos de uma sociedade. Por isso, o Tribunal valora a iniciativa de criação da Comissão Nacional da Verdade e exorta o Estado a implementá-la, em conformidade com critérios de independência, idoneidade e transparência na seleção de seus membros, assim como a dotá-la de recursos e atribuições que lhe possibilitem cumprir eficazmente com seu mandato. A

³¹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Zambrano Vélez e outros vs. Equador*. Sentencia de 04 de julio de 2007 (Fondo, Reparaciones y Costas). § 128. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_166_esp1.pdf (Acesso em 21/01/2015).

³² COMISSÃO DA VERDADE DO ESTADO DE SÃO PAULO RUBENS PAIVA. *A condenação do Estado brasileiro no caso Araguaia pela Corte Interamericana de Direitos Humanos*. § 297, p. 107.

Corte julga pertinente, no entanto, destacar que as atividades e informações que, eventualmente, recolha essa Comissão, não substituem a obrigação do Estado de estabelecer a verdade e assegurar a determinação judicial de responsabilidades individuais, através dos processos judiciais penais.³³

Examinado o referido parágrafo da sentença da Corte IDH no caso *Araguaia*, é possível afirmar em síntese que:

- a) a Comissão da Verdade existe para dar conta de um modo privilegiado da dimensão coletiva do Direito à Verdade, sendo o seu trabalho o atendimento não somente do direito das vítimas diretas e seus familiares à elucidação dos fatos e ao reconhecimento público, mas também e fundamentalmente da sociedade brasileira ao conhecimento e ao reconhecimento de fatos incontornáveis e indispensáveis para a construção da sua própria história e da sua identidade coletiva;
- b) a Comissão da Verdade e todos os órgãos públicos voltados para a elucidação dos fatos e a concretização do Direito à Verdade têm o dever de investigar de modo eficaz as graves violações de Direitos Humanos praticadas pelo Estado ditatorial, o que significa dizer que devem fazer tudo o que estiver ao seu alcance para a descoberta da verdade mais completa possível;
- c) o trabalho da Comissão da Verdade não substitui o dever do Poder Judiciário em dar livre curso à investigação e à responsabilização das graves violações de direitos humanos praticadas pela ditadura, não podendo em hipótese alguma ser a Lei de Anistia uma barreira que impeça o cumprimento desse dever;
- d) a Comissão da Verdade tem um dever especial de contribuir não apenas para a elucidação dos fatos, mas

³³ *Ibidem*, § 297.

também para a identificação das responsabilidades pelos fatos ocorridos, ou seja, o seu trabalho tem um caráter complementar ao judicial.

Não há, portanto, como escapar da vinculação do Estado brasileiro ao que a jurisprudência da Corte IDH consolidou a respeito do Direito à Verdade e das características e objetivos que uma Comissão Nacional da Verdade deve ter³⁴.

Acrescente-se ainda que no *Caso Araguaia* a Corte abriu explicitamente mais um filão no veio do Direito à Verdade que vinha explorando: a sua vinculação ao direito de informação³⁵. Por mais evidente que possa parecer a vinculação entre ambos os direitos a sua referência explícita na jurisprudência da Corte IDH ainda é recente. O fato de tal referência ter ocorrido no *Caso Araguaia* guarda ainda maior simbolismo, pois no Brasil a Lei que instituiu a Comissão Nacional da Verdade - Lei Nº 12.528/2011 - foi imediatamente precedida pela Lei de Acesso à Informação - Lei Nº 12.527/2011, sendo que ambas foram promulgadas ao mesmo tempo, no dia 18 de novembro.

Em síntese, a Corte entendeu que o direito de conhecer a verdade por parte dos familiares que interpuseram a Ação vinculase com o acesso à justiça e com o direito a buscar e receber informação, direito este previsto no artigo 13 da Convenção Americana³⁶.

³⁴ Sobre a vinculação do Estado brasileiro, incluindo o Poder Judiciário que o compõe, à jurisprudência da Corte IDH e, especialmente, ao que foi decidido no *caso Araguaia* ver: SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. **Justiça de Transição** - da ditadura civil-militar ao debate justransicional - direito à memória e à verdade e os caminhos da reparação e da anistia no Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p.237-260.

³⁵ Ver § 201 da sentença.

³⁶ O Art.13 da Convenção cuida da liberdade de pensamento e de expressão. Em seu primeiro item, onde se localiza a referência explicitada na sentença da Corte no *Caso Araguaia*, registra-se o seguinte: "1. Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e idéias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha.

A partir de todo o exposto até aqui sobre a base jurídica - legal, consuetudinária e jurisprudencial - da formação e do desenvolvimento do Direito à Verdade, nota-se o grande protagonismo do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, sistema ao qual o Brasil vincula-se plenamente por sua soberana e explícita vontade.

4- Considerações Finais

A título de arremate, é preciso tecer algumas considerações adicionais sobre o conteúdo e a natureza do Direito à Verdade.

Primeiramente, é preciso assinalar que o Direito à Verdade não pressupõe a existência de uma verdade absoluta e exclusiva. A uma porque lida com a verdade possível de ser construída em contextos sempre contingentes e sujeitos muitas vezes a pressões políticas contraditórias entre si; a duas porque abarca diferentes verdades produzidas em espaços públicos e institucionais distintos, e que devem ser reconhecidas em seu caráter de complementariedade.

Assim, a verdade administrativa a ser produzida por uma Comissão Nacional da Verdade não exclui ou substitui a verdade judicial. Ambas as verdades, por sua vez, não pretendem impor ao universo acadêmico e de pesquisa das Ciências Sociais e, especialmente, da História, uma versão monolítica, fechada e incontestável. A verdade produzida na esfera administrativa e na esfera judicial serão elas mesmas matéria de estudo da ciência histórica e das demais Ciências Sociais. Também não se pode ignorar a verdade produzida pela própria sociedade nos seus espaços plurais de manifestação política e cultural. Carolina de Campos Melo resume bem a questão:

Devem ser derrubados alguns tabus quanto à verdade a ser obtida por comissões e por tribunais. Em ambos os casos, esta resulta da conjugação de evidências com o uso da narrativa e da argumentação. Diante disso, nem um relatório final nem uma sentença criminal atenderá à precisa correspondência com a realidade, *nem tampouco*

*poderá "agarrar o passado e dizer que este ou aquele acontecimento nunca se verificou", conduta do Ministério da Verdade orwelliano. Portanto o uso de expressões "a" verdade ou comissão "da" verdade não pretende abarcar mais do que verdades possíveis, aproximativas da realidade. Ocorre que o resgate da verdade não é tarefa fácil, ainda mais em tempos de transição política: registros são destruídos ou falsificados, vítimas muitas vezes falecem, testemunhas são escassas e sujeitas à intimidação. Os relatórios e decisões judiciais constituem registros - possíveis e parciais - que procuram capturar aspectos chave do passado, em uma multitude de nuances e camadas de verdade. (grifos meus)*³⁷

Trata-se enfim de concretizar a passagem do conhecimento dos fatos para o seu reconhecimento, em outras palavras, transformar o que é sabido pelas pessoas diretamente envolvidas ou testemunhas do fato em algo que seja oficialmente sancionado e reconhecido no plano institucional³⁸, por isto o Direito à Verdade não diz respeito tão somente a uma questão de investigação histórica e científica, dele não se separa a esfera institucional e a necessidade do reconhecimento das graves violações de direitos humanos na arena pública.

³⁷ MELO, op.cit., p.159.

³⁸ Como refere Carolina de Campos Melo tal formulação, da diferença entre conhecimento e reconhecimento (*knowledge* e *acknowledgment*) atribui-se ao jusfilósofo Thomas Nagel, em meio a um Seminário Internacional realizado em 1988 pelo Instituto Aspen nos EUA. WESCHLER, Lawrence. Afterwords. In: **State Crime: punishment or pardon.** Papers e reports of the Conference. November 4-6. Wye Center, Maryland: Aspen Institute, 1989. p.93 *apud* MELO, op.cit., p.157. Também esta diferença significa que mesmo com relação a fatos já razoavelmente conhecidos, muitas vezes pela ação dos amigos e familiares de vítimas, o seu reconhecimento por uma Comissão da Verdade contribui fortemente para a sua visibilidade na esfera pública (DE GREIFF, Pablo. *Theorizing Transitional Justice.* In WILLIAMS, Melissa S.; NAGY, Rosemary; ELSTER, Jon (Orgs.). **Transitional Justice.** New York e Londres: New York University Press, 2012. p.31-77).

Responsabilidade civil, interpretação constitucional e a colaboração das universidades para prevenção e/ou diminuição dos danos ambientais

Liane Tabarelli¹

1. Introdução

Na atualidade, todos os ramos do Direito exigem uma leitura constitucionalizada. Os princípios-vetores constitucionais e, em especial, os que se referem aos direitos fundamentais, demandam que todos os Poderes da República reúnam esforços conjuntos para suas concretizações. Desse modo, o presente trabalho visa a refletir, entre outros aspectos, sobre as contribuições da interpretação constitucional para a tutela do meio ambiente.

Tem-se observado um crescimento exponencial de demandas que tramitam no Judiciário versando sobre pedidos de reparação de danos. Isso tem se revelado, por exemplo, no âmbito ambiental, já

¹ Advogada. Professora adjunta da Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS), responsável pelo Projeto de Pesquisa intitulado "AS POSSÍVEIS CONTRIBUIÇÕES DA PUCRS PARA A PREVENÇÃO E/OU DECRÉSCIMO DA OCORRÊNCIA DE DANOS AMBIENTAIS" cadastrado sob o nº 8538 no Sistema de Pesquisas da Universidade. Docente de cursos de pós-graduação e preparatórios para concursos públicos. Doutora em Direito pela PUCRS. Ex-bolsista da CAPES de Estágio Doutoral (Doutorado Sanduíche) na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra - Portugal. Autora de obras e de diversos capítulos de livros e artigos jurídicos. Endereço eletrônico: liane.tabarelli@pucrs.br.

que danos ambientais de magnitude ímpar e catastrófica tem se manifestado na sociedade contemporânea.

O caso mais emblemático nos dias atuais é o acidente que ocorreu em Mariana - MG, no início de novembro de 2015, fruto da atuação da empresa Samarco. A extensão dos danos ao meio ambiente foi (e ainda é) de tamanha proporção, que as autoridades públicas, por meio de processos penais e civis, estão a buscar a devida responsabilização dos causadores.

Nessa linha, o presente artigo, ao apreciar os contributos da hermenêutica constitucional para a tutela dos direitos fundamentais difusos (em especial a tutela ambiental), visa a investigar de que modo as universidades podem contribuir para a prevenção e/ou decréscimo dos prejuízos ambientais e, como consequência, produzir reflexos para que se tenha um meio ambiente menos lesado, com maior qualidade de vida para todos e também reduzindo o impacto perante o Poder Judiciário do ajuizamento de ações que buscam reparação de danos ambientais.

2. Contributos da Hermenêutica Constitucional

A palavra, o uso do vernáculo é e sempre foi instrumento de trabalho do jurista. Seja ela escrita ou falada, aquele que opera o Direito sempre se dedicou a compreender, delimitar, apreender, enfim, interpretar o sentido que as palavras podem adquirir em um texto. Interpretar é estabelecer o alcance de uma proposição, revelar o seu sentido.

Não obstante as contribuições de Kelsen para a Ciência do Direito (KELSEN, 1996), nos dias atuais, o Direito é “contaminado” por inúmeros axiomas, proposições valorativas, éticas, morais, entre outras, que, muitas vezes, representam o momento histórico e as prioridades de determinada sociedade. Ainda, partindo-se do contributo de Kelsen que estabelece o sistema jurídico com uma estrutura piramidal, onde a Lei das leis, isto é, a Constituição

Federal, situa-se no topo desse sistema, a interpretação constitucional adquire significativa importância.

Nesse sentido, interpretar a Constituição significa, em última instância, dar concretude aos direitos fundamentais ali insculpidos. O Texto Maior prescreve os objetivos e fundamentos da República e todo o ordenamento jurídico infraconstitucional deve ser interpretado de modo a prestigiar os comandos constitucionais. Os direitos fundamentais ali prescritos devem ser prioridade absoluta de realização por parte dos agentes de um Estado que se intitula Democrático de Direito.

Interessante pontuar, nessa linha, a lição de Freitas, ao advertir que *“jurista é aquele que, acima de tudo, sabe eleger diretrizes supremas, notadamente as que compõem a tábua de critérios interpretativos aptos a presidir todo e qualquer trabalho de aplicação do Direito”*. (FREITAS, 2000, p. 18).

Por outro lado, impera salientar, nesse estudo, que, ao almejar-se uma interpretação concretizante dos preceitos e da axiologia constitucional presente, em particular, nos seus fundamentos, urge conhecer os vetores principiológicos contidos na mesma. O Direito atual, acompanhando os ensinamentos de Alexy, cuida de uma rede de princípios e regras (ALEXY, 2008). Essa teia de mandamentos, de densidades e hierarquias distintas, demanda intérpretes preparados para otimizar-lhes os comandos e produzir a máxima eficácia possível.

Veja-se, por oportuno, as contribuições de Freitas acerca de preceitos propostos em estudo de interpretação constitucional:

a) todo juiz, no sistema brasileiro, é, de certo modo, juiz constitucional e se afigura irrenunciável preservar, ao máximo, a coexistência pacífica e harmoniosa entre os controles difuso e concentrado de constitucionalidade;

b) a interpretação constitucional é processo tópico-sistemático, de maneira que resulta impositivo, no exame dos casos, alcançar solução de equilíbrio entre o formalismo e o pragmatismo, evitando-se soluções unilaterais e rígidas;

- c) ao hierarquizarmos prudencialmente os princípios, as normas e os valores constitucionais, devemos fazer com que os princípios ocupem o lugar de destaque, ao mesmo tempo situando-os na base e no ápice do sistema, vale dizer, fundamento e cúpula do mesmo;*
- d) o intérprete constitucional deve ser o guardião, por excelência, de uma visão proporcional dos elementos constitutivos da Carta Maior, não entendida a proporcionalidade apenas como adequação meio-fim. Proporcionalidade significa, sobretudo, que estamos obrigados a sacrificar o mínimo para preservar o máximo de direitos;*
- e) o intérprete constitucional precisa considerar, ampliativamente, o inafastável poder-dever de prestar a tutela, de sorte a facilitar, ao máximo, o acesso legítimo do jurisdicionado. Em outras palavras, trata-se de extrair os efeitos mais fundos da adoção, entre nós, do intangível sistema de jurisdição única;*
- f) o intérprete constitucional deve guardar vínculo com a excelência ou otimização máxima da efetividade do discurso normativo da Carta, no que esta possui de eticamente superior, conferindo-lhe, assim, a devida coerência interna e a não menos devida eficácia social;*
- g) o intérprete constitucional deve buscar uma fundamentação racional e objetiva para as suas decisões sincrônicas com o sistema, sem adotar soluções *contra legem*, em que pese exercer atividade consciente e assumidamente positivadora e reconhecendo que a técnica do pensamento tópico não difere essencialmente da técnica de formação sistemática, ambas facetas do mesmo poder de hierarquizar e dar vida ao sistema, entre as várias possibilidades de sentido;*
- h) o intérprete constitucional deve honrar a preservação simultânea das características vitais de qualquer sistema democrático digno do nome, vale dizer, a abertura e a unidade, que implica dever de zelar pela permanência na e da mudança;*
- i) o intérprete constitucional deve acatar a soberania da vitalidade do sistema constitucional no presente, adotando, quando necessário e com extrema parcimônia, a técnica da exegese corretiva;*
- j) o intérprete constitucional precisa ter clareza de que os direitos fundamentais não devem ser apreendidos separada ou localizadamente, como se estivessem, todos, encartados no art. 5º da Constituição;*
- k) o intérprete constitucional, sabedor de que os princípios constitucionais jamais devem ser eliminados mutuamente, ainda quando em colisão ou contradição, cuida de conciliá-los, com maior*

ênfase do que aquela dedicada às regras, que são declaradas inconstitucionais, em regra, com a pronúncia de nulidade;

l) o intérprete constitucional somente pode declarar a inconstitucionalidade (material ou formal) quando frisante e manifestamente configurada juridicamente. Dito de outro modo, deve concretizar o Direito, preservando a unidade substancial e formal do sistema em sua juridicidade. (FREITAS, 2000, p. 43-46).

Note-se, pois, que a atividade interpretativa envolve, ineroxavelmente, uma ação hierarquizante diante de inúmeros princípios e regras que são potencialmente aplicáveis no caso concreto, mas que, se assim o fossem, respostas absolutamente contraditórias e paradoxais daí resultariam.

Freitas, ademais, endossa a noção de hierarquização da atividade interpretativa ao afirmar que

Com efeito, uma vez que inexistente hipótese de dispensa da hierarquização (interpretar é, sempre e sempre, hierarquizar), o relevante consiste em perceber que a inafastabilidade da hierarquização converte o critério hierárquico axiológico numa diretriz operacional superior em confronto com os demais critérios (cronológico e da especialidade), sendo necessário, também, assumir os consectários desta onipresença hierarquizante, especialmente ao lidarmos com o fenômeno da colisão de princípios e, de resto, com as denominadas antinomias de segundo grau.

[...]

Hierarquizar é, pois, a nota suprema da interpretação jurídica como um todo. Hierarquizando os princípios e as regras constitucionais, mais evidente transparece o papel concretizador do intérprete (juiz ou o cidadão em geral) de ser o positivador, aquele que dá vida ao ordenamento, sem convertê-lo propriamente em legislador. Ultrapassa-se, desse modo, a polêmica, sem sentido dialético, entre objetivismo e subjetivismo. Mais intensa se mostra a valia da preocupação tedesca com a '*adequação funcional*'. Preferível, por isso mesmo, afirmar que o intérprete constitucional em geral (e, de modo maiúsculo, o magistrado), de certo jeito, positiva o Direito por derradeiro. Fora de dúvida, o intérprete (não o legislador) é quem culmina o processo de positivação jurídica. (FREITAS, 2000, p. 21).

Destarte, registre-se que, diante da atividade precípua e hierarquizante da interpretação constitucional, a fim de prestigiar a concretude dos direitos fundamentais, inúmeros princípios devem ser observados e aplicados para se obter uma solução que mais se aproxime da realidade e axiologia constitucional. Isso porque é flagrante que, nos dias atuais, a crescente aplicação dos princípios tem relegado à regra atuação secundária e os operadores do Direito devem adquirir destreza e habilidade para atuar com esse novo Direito: O Direito “por princípios”.

Germana de Oliveira Moraes, nesse passo, alerta para o fato de que

A eficiência do Direito ‘por princípios’ depende fundamentalmente da atuação do juiz constitucional durante o processo de concretização do Direito para o qual é imprescindível sua capacidade de percepção dos valores sociais. A sociedade, por sua vez, já condicionada pelo modelo legalista que prometia sempre uma solução previsível para com os conflitos, vê-se, hoje, perplexa diante da possibilidade de concorrência de soluções diferentes, ao abrigo do Direito, sem ter ainda a compreensão de que esta multiplicidade advém de seu caráter encantadoramente livre, plural e mutante.

A melhor via que poderá eleger o juiz, nestes tempos de transição, para atender este desafio de reconstruir e ‘constituir’ o Direito no caso concreto, ou seja, de dizer se determinada conduta é ou não compatível com os princípios constitucionais (= valores), é a interação com a sociedade civil. Afinal, rigorosamente, numa democracia quem dita o Direito é a sociedade, reservando-se, agora, sob a égide do Direito ‘por princípios’, também ao juiz, em especial, ao juiz constitucional, o papel de decodificador dos valores (= princípios) que ela aceita em determinado momento e em determinado local. (MORAES, 2004, p. 187).

Ainda, acerca da temática, Freitas complementa que

[...] as normas estritas ou regras vêm perdendo, cada vez mais, espaço e relevo para os princípios, despontando estes, por

definição, como superiores àquelas, conquanto não se deva postular um sistema constituído apenas de princípios, erro idêntico ao de pretender um ordenamento operando como mera e desconectada aglutinação de regras.

[...]

A cimentação da sistematicidade ocorre por força da amálgama unicamente trazida pela natureza e pela atuação dos princípios fundantes e fundados do ordenamento jurídico. (FREITAS, 2000, p. 17).

Constata-se, pois, a importância da tarefa interpretativa e sua complexidade na contemporaneidade. Inúmeros interesses a serem atendidos, compreensões divergentes, prioridades distintas dos mais diversos intérpretes. De qualquer modo, frise-se que o vetor maior para a interpretação constitucional que envolva direitos fundamentais deve ser, de modo imperativo, o resultado que produza as menores limitações ou restrições de forma a prestigiar, o quanto possível, sua maior eficácia possível.

Assinale-se que

Assim, devem ser interpretadas restritivamente as limitações, havendo, a rigor, regime unitário dos direitos fundamentais das várias gerações, donde segue que, no âmbito, todos os direitos têm eficácia direta e imediata, reclamando crescente acatamento encontrando-se peremptoriamente vedados os retrocessos. Com efeito, uma vez reconhecido qualquer direito fundamental, a sua ablação e a sua inviabilização de exercício mostram-se inconstitucionais. Nessa ordem de considerações, todo aplicador precisa assumir, especialmente ao lidar com os direitos fundamentais, que a exegese deve servir como energético anteparo contra o descumprimento de preceito fundamental, razão pela qual deve ser evitado qualquer resultado interpretativo que reduza ou debilite, sem justo motivo, a máxima eficácia possível dos direitos fundamentais. Em outras palavras, a interpretação deve ser de molde a levar às últimas conseqüências a 'fundamentalidade' dos direitos, afirmando a unidade do regime dos direitos das várias gerações, bem como a presença de direitos fundamentais em qualquer relação jurídica. (FREITAS, 2002, p. 19).

Há que se salientar, também, que, não obstante vários sejam - ou possam ser - os intérpretes constitucionais, ainda mais em se tratando de um Estado como o brasileiro, o qual admite o sistema difuso e concentrado de controle de constitucionalidade, o Judiciário tem a atribuição por excelência de realizar essa insigne tarefa.

Marcelo Figueiredo ressalta o papel do Judiciário, por longa data, como garantidor dos direitos civis e da liberdade individual, no Estado de modelagem liberal e o Estado Democrático e de Direito ao qual o Brasil se propõe a ser exige do Judiciário a tutela dos direitos sociais, sem que isso seja invasão da seara de competência dos demais poderes. (FIGUEIREDO, 2007, p. 40).

Entenda-se, ademais, que o Poder Judiciário, além de ser o Poder constitucionalmente consagrado para a interpretação constitucional, é aquele que deve possuir imparcialidade ao realizar a prestação jurisdicional. Embora não esteja ele comprometido com interesses como porventura pode ocorrer com o Executivo e Legislativo, deve, sim, haver uma atuação afirmativa das Cortes de Justiça no sentido da promoção dos direitos fundamentais quando de sua atuação. Nesse sentido, pois, não há que se falar em imparcialidade dos juízes que, antes e acima de tudo, devem ter compromisso constitucional.

Freitas já se manifestava nesse sentido em duas oportunidades distintas quando assevera que

Ora, em face de ser o juiz o detentor único da jurisdição, surge o amplo e irrenunciável direito de amplo acesso à tutela jurisdicional como uma contrapartida lógica a ser profundamente respeitada, devendo ser proclamado este outro vetor decisivo no processo de interpretação constitucional: na dúvida, prefira-se a exegese que amplie o acesso ao Judiciário, por mais congestionado que este se encontre, sem embargo de providências inteligentes para desafogá-lo, sobretudo coibindo manobras recursais protelatórias e estabelecendo que o Supremo Tribunal Federal deva desempenhar exclusivamente as atribuições relacionadas à condição de Tribunal Constitucional, sem distraí-lo com tarefas

diversas destas, já suficientemente nevrálgicas para justificar a existência daquela Corte. (FREITAS, 2000, p. 29-30).

[...]

Almejo, finalmente, deixar consignado que se mostra indispensável apostar no Poder Judiciário brasileiro, em sua capacidade de dar vida aos preceitos ilustrativamente formulados e crer na sua fundamentada sensibilidade para o justo, razão pela qual insisto em proclamar que todos os juízes, sem exceção, precisam, acima de tudo, ser respeitados, fazendo-se respeitar, como *juízes constitucionais*. (FREITAS, 2002, p. 4).

Logo, diante das considerações aqui tecidas, vislumbra-se a importância da interpretação constitucional como instrumento de realização dos direitos fundamentais. Nesse ponto, lembre-se que o meio ambiente é um direito fundamental difuso previsto no art. 225, *caput*, CF/88. Assim, a hermenêutica constitucional muito tem a contribuir para a tutela ambiental, em especial para o tratamento da legislação envolvendo a responsabilização civil pela prática de danos ao meio ambiente. Acerca disso, no tópico a seguir serão tecidos comentários sobre responsabilidade civil em matéria ambiental. Veja-se.

3. Considerações sobre a Reponsabilidade Civil Objetiva em matéria ambiental

A responsabilidade civil, proveniente do latim *responsabilitatis*, que está atrelada ao sentido de “responsabilizar-se” (BIRNFELD, 2011. p. 48), caracteriza-se, essencialmente, por atribuir ao que causou danos a outrem a obrigação pelo ressarcimento dos prejuízos experimentados por este, em decorrência, via de regra, de um ato ilícito. Essa responsabilidade, apurada mediante uma indenização, é fixada pela extensão do dano, como preleciona o artigo 944 do Código Civil pátrio (GONÇALVES, 2005. p. 2).

Diante do conceito da responsabilidade civil, percebe-se que, para a existência do direito de indenizar, deve haver alguns

pressupostos. Estes, conforme a lição de Sérgio Cavalieri Filho e o disposto no artigo 186 do Código Civil, são a conduta (comissiva ou omissiva) culposa do agente, onexo causal e o dano, os quais estão abrangidos no conceito de ato ilícito do aludido artigo (CAVALIERI FILHO, 2005. p. 41).

Assim, a responsabilidade civil tem como pressuposto a existência de culpa, a fim de que aquele que sofreu o dano seja indenizado. É nessa perspectiva que há a chamada responsabilidade civil subjetiva. Nessa linha, explana Sérgio Cavalieri Filho: “a conduta culposa do agente erige-se, como assinalado, em pressuposto principal da obrigação de indenizar” (CAVALIERI FILHO, 2005. p. 53). Da mesma forma, a lição de Arnaldo Rizzardo: “Pela teoria da responsabilidade subjetiva, só é imputável, a título de culpa, aquele que praticou o fato culposo possível de ser evitado” (RIZZARDO, 2009. p. 29).

Porém, além da responsabilidade civil subjetiva, há também a objetiva. Esta, ao contrário daquela, não exige o pressuposto culpa para existir o dever de indenizar, bastando apenas uma conduta danosa e onexo causal, porquanto tem como fundamento o risco. O risco é o perigo, implicando, pois, a responsabilidade daquele que exercer uma atividade nessa circunstância. Assim, conforme a lição de Cavalieri Filho, quando houver uma atividade de risco, “todo prejuízo deve ser atribuído ao seu autor e reparado por quem o causou, independentemente de ter ou não agido com culpa” (CAVALIERI FILHO, 2005. p. 155). O risco é, portanto, um dos fundamentos da responsabilidade civil objetiva.

Hoje, vive-se em uma sociedade com diversos tipos de riscos, dentre os quais danos ambientais (TABARELLI, 2017. p. 163). Não se pode, pois, olvidar que determinadas atividades desempenhadas podem acarretar danos ao meio ambiente. Por isso, uma vez considerado o meio ambiente um direito fundamental (LEITE, 2002. p. 458), entendeu-se que a responsabilidade civil ambiental deveria ser objetiva, pois o que se quer é a prevenção desses riscos que podem levar a uma lesão ambiental. Em matéria de direito

ambiental, fala-se em prevenção contra os riscos de danos. Essa prevenção está estritamente relacionada ao chamado princípio da precaução. Nesse sentido, afirma Machado:

[...] o princípio da precaução (*vorsorgeprinzip*) está presente no Direito alemão desde os anos 70. Eckard Rehbinder acentua que ‘a Política Ambiental não se limita à eliminação ou redução da poluição já existente ou iminente (proteção contra o perigo), mas faz com que a poluição seja combatida desde o início (proteção contra o simples risco) e que o recurso natural seja desfrutado sobre a base de um rendimento duradouro’. (MACHADO, 2006. p. 62-63).

Ainda, o mesmo autor ainda explana: “o princípio da precaução visa à durabilidade da sadia qualidade de vida das gerações humanas e à continuidade da natureza existente no planeta”. (MACHADO, 2006. p. 62-63).

Destarte, tendo em vista, em âmbito de direito ambiental, os riscos da atividade e, por conseguinte, a responsabilidade civil objetiva, não há a necessidade da demonstração da culpa para que os lesados sejam indenizados. Nesse sentido, Leite e Belchior afirmam que “o ordenamento jurídico brasileiro adota a teoria objetiva, dispensando, pois, o elemento da culpa do agente. No entanto, resta ainda comprovar o nexu causal e o dano ocorrido” (LEITE, 2012. p. 28).

É exatamente nesse sentido que a Constituição Federal de 1988, em seu art. 225, § 3º adverte que “as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.”

Nessa linha, o art. 14, § 1º da Lei nº 6.938/81 (Política Nacional do Meio Ambiente) reconhece a responsabilidade independente de culpa do poluidor ao prescrever que

Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, **independentemente da existência de culpa,**

a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente. [grifou-se].

Tal comando legal, desde 1981, ano da entrada em vigor da referida Lei, buscou favorecer a reparação de danos ambientais ao se dispensar a prova de culpa do poluidor para obrigá-lo a ressarcir os prejuízos ao ambiente que eventualmente tenha praticado. Nesse contexto, registre-se que os Tribunais e doutrina pátrios reconhecem majoritariamente se tratar da aplicação da Teoria do Risco Integral do empreendimento, ou seja, não são admitidas excludentes do dever de indenizar porventura exigido do poluidor. Realize ele atividade lícita ou ilícita, se, por meio dela, resultarem danos ambientais, terá de ressarcir-los à sociedade independentemente de se perquirir se foi ou não culpado por tais eventos danosos. Trata-se de risco inerente a sua atividade. Ademais, interessante pontuar, nesse passo, que é imprescritível a ação que busca a reparação civil por danos ao meio ambiente e que tais indenizações, uma vez concedidas, como regra, são destinadas a Fundos, tais como o Fundo Nacional do Meio Ambiente.

Por fim, importante sinalizar que em sendo os danos ambientais prejuízos onde há, regra geral, ampla dispersão de vítimas e são eles de difícil ressarcimento e valoração, sua reparação se dará por meio de duas formas clássicas: restauração natural (ou *in natura* ou *in espécie*) com a reparação onde ocorreu o dano ambiental. A reparação deve ser integral. Somente não sendo possível faticamente ou tecnicamente a restauração natural, abre-se a segunda possibilidade – indenização – reparação em pecúnia.

Nesse contexto, não sendo viável a reparação integral do dano ambiental (restituição ao *status quo ante*), questiona-se quais os critérios para a fixação do *quantum debeatur* indenizatório devido pelo poluidor, bem como qual a possível colaboração das universidades para prevenção e/ou diminuição dos danos

ambientais. É exatamente sobre isso que se vai procurar refletir no item subsequente.

4. Critérios para a fixação do *quantum debeat* e a colaboração das universidades para prevenção e/ou diminuição dos danos ambientais

Matéria que sempre despertou/desperta intenso debate na comunidade jurídica é a relativa aos critérios que devem ser utilizados pelos magistrados para fixação do *quantum debeat* em sede de pedidos em demandas indenizatórias. A legislação civil brasileira consagrou o princípio da reparação integral do dano ao positivá-lo no Código Civil de 2002, em seu art. 944, *caput*, que “a indenização mede-se pela extensão do dano.”

Nesse cenário, adquiriu relevo se refletir sobre as consequências do desastre ambiental ocorrido na cidade de Mariana – MG no início do mês de novembro do ano de 2015. De início, já se pode observar a significativa dimensão dos danos ao meio ambiente e a imensa dificuldade em se quantificar a extensão dos mesmos.

Observou-se, inicialmente, que tão logo ocorreu a catástrofe ambiental, já se revelava a magnitude incomparável dos prejuízos ao meio ambiente.

O Ministério Público Federal pediu em juízo R\$ 155 bilhões de reparação, sendo que a ação pedia depósito inicial de R\$ 7,7 bilhões pela Samarco, Vale e BHP, consórcio de empresas responsáveis pelas atividades na barragem (Site MPF).

Diante, portanto, da complexidade da matéria e da necessidade de se enfrentar, com pormenores, o que se compreende por danos ambientais para se atribuir ao causador de prejuízos ao meio ambiente dever de indenizar independente de culpa, e, ainda, evitar-se a ocorrência de novos danos, em particular, os que afetam o equilíbrio ecológico e o direito ao meio ambiente ecologicamente saudável, é que pesquisas com tal enfrentamento no âmbito das instituições de ensino são de suma importância.

Assim é que, a título de ilustração, a Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS), por exemplo, preparando-se para o “futuro”, desenvolve projetos buscando, entre outras coisas, ser referência na “gestão consciente de recursos (luz, água e solo)”: trata-se do projeto Campus Verde.

Em reportagem “Um Campus Verde e Digital” destaca-se que

a ideia do Campus Verde é envolver a comunidade universitária. ‘Ao se definir o modelo, será possível ampliar seu efeito educativo’, destaca o professor Osmar Tomaz de Souza, especialista em Economia do Meio Ambiente e responsável pelo projeto, representando a Pró-Reitoria de Administração e Finanças (Proaf). Segundo Souza, a vivência e o conhecimento das práticas ambientais no Campus irão preparar os alunos para os desafios futuros no mundo do trabalho e eles poderão ser multiplicadores no seu cotidiano. O nome Campus Verde mostra a ênfase na questão ambiental, sem deixar de lado outros aspectos. ‘O enfoque é abrangente, engloba ainda as condições de trabalho e a qualidade de vida no Campus’, explica. As sugestões e discussões são feitas pelo Comitê de Gestão Ambiental da PUCRS, integrado por 18 pessoas. Também se embasaram nas atividades do projeto USE – Uso Sustentável de Energia. Em 2010, foi formulada a Política Ambiental da PUCRS, que define o grau de comprometimento da Universidade com o impacto ambiental proveniente de suas ações. Para dar conta das necessidades do Campus, a PUCRS investiu na construção de uma subestação de energia, que passou a integrar o sistema elétrico da cidade. Tem capacidade instalada de 25 MVA (Megavolt Ampère) e tensão de 69 kV (quilovolts – alta-tensão). Na implantação, a Universidade fez um acordo de responsabilidade compartilhada com a CEEE. (ACAUAN, 2012. p. 7).

Perseguindo a tutela do meio ambiente na academia e na comunidade por ela envolvida, a Universidade também desenvolve intensas atividades de ensino, pesquisa e extensão, tais como o Curso de Pós-Graduação em Gestão da Qualidade para o Meio Ambiente (CGQMA), o Centro de Pesquisas e Conservação da Natureza – Pró-Mata e o Centro de Excelência em Pesquisa sobre

Armazenamento de Carbono (CEPAC), além de possuir dinâmico Comitê de Gestão Ambiental.

O Curso de Especialização em Gestão da Qualidade para o Meio Ambiente objetiva contribuir na formação de especialistas capacitados para atuarem na área de Gestão Ambiental, para atender as demandas e exigências da conjuntura da sociedade atual para um desenvolvimento sustentável, contribuindo para o conhecimento de novas tecnologias, sistemas de controle e de redução da poluição ambiental, integrando universidade, empresas, instituições e sociedade. (Site PUCRS).

Já o Centro de Pesquisas e Conservação da Natureza – Pró-Mata, localizado na cidade de São Francisco de Paula - RS, envolve uma área de cerca de 3.100 ha. Ele é um centro ímpar no universo acadêmico brasileiro, tendo sido “inaugurado em 1996 pela PUCRS com o apoio da Universidade de Tübingen, Alemanha e da empresa Stihl e tem o objetivo de incentivar a pesquisa, a proteção ambiental e o desenvolvimento regional sustentável”. (Site PUCRS).

O Centro de Excelência em Pesquisa sobre Armazenamento de Carbono (CEPAC), sediado no Campus da PUCRS, por sua vez, é

um centro interdisciplinar dedicado à pesquisa, desenvolvimento, inovação, demonstração e transferência de tecnologia (PDID&T) em armazenamento de carbono, fontes não convencionais de energia relacionadas a combustíveis fósseis, como hidratos de gás, metano em camadas de carvão e hidrogênio. O Centro objetiva a mitigação de mudanças climáticas e a produção de energia limpa e resulta de uma iniciativa conjunta da PETROBRAS e da PUCRS, através do Instituto do Meio Ambiente com participação das Faculdades de Química, de Filosofia e Ciências Humanas e de Engenharia. (Site PUCRS).

Fato é que o tema da sustentabilidade está na “agenda do dia”. Mercado, mídia, universidade e sociedade como um todo, mesmo que perseguindo objetivos distintos, aproximam-se em prol da causa da sustentabilidade. A sociedade civil, é verdade, apresenta-se cada vez mais envolvida por essas questões.

Tamanha preocupação se justifica: a provável inviabilidade, a médio e longo prazo, do estilo de vida contemporâneo. Nesse sentido, assiste razão aos que afirmam que o sistema econômico, estruturado no denominado “paradigma da insaciabilidade patológica” (FREITAS, 2011. p. 72), encontra-se em uma encruzilhada (HART, 2007). A riqueza de uma nação não pode ser revelada tendo-se por base unicamente indicadores econômicos, tais como o PIB (Produto Interno Bruto). Nesse passo, oportuno lembrar que os economistas Joseph Stiglitz, Amartya Sen e Jean-Paul Fitoussi apresentaram um relatório, sob encomenda do governo francês, para a Comissão para a Medição do Progresso Econômico e Social. Nele os autores apontam limitações do PIB, sugerindo que se deve fazer uso de outros indicadores para medir a riqueza de um país, os quais tenham vinculação, em especial, com o bem-estar das populações na mesma linha do chamado IDH (Índice de Desenvolvimento Humano). (STIGLITZ; SEN; FITOUSSI, 2013).

É fundamental se ter um enfrentamento sistêmico (LUHMANN, 1995) sobre a questão da sustentabilidade, de forma ética e com equidade intergeracional ” (FREITAS, 2011 e 2012), sem que as abordagens tenham caráter estritamente antropocêntrico.

Isso porque tendo a sustentabilidade ambiental sede constitucional revelada no art. 225, *caput*, da Carta Maior e sendo o direito nela insculpido, qual seja o do meio ambiente ecologicamente equilibrado, um direito fundamental, o qual tem – como todos os demais direitos fundamentais – aplicabilidade direta e eficácia imediata (Art. 5º, § 1º, CF/88), deve este comando irradiar imediatamente seus efeitos para todas as searas do Direito, incluindo o Direito Processual Civil e o Direito Privado.

5. Conclusão

Esse artigo procurou enfrentar, em seu objeto de investigação, matéria detentora de atualidade e interesse jurídico.

Como afirmado, danos ambientais de magnitude ímpar e catastrófica tem se manifestado na sociedade contemporânea. Ao lado de se apreciar os contributos da hermenêutica constitucional para a tutela dos direitos fundamentais difusos (em especial a tutela ambiental), investigar de que modo as universidades podem contribuir para a prevenção e/ou decréscimo dos mesmos e, como consequência, produzir reflexos para que se tenha um meio ambiente menos lesado, com maior qualidade de vida para todos (bem como a redução de ações judiciais que buscam reparação de danos ambientais) é fundamental.

Observe-se que as universidades, tal como o exemplo da PUCRS comentado no artigo, são um campo fértil para pesquisar o tema da reparação/prevenção dos danos ambientais e que tal estudo abordado no presente artigo poderá contribuir significativamente para o desenvolvimento social, ambiental, científico, cultural e econômico brasileiros. Reitera-se que se trata de pesquisa de suma relevância para as próprias universidades e a comunidade em geral.

Por fim, sinalize-se que o artigo abordou pesquisas iniciais que constataram projetos desenvolvidos nas universidades, tais como a PUCRS, que atendem à demanda ora proposta no trabalho, mas ainda muito há que se refletir e pesquisar sobre o tema.

6. Referências

ACAUAN, Ana Paula. Um campus verde e digital. **PUCRS Informação**, Porto Alegre, a. XXXIII, n. 159, p. 6-11, maio/jun. 2012.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BIRNFELD, Liane Francisca Huning. A responsabilidade civil ambiental pelos danos futuros e riscos de danos. In: ZAVASCKI, Liane Tabarelli; JOBIM, Marco Félix (Org.). **Diálogos constitucionais de direito público e privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. **Danos à pessoa humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

FACCHINI NETO, Eugênio. A tutela aquiliana da pessoa humana: os interesses protegidos. Análise de direito comparado. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, v. 39, n. 127, p. 157-195, set. 2012.

FIGUEIREDO, Marcelo. O controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário no Brasil - uma visão geral. **Interesse Público - IP**, Belo Horizonte, v.9, n.44, p.27-66, jul./ago. 2007.

FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do Direito**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

FREITAS, Juarez. O intérprete e o poder de dar vida à Constituição: preceitos de exegese constitucional. In: **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais - R. TCMG**, Belo Horizonte, v. 35, n. 2, p. 15-46, abr./jun. 2000.

FREITAS, Juarez. O Princípio da Democracia e o controle do orçamento público brasileiro. In: **Revista Interesse Público**, Porto Alegre, v. 4, N. Esp., p. 11-23, 2002.

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**: direito ao futuro. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**: direito ao futuro. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 9 ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2005.

HART, Stuart L. **Capitalism at the crossroads**: aligning business, earth and humanity. 2nd ed. New foreword by Al Gore. New Jersey: Wharton School, 2007.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de: João Baptista Machado. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

LEITE, José Rubens Morato. Dano extrapatrimonial ou moral ambiental e sua perspectiva no Direito brasileiro. In: Milaré, Édís (Org.). **Ação civil pública: Lei 7.347/1985 – 15 anos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. **Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial: teoria e prática**. 4 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

LEITE, José Rubens Morato; BELCHIOR, Germana Parente Neiva. Dano ambiental na sociedade de risco: uma visão introdutória. In: LEITE, José Rubens Morato (Coordenador); FERREIRA, Heline Silvini; FERREIRA, Maria Leonor Paes Cavalcanti (Orgs.). **Dano moral na sociedade de risco**. São Paulo: Saraiva, 2012.

LUHMANN, Niklas. **Social systems**. Stanford: Stanford University, 1995.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 14 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2006.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Disponível em <<http://www.mpf.mp.br/mg/sala-de-imprensa/docs/acp-samarco>> Acesso em: 17 nov. 2016.

MORAES, Germana de Oliveira. **Controle jurisdicional da Administração Pública**. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2004.

PINTO JÚNIOR, Amaury Rodrigues. A função social dissuasória da indenização por dano moral coletivo e sua incompatibilidade com a responsabilidade civil objetiva. In: **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região**, Belo Horizonte, v.56, n.86, p.37-52, jul./dez. 2012.

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL. Curso de Especialização em Gestão da Qualidade para o Meio Ambiente. Disponível em: <<http://www.pucrs.br/ima/gestao/>>. Acesso em: 08 fev. 2013.

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL. Instituto do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais. Disponível em: <<http://www3.pucrs.br/portal/page/portal/ima/Capa/promata/>>. Acesso em: 08 fev. 2013.

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL. Centro de Excelência em Pesquisa sobre Armazenamento de Carbono. Disponível em: <<http://www.pucrs.br/cepac/>>. Acesso em: 08 fev. 2013.

RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade civil**: Lei nº 10.406, de 10.01.2002. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

ROSENVALD, Nelson. **As Funções da Responsabilidade Civil: a reparação e a pena civil**. 2^a ed., São Paulo: Atlas, 2014.

STIGLITZ, Joseph; SEN, Amartya; FITOUSSI, Jean-Paul. **Report by the Commission on the Measurement of Economic Performance and Social Progress**. Disponível em: <http://www.stiglitz-sen-fitoussi.fr/documents/rapport_anglais.pdf>. Acesso em: 08 fev. 2013.

TABARELLI, Liane. **Contratos agrários e sustentabilidade ambiental**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

Vulnerabilidade e cidadania dos (i)migrantes e a nova Lei da Migração nº 13.445/2017¹

*Marcia Andrea Bühring*²

1 Introdução

É próprio do ser humano migrar, se deslocar, e a (i) migração se dá pelos mais diversos motivos, como questões religiosas, políticas, guerras, questões ambientais, em busca de uma vida melhor.

Inicialmente apresenta-se o conceito de (i)migrantes, segundo a Nova Lei da migração nº 13.445/2017, e também segundo o decreto nº 9.199/2017, que regulamenta a Lei.

¹ título original: A conexão entre a pobreza e a vulnerabilidade dos migrantes: cidadania ou subcidadania? Apresentado no V Seminário Internacional - Direitos Humanos, Violência e Pobreza - a situação de crianças e adolescentes na América Latina. Universidade de Buenos Aires. Buenos Aires - Argentina. Data: 26 a 28 de novembro de 2014. E que hoje, está sendo revisto e atualizado com a nova lei da migração.

² Doutora em direito pela PUCRS. Mestre em direito pela UFPR. Professora da Escola de Direito da PUCRS. Integrante do GEDF – Grupo de Estudos e Pesquisa em Direitos Fundamentais. Coordenadora do Grupo de Estudos Atualidades em Direito Constitucional/Ambiental da PUCRS. Projeto de Pesquisa SIPESQ-PUCRS “Análise da (i) migração haitiana: obstáculos enfrentados em relação ao preconceito e educação no Rio Grande do Sul e a nova lei da migração Nº 13.445/2017. Professora da UCS - Universidade de Caxias do Sul, Programa de Pós-Graduação, Mestrado e Doutorado em Direito Ambiental e Sociedade, Linha de Pesquisa: Direito Ambiental, Políticas Públicas e Desenvolvimento Socioeconômico; Grupo de Pesquisa: Interdisciplinaridade, Cidades e Desenvolvimento: Planejamento Sustentável do Meio Ambiente. Projeto de Pesquisa UCS: “Responsabilidade Civil Ambiental e Direito do Clima”. Professora da ESMAFE. Advogada e Parecerista. Membro do CEJ-Comissão do Ensino Jurídico da OAB-RS. E-mail: marcia.buhring@pucrs.br mabuhrin@ucs.br.

Na sequência, a vulnerabilidade associada a pobreza e a abordagem da cidadania e/ou subcidadania, enquanto qualidade ou estado do cidadão, da fruição dos direitos civis, políticos, sociais.

Para ao final, mostrar que a Nova Lei da Migração, é um Marco Regulatório que está em consonância com a Constituição Federal de 1988 e com a Declaração Universal dos Direitos Humanos. Ver o migrante como sujeito de direitos e não mais como “atentado à segurança do Estado”.

2 Quem é o (i) migrante?

A Lei da migração nº 13.445/2017, no art. 1º parágrafo 1º, incisos II, III, IV, V e VI, também chamada Nova Lei de Migração, traz importantes (re) definições das pessoas que migram, que se deslocam, e seus respectivos derivados.

Art. 1º Esta Lei dispõe sobre os direitos e os deveres do migrante e do visitante, regula a sua entrada e estada no País e estabelece princípios e diretrizes para as políticas públicas para o emigrante.

§ 1º Para os fins desta Lei, considera-se:

I - (VETADO);

II - imigrante: pessoa nacional de outro país ou apátrida que trabalha ou reside e se estabelece temporária ou definitivamente no Brasil;

III - emigrante: brasileiro que se estabelece temporária ou definitivamente no exterior;

IV - residente fronteiriço: pessoa nacional de país limítrofe ou apátrida que conserva a sua residência habitual em município fronteiriço de país vizinho;

V - visitante: pessoa nacional de outro país ou apátrida que vem ao Brasil para estadas de curta duração, sem pretensão de se estabelecer temporária ou definitivamente no território nacional;

VI - apátrida: pessoa que não seja considerada como nacional por nenhum Estado, segundo a sua legislação, nos termos da Convenção sobre o Estatuto dos Apátridas, de 1954, promulgada pelo Decreto nº 4.246, de 22 de maio de 2002, ou assim reconhecida pelo Estado brasileiro. (grifou-se).

Por outro lado, fora vetado o Inciso I do § 10 da Lei da migração nº 13.445/2017.

I - migrante: “pessoa que se desloca de país ou região geográfica ao território de outro país ou região geográfica, incluindo o imigrante, o emigrante, o residente fronteiriço e o apátrida;” E as razões do veto:

dispositivo estabelece conceito demasiadamente amplo de migrante, abrangendo inclusive o estrangeiro com residência em país fronteiriço, o que estende a todo e qualquer estrangeiro, qualquer que seja sua condição migratória, a igualdade com os nacionais, violando a Constituição em seu artigo 50, que estabelece que aquela igualdade é limitada e tem como critério para sua efetividade a residência do estrangeiro no território nacional.) (Lei da migração nº 13.445/2017).

Por conseguinte, o Decreto nº 9.199/2017, que regulamenta a lei, manteve o Inciso I – migrante, que a lei vetou, veja-se:

Art. 1º Este Decreto regulamenta a Lei de Migração, instituída pela Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017.

Parágrafo único. Para fins do disposto na Lei nº 13.445, de 2017, consideram-se:

I - migrante - pessoa que se desloque de país ou região geográfica ao território de outro país ou região geográfica, em que estão incluídos o imigrante, o emigrante e o apátrida;

II - imigrante - pessoa nacional de outro país ou apátrida que trabalhe ou resida e se estabeleça temporária ou definitivamente na República Federativa do Brasil;

III - emigrante - brasileiro que se estabeleça temporária ou definitivamente no exterior;

IV - residente fronteiriço - pessoa nacional de país limítrofe ou apátrida que conserve a sua residência habitual em Município fronteiriço de país vizinho;

V - visitante - pessoa nacional de outro país ou apátrida que venha à República Federativa do Brasil para estadas de curta duração, sem pretensão de se estabelecer temporária ou definitivamente no território nacional;

VI - apátrida - pessoa que não seja considerada como nacional por nenhum Estado, conforme a sua legislação, nos termos da Convenção sobre o Estatuto dos Apátridas, de 1954, promulgada pelo Decreto nº 4.246, de 22 de maio de 2002, ou assim reconhecida pelo Estado brasileiro;

VII - refugiado - pessoa que tenha recebido proteção especial do Estado brasileiro, conforme previsto na Lei nº 9.474, de 22 de julho de 1997; e

VIII - ano migratório - período de doze meses, contado da data da primeira entrada do visitante no território nacional, conforme disciplinado em ato do dirigente máximo da Polícia Federal. (grifou-se).

Ou seja, manteve o inciso I, mas retirou apenas o termo “residente fronteiriço”. O que soa passível de ser questionado via de ADI - ação direta de inconstitucionalidade, amanhã ou depois.

Note-se, que atualmente o Brasil faz divisa com 10 países diferentes, e são 33 pares de cidades gêmeas, ou cidades-irmãs, com divisas simbólicas, como ruas-avenidas, ou físicas como pontes, portanto residentes fronteiriços, que possuem Acordos, Ajustes, Pactos, específicos, firmados com cada um dos 10 países.

A Lei de Migração não afasta a aplicação de outras leis especiais, “para conferir tratamento jurídico distinto ao estrangeiro razão da função exercida no território nacional ou condição jurídica”.

O artigo 2º destaca: “Esta Lei não prejudica a aplicação de normas internas e internacionais específicas sobre refugiados, asilados, agentes e pessoal diplomático ou consular, funcionários de organização internacional e seus familiares”.

Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas (Decreto 56.435/65)

Convenção de Viena sobre Relações Consulares (Decreto 61.078/67)

Estatuto do Refugiado (Lei 9.474/97)

Estatuto dos Apátridas (Decreto 4.246/02)

Acordo MERCOSUL, Chile e Bolivia (Decreto 6.975/09)

Abaixo um quadro, que traz a diferenciação dos termos legais, baseados na Convenção de 1951 relativa ao Estatuto dos Refugiados, o Protocolo de 1967, lei brasileira nº 9.474 de 1997, Nova Lei de Migração nº 13.445/2017 e decreto nº 9.199/2017.

Quadro 1 Diferenciação de termos e amparo legal

	Definição	Legislação/ Amparo
1 Refugiado	<p>São refugiados aquelas pessoas que se encontram fora do seu país por causa de fundado temor de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, opinião política ou participação em grupos sociais, Que se encontre fora de seu país de nacionalidade e não possa ou não queira acolher-se à proteção de tal país. Tem amparo jurídico internacional.</p> <p>Mais, obrigadas a deixar seu país devido a conflitos armados, violência generalizada e violação massiva dos direitos humanos. Um refugiado não usufrui da proteção do governo do seu país, mas tem amparo jurídico internacional.</p> <p>Refugiado - pessoa que tenha recebido proteção especial do Estado brasileiro.</p>	<p>Convenção de 1951 relativa ao Estatuto dos Refugiados (de 1951) e Protocolo de 1967. (Amparo - ACNUR)</p> <p>Lei brasileira nº 9.474 de 1997. (Amparo - CONARE)</p> <p>Decreto nº 9.199/2017</p>
2a Deslocados externos	<p>Pessoas deslocadas externamente são forçadas a abandonar suas casas, pelas mesmas razões que os refugiados, e atravessaram qualquer fronteira internacionalmente reconhecida. Todavia, por não possuírem o <i>status</i> de refugiados não têm o mesmo amparo jurídico em âmbito internacional.</p>	<p>Lei do seu país, e lei do novo país.</p>
2b Deslocados internos	<p>Pessoas deslocadas internamente são forçadas a abandonar suas casas pelas mesmas razões que os refugiados, só que não atravessaram qualquer fronteira internacionalmente reconhecida. “Os deslocados internos, pessoas deslocadas dentro de seu próprio país, muitas vezes são erroneamente chamadas de refugiados. Ao contrário dos refugiados, os deslocados internos (IPDs em seu acrônimo inglês) não atravessaram uma fronteira internacional para encontrar segurança, mas permaneceram em seu país natal.”</p>	<p>Lei do seu país.</p>
3 Migrante (econômico)	<p>Migrante econômico deixa o seu país voluntariamente, à procura de uma vida melhor. [...] um migrante goza da proteção do governo do seu país. “Migrantes, especialmente migrantes econômicos, decidem deslocar-se para melhorar as perspectivas para si mesmos e para suas famílias”.</p>	<p>Lei do seu país.</p>

	<p>Lei de Migração nº 13.445/2017 – Vetou</p> <p>O Decreto nº 9.199/2017 – manteve “migrante - pessoa que se desloque de país ou região geográfica ao território de outro país ou região geográfica, em que estão incluídos o imigrante, o emigrante e o apátrida”. (apenas retirou a expressão residente fronteiriço).</p>	<p>Decreto nº 9.199/2017</p>
4 Imigrante (com “I”)	<p>Que ou quem imigra, ou seja, entra num país estrangeiro para nele viver.</p> <p>Pessoa nacional de outro país ou apátrida que trabalha ou reside e se estabelece temporária ou definitivamente no Brasil;</p>	<p>Lei do seu país e Lei do novo país.</p> <p>Lei de Migração nº 13.445/2017 e Decreto nº 9.199/2017</p>
5 Emigrante (com “E”)	<p>Quem emigra, ou seja, sai do país.</p> <p>Brasileiro que se estabelece temporária ou definitivamente no exterior;</p>	<p>Lei do seu país e Lei do novo país.</p> <p>Lei de Migração nº 13.445/2017 e Decreto nº 9.199/2017</p>
6 Asilado, Requerente de asilo	<p>Quem procura amparo ou proteção, a fim de albergar-se, hospedar-se, é todo lugar onde se está a salvo do perigo. “O requerente de asilo é alguém que afirma ser um refugiado, mas que ainda não teve seu pedido avaliado definitivamente”.</p> <p>“Os sistemas nacionais de asilo existem para determinar quais requerentes de asilo realmente se qualificam para proteção internacional. Aqueles que forem considerados, através dos procedimentos apropriados, não serem refugiados e não estarem necessitando de nenhuma outra forma de proteção internacional, poderão ser enviados de volta aos seus países de origem”.</p>	<p>Lei do seu país e Lei do novo país no qual se encontra requerendo asilo</p>
7 Apátrida	<p>São pessoas que nascem sem nacionalidade ou têm sua nacionalidade retirada pelo Estado, ficando, portanto, sem proteção de um Estado nacional. “A apátrida refere-se à condição de um indivíduo que não é considerado como um nacional por nenhum Estado”</p> <p>Pessoa que não seja considerada como nacional por nenhum Estado, segundo a sua legislação, nos termos da Convenção sobre o Estatuto dos Apátridas, de 1954, promulgada pelo Decreto nº 4.246, de 22 de maio de 2002, ou assim reconhecida pelo Estado brasileiro.</p>	<p>Estatuto dos Apátridas 1954, e Convenção de 1961.</p> <p>Lei de Migração nº 13.445/2017 e Decreto nº 9.199/2017</p>
8 Residente fronteiriço	<p>Pessoa nacional de país limítrofe ou apátrida que conserva a sua residência habitual em município fronteiriço de país vizinho.</p>	<p>Lei de Migração nº 13.445/2017 e Decreto nº 9.199/2017</p>

Visitante	Pessoa nacional de outro país ou apátrida que vem ao Brasil para estadas de curta duração, sem pretensão de se estabelecer temporária ou definitivamente no território nacional.	Lei de Migração nº 13.445/2017 e Decreto nº 9.199/2017
-----------	--	--

Fonte: Elaborado pela autora com base no ACNUR (2018). Nova Lei de Migração nº 13.445/2017 e Decreto nº 9.199/2017.

A Lei nova que passou a regular a situação do migrante a partir de 2017 se mostra extremamente consonante com o que prega a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, (que completa 70 anos, e mais atual do que nunca) ao deixar de olhar o migrante como mero atentado à segurança pública, mas como um sujeito de direitos.³

Os dados sobre o “refúgio” no mundo, são alarmantes, segundo Relatório “Global Trends Forced Displacement In 2017”,⁴ São cerca de: 25,4 milhões de refugiados; 40,0 milhões de pessoas deslocadas internamente; 19,9 milhões de refugiados sob o mandato do ACNUR; 5,4 milhões de refugiados da Palestina sob o mandato da UNRWA; 3,1 milhões de requerentes de asilo como resultado de perseguição, conflito ou violência generalizada; 68,5 Milhões de deslocados em todo o mundo.

Destaca Milesi, que a situação dos migrantes forçados está aumentando, são os “refugiados estatutários, os solicitantes de asilo,

³ Senão veja-se o seu artigo 2º: “Artigo 2º Todos os seres humanos podem invocar os direitos e as liberdades proclamados na presente Declaração, sem distinção alguma, nomeadamente de raça, de cor, de sexo, de língua, de religião, de opinião política ou outra, de origem nacional ou social, de fortuna, de nascimento ou de qualquer outra situação. Além disso, não será feita nenhuma distinção fundada no estatuto político, jurídico ou internacional do país ou do território da naturalidade da pessoa, seja esse país ou território independente, sob tutela, autônomo ou sujeito a alguma limitação de soberania”. DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Disponível em: <https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf>. Acesso em: 15 out. 2018.

⁴ Veja-se: “2017 in Review Trends at a Glance 25.4 million refugees 40.0 million internally displaced people 19.9 million refugees under UNHCR’s mandate 5.4 million Palestine refugees under UNRWA’s mandate 3.1 million asylum-seekers as a result of persecution, conflict, or generalized violence 68.5 MILLION FORCIBLY displaced Worldwide”. GLOBAL TRENDS FORCED DISPLACEMENT IN 2017. PRODUCED AND PRINTED BY UNHCR (25 JUNE 2018). Disponível em: http://www.unhcr.org/5b27be547#_ga=2.198048751.1798636077.1537008151-926225054.1537008151 . Acesso em 20 ago. 2018.

os deslocados ambientais, os deslocados dos projetos de desenvolvimento, bem como as vítimas de tráfico humano”. Afirma ainda, que “os conflitos bélicos continuem sendo a primeira causa da busca de refúgio, nos últimos anos cresceu e forma expressiva o número de pessoas que se deslocam, interna ou internacionalmente, por desastres ambientais ou projetos de desenvolvimento”.⁵

Conforme relatório: “The State of Environmental Migration 2010” em 2008 foram 20 milhões os deslocados ambientais, ou seja, aquelas pessoas impossibilitadas de regressar, temporária ou definitivamente, às próprias terras em decorrência de mudanças climáticas (desertificação, desflorestamento etc.), desastres naturais (terremotos, inundações, etc.) e outros desastres provocados pela ação humana (radioatividade, acidentes industriais). Na realidade, levando em conta que a gravidade das consequências dos desastres é proporcional à capacidade dos governos de implementar políticas de prevenção e atendimento às vítimas”.⁶

Esses dados só comprovam que é próprio do ser humano migrar, se deslocar, fugir, pelos mais diversos motivos, sejam eles econômicos, sociais, culturais, ambientais, etc. Ainda assim, vulneráveis.

3 Vulnerabilidade e cidadania

Inicialmente concorda-se com Sen, quando traz a “pobreza como privação da liberdade”, pois múltiplos são os parâmetros dos procesos de pobreza: a exemplo do sexo, idade, classe, etnia, nível

⁵ MILESI, Rosita. **Refugiados e Migrações Forçadas**: Uma Reflexão Aos 20 Anos Da Declaração De Cartagena. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/central-de-conteudo/estrangeiros/art_irmarosita.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2018.

⁶ DDRI. The State of Environmental Migration 2010. Disponível em: <http://publications.iom.int/system/files/pdf/study0711_sem2010_web3.pdf> Acesso em 2 ago. 2018. p. 5.

de educação, saúde, entre outros,⁷ vez que a pobreza, abarca múltiplos fatores.

Importante mencionar que há um círculo vicioso da pobreza, tal qual destacado por Zaoual,⁸ “o pobre não se torna cidadão, o ‘*homme debout*’ de Kant, mas um cliente atomizado das instituições do social”, e mais, que “se profissionalizam sem poder resolver em profundidade os problemas econômicos e sociais legitimando sua existência. Sua performance chega a ser discutível em matéria de aplicação dos fundos públicos nacionais e internacionais.” E por isso adverte Sen, que nos países em desenvolvimento, as iniciativas públicas são fundamentais na geração de oportunidades sociais.⁹

Pobreza que aponta para a vulnerabilidade, segundo Lustig, vez que os pobres são sempre os mais vulneráveis, principalmente quando o país é atingido por um choque ou crises macroeconômicas. Faz alusão a América Latina, cujos pobres têm sido alvejados por uma série de choques ao longo dos últimos 20 anos que reduziu a renda e agravou a pobreza persistente e crônica na região. Que houve uma maior proteção social, com as intervenções públicas - incluindo as medidas de mercado de trabalho, redes de segurança social, os sistemas de pensões e fundos” justamente para diminuir os impactos.¹⁰

⁷ SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução Laura Teixeira Motta. São Paulo. Companhia das Letras, 2010. p.120.

⁸ ZAOUAL, Hassan. **Globalização e diversidade cultural**. Textos selecionados e traduzidos por Michel Thiollent. São Paulo: Editora Cortez, 2003. (Coleção questões da nossa época; v. 106). p.77.

⁹ SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução Laura Teixeira Motta. São Paulo. Companhia das Letras, 2010. p.190.

¹⁰ **Tradução livre de:** “Poor people are among the most vulnerable when a country is hit by a shock such as a macroeconomic crisis or a natural disaster. In Latin America, the poor have been buffeted by a series of shocks over the past 20 years that have reduced incomes and exacerbated persistent and chronic poverty in the region. Social Protection for Equity and Growth provides policy recommendations to reduce the economic vulnerability of the poor to adverse shocks and help them cope with downturns in income. Social protection refers to public interventions -- including labor market measures, social safety nets, pension systems and calamity funds -- that can lessen the impact of these sudden events. They target persons with precarious employment conditions or limited access to social security or other insurance systems, as well as the elderly and disabled. Often living at or near the subsistence level, these groups generally lack the economic

A vulnerabilidade pode ser definida, levando em consideração três fatores: o risco iminente, não conseguir reagir e impossibilidade de adaptação,¹¹ todavia, não há uma unidade em torno do conceito de vulnerabilidade, que tão abrangente que já foram identificados, em torno de dezoito diferentes definições.¹² Já a noção de vulnerabilidade social, aponta uma “insegurança e exposição a riscos e perturbações provocadas por eventos ou mudanças econômicas”¹³. Tanto a demografia, como a geografia, tem trazido a questão da vulnerabilidade como um conceito linear e complementar ao de risco.¹⁴

Concluem os autores que na dimensão demográfica, poderiam ser incluídos indicadores quanto “à estrutura domiciliar e migração”.¹⁵

Hodiernamente, são vulneráveis os dois grupos, (os incluídos e os excluídos), tanto “os que se vêem incluídos nos sistemas de produção, acesso e descarte dos bens de consumo correntes - uma vez que as intensidades de suas interações sociais,

or political power to push for policies that respond to their needs during times of crisis”. LUSTIG, Nora. **Social Protection for Equity and Growth**. Washington, Inter-American Development Bank, 2000.

¹¹ MOSER, C. The asset vulnerability framework: reassessing urban poverty reduction strategies. **World Development**, New York, v. 26, n. 1, 1998.

¹² CUTTER, S.L. Vulnerability to environmental hazards. **Progress in Human Geography**, v. 20, n. 4. p.529-539, Dec. 1996.

¹³ KAZTMAN, R.; BECCARIA, L.; FILGUEIRA, F.; GOLBERT, L.; KESSLER, G. **Vulnerabilidad, activos y exclusión social en Argentina y Uruguay**. Santiago de Chile: OIT, 1999. 22 p.

¹⁴ MARANDOLA JR., E.; HOGAN, D.J. Vulnerabilidade e riscos: entre geografia e demografia. **Revista Brasileira de Estudos de População**, São Paulo, v. 22, n. 1. p.29-53, jan./jun. 2005.

¹⁵ “Outros exemplos de variáveis relativas à estrutura domiciliar que poderiam explicar componentes importantes da vulnerabilidade seriam famílias chefiadas por desempregados e famílias residentes em moradias subnormais e/ou ilegais. No que se refere à migração, a incorporação desta dimensão poderia trazer a tona a existência de grupos populacionais muito vulneráveis em países onde a componente suscetibilidade da vulnerabilidade é baixa em função dos valores médios dos indicadores socioeconômicos. Este é o caso de imigrantes internacionais, como os latinos nos Estados Unidos ou os africanos e árabes na Europa, e de imigrantes domésticos em países com alta desigualdade regional, como os imigrantes brasileiros provenientes de regiões economicamente deprimidas e empobrecidas”. BRAGA, Tania Moreira; Elzira Lucia de oliveira; Gustavo Henrique Naves Givisiez. Avaliação de metodologias de mensuração de risco e vulnerabilidade social a desastres naturais associados a mudança climática. **São Paulo em Perspectiva**, v. 20, n. 1. p.81-95, jan./mar. 2006. p.93.

biológicas e físicas os predisõem a sofrer os efeitos nocivos resultantes”. Assim como os que “estão excluídos dos benefícios dos sistemas supra, mas são obrigados a lidar com os impactos, socialmente mais abrangentes, de seus malefícios”.¹⁶

O tema da vulnerabilidade é amplo e transversal, autores como Almeida¹⁷ retiram “o foco da natureza econômica” e atribuem “importância dos vínculos afetivo-relacionais e de pertencimento social, nos quais cada um enfrenta suas perdas”, inclusive adverte para a vulnerabilidade enquanto processo, “uma situação dinâmica na qual indivíduos ou grupos adentram ou superam”.¹⁸

A questão da vulnerabilidade das suas condições existenciais é apontada por Sarlet e Fensterseifer, além de ser uma problemática, também como um enorme desafio, enxergam nas pessoas necessitadas em termos socioambientais (mesmo se referindo especificamente às pessoas mais vulneráveis aos efeitos negativos da degradação ambiental) as mais pobres, com uma vida “precária em termos de bem-estar, desprovidas do acesso aos seus direitos sociais básicos (moradia adequada e segura, saúde básica, saneamento básico e água potável, educação, alimentação adequada etc.)”.¹⁹

É de extrema vulnerabilidade a situação das pessoas que precisam se deslocar e mudar de lugar, como abordou Arendt,²⁰ cujo

¹⁶ HOGAN, D.J. População, pobreza e poluição em Cubatão, São Paulo. In: MARTINE, G. (Org.). População, meio ambiente e desenvolvimento: verdades e contradições. Campinas: Unicamp, 1993. p.101-132.

¹⁷ ALMEIDA, Laura Maria Pedrosa de. **Vulnerabilidade social**. Disponível em: <<http://www.recife.gov.br/pr/secplanejamento/pnud2005/idh-m.html>>. Acesso em: 16 mar. 2013.

¹⁸ VALENCIO, Norma Felicidade Lopes da Silva; SIENA, Mariana; PAVAN, Beatriz Janine Cardoso; ZAGO, Juliana Roversi; BARBOSA, Aline Ramos. Implicações éticas e sociopolíticas das práticas de defesa civil diante das chuvas reflexões sobre grupos vulneráveis e cidadania participativa. **São Paulo em Perspectiva**, v. 20, n. 1, p.96-108, jan./mar. 2006. p.106.

¹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Estado socioambiental e mínimo existencial (ecológico?): algumas aproximações. In: KRELL, Andrés J. [et al]. **Estado Socioambiental e Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p.50ss.

²⁰ Argumenta Hannah Arendt: “A situação dos refugiados e refugiadas é, sem dúvida, uma das mais precárias a que fica sujeito o ser humano. Extremamente vulnerável, distante de tudo o que habitualmente sustenta as relações e a estrutura emocional e afetiva de uma pessoa, o refugiado se depara com os desafios de quem só tem a alternativa de recomeçar a própria vida, com a força das boas lembranças e da terra de origem, com a experiência dos difíceis momentos que o expulsaram de sua pátria e com a esperança de que alguém, um

objetivo maior, e muitas vezes, inalcançável que apenas sejam criadas condições para uma vida digna. Endossa-se, inclusive, que as pessoas migram, deslocam-se, por múltiplos fatores, uma sobreposição de várias situações, como destaca Sander e outros, enfrentando problemas semelhantes, sendo que os migrantes se encontram vulneráveis com inúmeras carências,²¹ falta tudo, dentre elas, o básico, o mais elementar para a própria sobrevivência, tais como moradia, saúde, trabalho, alimentação.

E aqui, a verificação do grupo familiar, muitas vezes constituído de quatro pessoas ou mais, ou seja, pais com os filhos menores, que são duplamente vulneráveis, pois não tem opção.

Nesse sentido, Weiss, destacando o acesso das pessoas aos recursos mínimos refere que “a obrigação planetária de assegurar o uso equitativo requer que essas populações tenham um acesso razoável aos recursos naturais, tais como a água doce e terra cultivável, ou seus benefícios”,²² sem isso, não há como assegurar a saúde integral, proteção ou uma vida digna.

país, uma comunidade, o acolham e lhe protejam, pelo menos, o grande bem que lhe restou, a própria vida”. ARENDT, Hannah. **As origens do totalitarismo**. Anti-semitismo. Imperialismo. Totalitarismo. Tradução de Roberto Raposo. 4. reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 1989. p.327.

²¹ **Tradução livre de:** Também cabe mencionar a preocupação existente em torno das “migrações mistas”, a partir da relação cada vez mais estreita e complexa entre a proteção dos refugiados e as migrações internacionais: “Las “migraciones mixtas”, situaciones en la cuales se trasladan personas juntas con distintos objetivos que usan las mismas rutas y medios de transporte o los servicios de los mismos traficantes, ocasionan serias preocupaciones en cuanto a la protección. [...] La mayor parte de los migrantes cuando viajan en forma irregular se encuentran en situaciones vulnerables y muchos tienen necesidades específicas que requieren atención urgente. Identificar a los refugiados que van en los flujos migratorios irregulares puede ser un reto, en especial cuando los mismos individuos tienen varios motivos para trasladarse [...].” SADER, Emir; JINKINGS, Ivana; NOBILE, Rodrigo; MARTINS, Carlos Eduardo (Coordenadores). **Latinoamericana:** enciclopédia contemporânea da América Latina e do Caribe. 1. ed. São Paulo: Boitempo Editorial; Rio de Janeiro: Laboratório de Políticas Públicas da UERJ, 2006. p.794.

²² **Tradução livre de:** “La obligación planetaria de asegurar el uso equitativo requeriría que esas poblaciones tengan un acceso razonable a los recursos naturales, tales como el agua dulce, y tierra cultivable, o sus beneficios.” Sugere inclusive uma “**obrigação planetária**” - pressupõe que se compreenda e se assumam uma responsabilidade para com o outro desconhecido, fundada no princípio da “hospitalidade universal”, seja pela via do compromisso de um Estado com outro ou mesmo de uma comunidade para com as pessoas que migram. WEISS, Edith Brown. **Un mundo justo para las futuras generaciones:** derecho internacional, patrimonio común y equidad intergeneracional. New York: United Nations Press, 1999, 87.

Com a revalorização da importância da família e seu papel no contexto de sociedade mundial, muitos são os ganhos, assim como, grandes são também os impactos²³ da situação social sobre a família latino-americana, que precisa de apoio concreto, no direito à saúde, a proteção à maternidade, nas diferentes fases, pois ao “fortalecer a família, melhora-se o capital humano da sociedade, eixo do crescimento econômico, e o desenvolvimento social, base da estabilidade democrática”.²⁴

Por oportuno, para enfrentar os desafios sociais do século XXI no que tange as disparidades no acesso a um bem decisivo como

²³ Refere: “A família é um âmbito determinante dos graus de crescimento, realização, equilíbrio, saúde e plenitude efetiva que as pessoas podem alcançar. A sociedade e seus membros apostam aspectos centrais de seu progresso e bem-estar nas condições em que atuam as estruturas familiares. A deterioração de parâmetros socioeconômicos básicos da vida cotidiana de amplos setores da população da região está incidindo silenciosamente em um processo de reestruturação de numerosas famílias. Está surgindo o perfil de uma família desarticulada em aspectos importantes, instável, significativamente debilitada. Esse tipo de família dificilmente pode cumprir as funções potenciais da unidade familiar, caracterizadas em uma seção anterior. Isso faz com que o último reduto com o qual a sociedade conta para fazer frente às crises sociais careça, por sua debilidade, da possibilidade de fazer o papel que poderia desempenhar. Entre as principais expressões dos processos em curso, em relação às famílias, encontram-se as que são apresentadas resumidamente a seguir: - *Mulheres sozinhas chefes de família*; - *Efeitos da família incompleta sobre os filhos*; - A resistência a formar e manter famílias; - *Nascimentos ilegítimos*; - *Mães precoces*; - *Violência doméstica*; - *Incapacidade da família de proporcionar uma infância normal*; - *Os menores abandonados*”. KLIKSBURG, Bernardo. **Falácias e mitos do desenvolvimento social**. Tradução de Sandra Trabucco Valenzuela. São Paulo: Cortez, 2001. p.58ss.

²⁴ Veja-se: “A política social deveria estar fortemente voltada para essa unidade decisiva. É preciso dar apoio concreto à constituição de famílias nos setores desfavorecidos, proteger detalhadamente as diversas fases da maternidade, respaldar a sobrecarga que se apresenta para as famílias com problemas econômicos nos momentos fundamentais de sua existência, dar-lhes apoio para erradicar o trabalho infantil e para que seus filhos possam se dedicar à escola, desenvolver uma rede de serviços de apoio às crianças (creches, subsídios para idosos e portadores de deficiências etc.), ampliar as oportunidades de desenvolvimento cultural e de lazer familiar. Isto exige políticas explícitas e que se conte com instrumentos organizacionais para sua execução, atribuição de recursos, alianças entre setor público e setores da sociedade civil que podem contribuir para esses objetivos.[...] Além disso, agir nessa direção não é apenas melhorar um meio, mas sim o fim último de toda sociedade democrática. A família é uma base fundamental para múltiplas áreas de atividade, mas é sobretudo um fim em si mesma. Fortalecê-la é dar um passo efetivo para as possibilidades de desenvolvimento das potencialidades do ser humano, é dignificá-lo, é ampliar suas oportunidades, é aumentar sua liberdade real. Cada hora que passa nesta América Latina, afetada pelos problemas sociais descritos, sem que haja políticas efetivas em campos como esse, significará mais famílias destruídas, ou que nem chegam a se formar, mães adolescentes, crianças abandonando a escola, jovens excluídos. A ética, em primeiro lugar, a proposta de pluralismo da democracia e o ideário histórico da região exigem que se somem esforços para agir com urgência para evitá-lo.”. KLIKSBURG, Bernardo. **Falácias e mitos do desenvolvimento social**. Tradução de Sandra Trabucco Valenzuela. São Paulo: Cortez, 2001. p.66-67ss.

a saúde, pois muitos já eram os desafios em 1998.²⁵ Num contexto mais atual, o último relatório de Estatísticas Mundiais de Saúde de 2011 que foi divulgado pela Organização Mundial de Saúde (OMS) aponta que um “número crescente de países enfrenta um duplo fardo”, ou seja, à medida que por um lado, “aumenta a prevalência de fatores de risco para doenças crônicas, como a diabetes, as doenças cardíacas e o câncer”, e por outro lado, “muitos países ainda lutam para reduzir as mortes maternas e infantis causadas por doenças infecciosas”.²⁶ Os dados não mudaram muito, nas últimas décadas, só se agravaram.

Isso pode ser percebido também no Relatório de 2012, de Estatística Mundial da Saúde da OMS, são 194 Estados Membros, e traz alguns progressos realizados no sentido de alcançar as metas de desenvolvimento do milênio (ODM) O “World Health Statistics 2012” traz dados das Nações Unidas, UNESCO, UNICEF e Banco Mundial. O resumo abrange a situação atual dos sistemas de saúde em dez áreas, ou seja, expectativa de vida e mortalidade, causas de mortalidade e morbidade, doenças infecciosas, cobertura dos serviços de saúde, fatores de risco, profissionais de saúde, infraestrutura, despesas, desigualdades, estatísticas demográficas e sócioeconômicas, sistemas de informação de saúde e disponibilidade

²⁵ Informa Bernardo Kliksberg, “que apesar dos enormes e tão positivos avanços da medicina em numerosos campos, o aumento da pobreza, as carências por parte dos pobres, de condições mínimas de grande impacto em prevenção em saúde, como o saneamento básico, a eletricidade e a água, os problemas de desnutrição e a falta de acesso a serviços de saúde (880 milhões carecem deles) eram alguns dos fatores incidentes nas profundas disparidades existentes”. KLIKSBERG, Bernardo. **Falácias e mitos do desenvolvimento social**. Tradução de Sandra Trabucco Valenzuela. São Paulo: Cortez, 2001. p.73-74ss.

²⁶ ONU. **Novo relatório da OMS traz informações sobre estatísticas de saúde em todo o mundo**. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/novo-relatorio-da-oms-traz-informacoes-sobre-estatisticas-de-saude-em-todo-o-mundo/>> Acesso em: 23 mar. 2013.

de dados.²⁷ Já no Relatório de 2018, de Estatística Mundial da Saúde da OMS, veja-se, os números pioraram ainda mais.²⁸

Trata-se, pois, de evidente problemática que recai também sobre os aspectos da cultura e políticas sociais, vez que, como aponta, Kliksberg, “a mobilização cultural pode ser de grande relevância para a luta contra a pobreza que hoje aflige, através de diversas expressões, cerca da metade da população da região”, a pobreza é um fenômeno complexo,²⁹ sendo que a valorização da cultura o ponto chave para a afirmação da identidade de um povo.³⁰

²⁷ **Tradução livre de:** “The World Health Statistics series is WHO’s annual compilation of health-related data for its 194 Member States and includes a summary of the progress made towards achieving the health-related Millennium Development Goals (MDGs) and associated targets. This year, it also includes highlight summaries on the topics of noncommunicable diseases, universal health coverage and civil registration coverage. The series is produced by the WHO Department of Health Statistics and Information Systems of the Innovation, Information, Evidence and Research Cluster. As in previous years, World Health Statistics 2012 has been compiled using publications and databases produced and maintained by WHO technical programmes and regional offices. A number of demographic and socioeconomic statistics have also been derived from databases maintained by a range of other organizations. These include the United Nations International Telecommunication Union (ITU), the United Nations Department of Economic and Social Affairs (UNDESA), the United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization (UNESCO), the United Nations Children’s Fund (UNICEF) and the World Bank. Indicators have been included on the basis of their relevance to global public health; the availability and quality of the data; and the reliability and comparability of the resulting estimates. Taken together, these indicators provide a comprehensive summary of the current status of national health and health systems in the following ten areas: life expectancy and mortality, cause-specific mortality and morbidity; selected infectious diseases; health service coverage; risk factors; health workforce, infrastructure and essential medicines; health expenditure; health inequities; demographic and socioeconomic statistics; health information systems and data availability.” OMS. **Estatística Mundial da Saúde.** Disponível em: <http://www.who.int/gho/publications/world_health_statistics/en/index.html>. Acesso em: 13 mai. 2013.

²⁸ WORLD HEALTH STATISTICS 2018: monitoring health for the SDGs. Disponível em: <<http://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/272596/9789241565585-eng.pdf?ua=1>>. Acesso em 15 out. 2018.

²⁹ Segundo S. Rocha, “pobreza é um fenômeno complexo, definindo-a como a situação na qual as necessidades não são atendidas de forma adequada”, E, “ser pobre significa não dispor de meios para operar adequadamente no grupo social em que se vive”. ROCHA, S. **Pobreza no Brasil** - Afinal, de que se trata?. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2003. p.9.

³⁰ Aduz: “Os elementos “intangíveis” subjacentes na cultura podem cooperar de múltiplas formas. Os grupos pobres não têm riquezas materiais, mas têm uma bagagem cultural, em oportunidade, como ocorre com as populações indígenas, de séculos ou milênios. O respeito profundo por sua cultura criará condições favoráveis para a utilização, no âmbito dos programas sociais, de saberes acumulados, tradições, modos de vincular-se com a natureza, capacidades culturais naturais para a auto-organização, que podem ser de grande utilidade. Por outro lado, a consideração e valorização da cultura dos setores desfavorecidos é um ponto-chave para o crucial tema da identidade coletiva e da auto-estima. Com frequência, a marginalidade e a pobreza econômica são acompanhadas por desvalorizações culturais. A cultura dos pobres é estigmatizada por setores da

Para que possam, valorizada a cultura, transmitir aos outros e as futuras gerações, vez que, a cultura é o âmbito básico, na qual a sociedade “gera valores e os transmite de geração em geração”.^{31,32}

sociedade como inferior, precária, atrasada. Atribui-se, inclusive, “alegremente”, a pautas dessa cultura as próprias razões da pobreza. Os pobres sentem que, além de suas dificuldades materiais, há um processo silencioso de “desprezo cultural” com relação a seus valores, tradições, saberes, formas de relação. Ao se desvalorizar a cultura, está se enfraquecendo a identidade. Uma identidade golpeada gera sentimentos coletivos e individuais de baixa auto-estima. As políticas sociais deveriam ter como objetivo relevante a reversão deste processo e a elevação da auto-estima grupal e pessoal das populações desfavorecidas. Uma auto-estima fortalecida pode ser um potente motor de construção e criatividade. A mediação imprescindível é a cultura. A promoção da cultura popular, a abertura de canais para sua expressão, seu cultivo nas gerações jovens, a criação de um clima de apreço genuíno por seus conteúdos, fará crescer a cultura e, com isso, devolverá identidade aos grupos empobrecidos”. KLIKSBURG, Bernardo. **Falácias e mitos do desenvolvimento social**. Tradução de Sandra Trabucco Valenzuela. São Paulo: Cortez, 2001. p.141.

³¹ “Valores positivos conduzem a diversas direções. Assim, por exemplo, sociedades que estimularam e cultivaram valores favoráveis à equidade, e os refletiram em múltiplas expressões, de seus sistemas fiscais até a universalização de serviços de assistência à saúde, e educação de boa qualidade, têm hoje nesse campo bons níveis que, por sua vez, facilitam seu progresso econômico e tecnológico e sua competitividade. Mencionam-se com frequência, a respeito, casos como os dos países nórdicos, Canadá, Japão, Israel, entre outros. A cultura é o âmbito básico onde uma sociedade gera valores e os transmite de geração em geração. O trabalho em cultura na América Latina para promover e difundir sistematicamente valores tais como: a solidariedade de profundas raízes nas culturas indígenas autóctones; a cooperação; a responsabilidade de uns pelos outros, o cuidado conjunto do bem-estar coletivo; a superação das discriminações, a erradicação da corrupção; atitudes em prol da melhoria da equidade numa região tão marcadamente desigual; atitudes democráticas, pode claramente ajudar no desenvolvimento, além de contribuir para o perfil final da sociedade”. KLIKSBURG, Bernardo. **Falácias e mitos do desenvolvimento social**. Tradução de Sandra Trabucco Valenzuela. São Paulo: Cortez, 2001. p.144-145.

³² A observação do contexto sócio-espacial, é muito importante, apontam Ana Lucia de Siqueira Brito et all “O contexto socioespacial, definindo o volume de recursos disponíveis no domicílio, os níveis de escolaridade e informação (práticas contraceptivas, atenção (pré e pós-natal) parecem influenciar algumas condições presentes ao nascimento, como atenção pré-natal insuficiente, maior paridade, gravidez na adolescência e maior prática do parto natural. A relação entre segregação socioespacial e algumas características dos nascimentos reflete também o acesso desigual e o modelo de atenção dos serviços de saúde. Uma maior proporção de gestantes com menor número de visitas pré-natal e maior incidência de partos normais concentra-se nas áreas predominantemente pobres, as quais reúnem os mais baixos níveis de renda familiar e escolaridade de seus chefes. Nesses contextos, onde existe grande demanda por parte de uma população que não pode arcar com os custos de um atendimento privado, alia-se a escassez na oferta de serviços de saúde presente no município. Em síntese, observa-se entre as mulheres classificadas nas áreas predominantemente pobres: maior proporção de gestações precoces; menor número de consultas pré-natais; maior prática de partos normais; o dobro de mães menos escolarizadas; maior proporção de nascidos de cor negra; e maior paridade. O resultado da análise aponta os territórios em situação de maior vulnerabilidade na capital e municípios metropolitanos possibilitando o planejamento de ações mais específicas e dirigidas a essas áreas em um contexto de vigilância da saúde”. BRITO, Ana Lúcia de Siqueira; Yazaki, Lúcia Mayumi; MAIA, Paulo Borlina. Vulnerabilidade ao nascer no espaço metropolitano. **São Paulo em Perspectiva**, v. 20, n. 1. p.18-32, jan./mar. 2006. p.29-30.

Renove-se, por oportuno a menção de Valencio et all, que “uma ética da compaixão pode ser movente em direção ao outro e não deve ser descartada num contexto de afirmação do individualismo e da concepção de invulnerabilidade dos superincluídos”.³³ Além disso, os excluídos não são apenas “rejeitados fisicamente (racismo), geograficamente (gueto) ou materialmente (pobreza)”. Eles não são tão somente excluídos das riquezas materiais, (trocas) mas também das riquezas espirituais (valores), explica Xiberras “têm falta de reconhecimento e estão banidos do universo simbólico”.³⁴

Nesse sentido, Souza, adverte para os problemas decorrentes da chamada injustiça simbólica, que se caracteriza “pela hostilidade, a invisibilidade social e o desrespeito que a associação de interpretações ou estereótipos sociais reproduzem na vida cotidiana ou institucional”. O que prejudica a própria autoestima, o sentimento de pertencimento seja dos indivíduos, seja dos grupos.³⁵

Atualmente fala-se em novos condicionamentos sociais, em circunstâncias de vulnerabilidade e privações.³⁶ Com isso, podem-se

³³ VALENCIO, Norma Felicidade Lopes da Silva; SIENA, Mariana; PAVAN, Beatriz Janine Cardoso; ZAGO, Juliana Roversi; BARBOSA, Aline Ramos. Implicações éticas e sociopolíticas das práticas de defesa civil diante das chuvas reflexões sobre grupos vulneráveis e cidadania participativa. **São Paulo em Perspectiva**, v. 20, n. 1. p.96-108, jan./mar. 2006. p.106.

³⁴ XIBERRAS, Martine. **As teorias da exclusão**: para uma construção do imaginário do desvio. 2. ed. Lisboa: Instituto Piaget, 1993. p.18.

³⁵ SOUZA, Jessé de. Uma teoria crítica do conhecimento. **Revista Lua Nova**, São Paulo, Cedec, n. 50. p.133-158, 2000.

³⁶ Refere José Rogério: “O jogo das relações entre processos de exclusão e controle social, de um lado, e liberdade e autonomia dos sujeitos, de outro, passa, na atualidade, pela combinação dos fatores que definem os novos condicionamentos sociais, em situações de vulnerabilidade e privações. Nos processos de vulnerabilização, como o aqui citado, contam muito mais as regras que se impõem aos excluídos, para que participem - ou ao menos se sintam participantes - dos jogos de sociabilidade. Esses novos condicionamentos implicam, também, que o campo de ações dos sujeitos contemporâneos é plural, o que inclui mesmo a sociabilidade configurada em condições de privação social, como na pobreza ou nos processos de exclusão. Essa condição impõe uma constante necessidade de refletir e redefinir ações sociais na esfera acadêmica ou governamental, atentando aos critérios de comunidade e seus padrões de sociabilidade, configurados nos processos de exclusão territorialmente definidos nas cidades”. LOPES, José Rogério. **Exclusão Social, Privações e Vulnerabilidade: uma análise dos novos condicionamentos sociais**. **São Paulo em Perspectiva**, v. 20, n. 1. p.123-135, jan./mar. 2006. p.132-133.

mencionar também as rupturas que o próprio processo de globalização caos, e tem causado, afirmam Oliveira e Barcelos, rupturas essas “de fronteiras, na medida em que são estabelecidas novas escalas produtivas com a transnacionalização da economia e com o surgimento de reagrupamentos nacionais”.³⁷ Assim como há uma tendência à “intensificação de migrações, pois, para as populações, geralmente as fronteiras apresentam menor permeabilidade”,³⁸ ocorrendo uma faixa de interfaces, pelas quais tanto as culturas como os costumes são compartilhados,³⁹ na área de fronteira.

Nesse sentido aponta também Mattelart que não há cultura sem mediação, nem mesmo identidade sem tradução. “Cada sociedade retranscreve os signos transnacionais, adapta-os, os reconstrói, reinterpreta-os, reterritorializa-os, ressemantiza-os”. E nesse contexto a globalização “reconfigura as identidades e ajuda as pessoas a reconstruir novos imaginários”.⁴⁰

Na verdade, viver juntos, sob mesmo “teto planetário”,⁴¹ e em épocas de dominação global, além de necessário é

³⁷ OLIVEIRA, Naia; BARCELLOS, Tanya de. **As áreas de fronteira na perspectiva da globalização**: reflexões a partir do caso Rio Grande do Sul/Corrientes. Ensaios FEE, Porto Alegre, v 19, n1. p.218-244. 1998. p.223. Disponível em <<http://revistas.fee.tche.br/index.php/ensaios/article/viewFile/1917/2292>>. Acesso em: 09 out. 2012.

³⁸ OLIVEIRA, Naia; BARCELLOS, Tanya de. **As áreas de fronteira na perspectiva da globalização**: reflexões a partir do caso Rio Grande do Sul/Corrientes. Ensaios FEE, Porto Alegre, v 19, n1. p.218-244. 1998. p.224. Disponível em <<http://revistas.fee.tche.br/index.php/ensaios/article/viewFile/1917/2292>>. Acesso em: 09 out. 2012.

³⁹ “O que seria uma zona de choque ou diferenciação entre os dois sistemas vem configurando-se em áreas de transição ou de interface. O que antes se chamava de “espaço fronteiriço”, e que ocupava uma pequena dimensão de cada lado da fronteira, atualmente se amplia, formando verdadeiras zonas de fronteira ou espaços regionais fronteiriços”. OLIVEIRA, Naia; BARCELLOS, Tanya de. **As áreas de fronteira na perspectiva da globalização**: reflexões a partir do caso Rio Grande do Sul/Corrientes. Ensaios FEE, Porto Alegre, v 19, n1. p.218-244. 1998. p.223. Disponível em <<http://revistas.fee.tche.br/index.php/ensaios/article/viewFile/1917/2292>>. Acesso em: 09 out. 2012.

⁴⁰ MATTELART, Armand. **Diversidade cultural e mundialização**. São Paulo: Parábola, 2005. p.97-98.

⁴¹ Teto planetário ou casa comum: Papa Francisco na Carta Encíclica Laudato Si nos convoca para que cuidemos de “Nossa Casa Comum”, Diz “Esta irmã clama contra o mal que lhe provocamos por causa do uso irresponsável e do abuso dos bens que Deus nela colocou. Crescemos a pensar que éramos seus proprietários e dominadores, autorizados a saqueá-la. A violência, que está no coração humano ferido pelo pecado, vislumbra-se nos sintomas de doença que notamos no solo, na água, no ar e nos seres

imprescindível, refere Touraine, “só conseguiremos viver juntos se reconhecermos que a nossa tarefa comum é combinar acção instrumental e identidade cultural”, de ser o Sujeito da história.⁴² A mesma globalização que impõe regras econômicas, tem destruído as “mediações sociais e políticas que uniam a economia e a cultura e garantiam, [...] forte integração de todos os elementos da vida social”.⁴³ Ou, comunidades culturais conforme abordado por Touraine,⁴⁴ que adverte ainda, para a modernização⁴⁵ (entre o racional e a liberdade) e a desmodernização,⁴⁶ (enquanto dissociação, degradação, ruptura).⁴⁷ E conclui: “Como conclusão, retenhamos a idéia de que o culturalismo não é uma fragmentação

vivos”. Papa Francisco. Encíclica Laudato Si. Disponível em: <http://w2.vatican.va/content/francesco/pt/encyclicals/documents/papa-francesco_20150524_enciclica-laudato-si.html>. Acesso em: 15 out. 2018.

⁴² Aduz: “logo, se cada um de nós se construir como Sujeito e se nos dermos leis, instituições e formas de organização social cujo objectivo principal é proteger a nossa exigência de viver como Sujeitos da nossa própria existência. Sem este princípio central e mediador, a combinação das duas faces da nossa existência é tão impossível de realizar como a quadratura do círculo”. TOURAINE, Alain. **Poderemos viver juntos?**: iguais e diferentes. Trad. Jaime A. Glasen e Ephraim F. Alves. Petropolis-RJ: Vozes, 1998. p.214.

⁴³ TOURAINE, Alain. **Poderemos viver juntos?**: iguais e diferentes. Trad. Jaime A. Glasen e Ephraim F. Alves. Petropolis-RJ: Vozes, 1998. p.38.

⁴⁴ “A dissociação entre a economia e as culturas conduz seja à redução do ator à lógica da economia globalizada - o que corresponde ao triunfo desta cultura global que se acaba de lembrar -, seja à reconstrução das identidades não sociais baseadas nas pertenças culturais e não mais em papéis sociais. É tanto mais difícil se definir como cidadão ou trabalhador nessa sociedade globalizada quanto é tentador se definir pela etnia, pela religião ou pelas crenças, pelo gênero ou pelos costumes, entendidos como comunidades culturais”. TOURAINE, Alain. **Poderemos viver juntos?**: iguais e diferentes. Trad. Jaime A. Glasen e Ephraim F. Alves. Petropolis-RJ: Vozes, 1998. p.43.

⁴⁵ Alain Touraine menciona que a “Leitura de Hannah Arendt, “Arendt define o mundo moderno por duas características principais: a irreversibilidade e a imprevisibilidade”. TOURAINE, Alain. **Poderemos viver juntos?**: iguais e diferentes. Trad. Jaime A. Glasen e Ephraim F. Alves. Petropolis-RJ: Vozes, 1998. p.161.

⁴⁶ A desmodernização “é definida pela dissociação entre economia e culturas e pela degradação de uma e das outras, que se seguiu como consequência direta”. TOURAINE, Alain. **Poderemos viver juntos?**: iguais e diferentes. Trad. Jaime A. Glasen e Ephraim F. Alves. Petropolis-RJ: Vozes, 1998. p.49.

⁴⁷ “Dissociação entre a extensão e a alma, para retomar palavras antigas, entre economia e culturas e entre trocas e identidades. É a esta dissociação que chamo de *desmodernização*. Se a modernização foi a gestão da dualidade da produção racionalizada e da liberdade interior do sujeito humano pela ideia de sociedade nacional, a desmodernização define-se pela ruptura dos laços que unem a liberdade pessoal e a eficácia coletiva.” TOURAINE, Alain. **Poderemos viver juntos?**: iguais e diferentes. Trad. Jaime A. Glasen e Ephraim F. Alves. Petropolis-RJ: Vozes, 1998. p.36.

sem limite do espaço cultural nem *melting-pot*⁴⁸ cultural mundial. Ele procura combinar a diversidade das experiências culturais com a produção e a difusão em massa dos bens culturais”.⁴⁹

Noutra seara, Touraine refere às mulheres,⁵⁰ e que suas ações, suas práticas sociais, são locais e inovadoras, e que “não é em nível mundial - aliás, não mais do que em nível nacional - que se formam as práticas inovadoras, mas localmente, em torno de apostas concretas e próximas ou em relações interpessoais diretas”. Sendo - o sujeito, a comunicação e a solidariedade - três elementos inseparáveis.⁵¹

Por isso a abordagem também da cidadania e/ou subcidadania, pois cidadania, nesse contexto, significa segundo Ferreira, “a qualidade ou estado do cidadão”. E, cidadão significa “o indivíduo no gozo dos direitos civis e políticos de um estado, ou no desempenho de seus deveres para com este”.⁵² Já no sentido etimológico da palavra, cidadão vem de *civita*, que em grego

⁴⁸ Caldeirão como metáfora nos Estados Unidos, a miscigenação dos povos.

⁴⁹ TOURAINE, Alain. **Poderemos viver juntos?**: iguais e diferentes. Trad. Jaime A. Glasen e Ephraim F. Alves. Petropolis-RJ: Vozes, 1998. p.199.

⁵⁰ “A ação das mulheres de modo algum pode ser considerada como a defesa de uma minoria, mesmo se esta última palavra for tomada no sentido de categoria dominada. Ela é melhor definida por seus debates internos que opõem a prioridade dada à igualdade à afirmação da diferença”. TOURAINE, Alain. **Poderemos viver juntos?**: iguais e diferentes. Trad. Jaime A. Glasen e Ephraim F. Alves. Petropolis-RJ: Vozes, 1998. p.220.

⁵¹ Aduz: “A linha diretriz deste livro é esta: deve-se partir do sujeito pessoal, deve-se chegar à democracia, e a comunicação intercultural é o caminho que permite passar de um à outra. Sem a liberdade do sujeito, sem seu trabalho de composição do mundo, de busca da unidade entre os elementos que foram separados e opostos entre si, não há comunicação interpessoal e intercultural possível; a pura tolerância e a aceitação das diferenças não bastam para tornar possível a comunicação intercultural. E a democracia não teria sentido se apelasse somente - além das diferenças sociais e culturais - para a unidade entre cidadania e igualdade de todos perante a lei; ela só é real quando permite a defesa de direitos sociais e culturais como formas concretas do direito de ser sujeito, quer dizer, de combinar uma experiência vivida particular com a ação racional para dar ao indivíduo sua liberdade criadora. O sujeito, a comunicação e a solidariedade são três elementos inseparáveis, como foram a liberdade, a igualdade e a fraternidade na etapa republicana da democracia. A sua interdependência desenha o campo das mediações sociais e políticas que podem restabelecer a ligação entre o universo instrumental e o universo simbólico e evitar, assim, a redução da sociedade civil a um mercado ou a uma comunidade fechada em si mesma”. TOURAINE, Alain. **Poderemos viver juntos?**: iguais e diferentes. Trad. Jaime A. Glasen e Ephraim F. Alves. Petropolis-RJ: Vozes, 1998. p.360-361.

⁵² **Dicionário Completo da Língua Portuguesa**. Folha da Tarde, São Paulo: Melhoramentos, 1994. p.202.

significa *politikos* - aquele que habita na cidade e em *latin*, significa *cidade*.

A expressão do latim, “indivíduo habitante da cidade (*civitas*), na Roma antiga já indicava a “situação política” de uma pessoa (vale a referência que pessoa, exceto mulheres, escravos, crianças) e seus direitos frente ao Estado Romano, expressa um “conjunto de direitos que dá à pessoa a possibilidade de participar ativamente da vida e do governo de seu povo. Quem não tem cidadania está marginalizado ou excluído da vida social e da tomada de decisões”, quer dizer que está a mercê, em uma “posição de inferioridade dentro do grupo social”.⁵³

Cidadania essa, que Ulysses Guimarães em seu discurso na Constituinte em 1988 almejava: “essa será a Constituição cidadã, porque recuperará como cidadãos milhões de brasileiros, vítimas da pior das discriminações: a miséria. Cidadão é o usuário de bens e serviços do desenvolvimento”,⁵⁴ de “Constituição Cidadã”.⁵⁵

Então se o cidadão é o usuário de bens e serviços do desenvolvimento, a subcidadania é a condição de quem não é considerado um verdadeiro cidadão, pois falta algo, negando seu direito e, com isso, abandonando os seus sonhos.

Entende-se que ser cidadão é ter direito à vida, liberdade, propriedade, igualdade, segurança, como preconiza o artigo 5º da Constituição Federal de 1988. É ter direitos civis e direitos políticos

⁵³ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direitos Humanos e Cidadania**. São Paulo: Moderna, 1998. p.14.

⁵⁴ PLANALTO, **Ulysses Guimarães discurso “na Constituinte em 27 de julho de 1988”**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_62/panteao/panteao.htm> Acesso em: 25 mai. 2013.

⁵⁵ Constituinte iniciada em 1987 foi a primeira a contar com propostas e a presença física do povo. “SENHORES CONSTITUINTE, ESTA ASSEMBLEIA REÚNE-SE SOB UM MANDATO IMPERATIVO: O DE PROMOVER A GRANDE MUDANÇA EXIGIDA PELO NOSSO POVO. ECOAM NESTA SALA AS REIVINDICAÇÕES DAS RUAS. A NAÇÃO QUER MUDAR. A NAÇÃO DEVE MUDAR. A NAÇÃO VAI MUDAR”. “Com essas palavras, pronunciadas no dia 4 de fevereiro de 1987, o deputado Ulysses Guimarães (PMDB-SP) deu início aos trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte. Pela sexta vez na história, desde a proclamação da independência, o Brasil incumbia seus parlamentares da tarefa de conceber o desenho institucional que passaria a reger as vidas de todos os cidadãos.”. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/infograficos/2017/10/30-anos-da-constituicao-cidada>>. Acesso em: 15 out. 2018.

de participar no destino da sociedade, de votar, e de ser votado, por exemplo.

Nesse ínterim, os direitos civis e políticos não têm o condão de assegurar a democracia sem os direitos sociais, ou seja, os que garantem ao indivíduo a participação “na riqueza coletiva”, exemplificativamente o direito à educação, ao trabalho, à saúde, entre outros. Portanto, a cidadania é essa expressão concreta do exercício da democracia. E justamente exercer a cidadania de forma plena, efetiva é ter direitos civis - políticos - sociais, com a participação da pessoa na sociedade, além de cuidar para que seus direitos não sejam violados.

E a questão da cidadania, passa necessariamente pelo direito de voto, de escolha dos representantes, todavia, esse direito não é dado aos imigrantes “segundo o relatório 'Brasil: Informe sobre a legislação migratória e a realidade dos imigrantes', produzido pelo Centro de Direitos Humanos e Cidadania do Imigrante, divulgado em dezembro de 2011. É negado esse direito, serão sempre subcidadãos.⁵⁶ Também o Relatório da Rede Social de Justiça e Direitos Humanos de 2017, mostra uma realidade ainda mais cruel.⁵⁷

⁵⁶ Adverte André Antunes: “Atualmente, uma das principais reivindicações de imigrantes e de entidades de apoio a essas populações no Brasil é a garantia do direito de participar da vida política do país. A Constituição Federal de 1988 proíbe que os imigrantes votem e sejam votados. Segundo o relatório 'Brasil: Informe sobre a legislação migratória e a realidade dos imigrantes', produzido pelo Centro de Direitos Humanos e Cidadania do Imigrante, divulgado em dezembro de 2011, o Brasil é o único entre os países da América do Sul a não reconhecer o direito ao voto dos estrangeiros em nenhum nível da administração política. Para Marina Novaes, advogada do Centro de Apoio ao Migrante de São Paulo (Cami), ligado ao Serviço Pastoral dos Migrantes (SPM) da Igreja Católica, essa proibição é fruto de uma “mentalidade militar” no tratamento aos imigrantes. “A legislação que se refere aos estrangeiros no Brasil em geral é pautada pelo paradigma da segurança nacional: existe uma preocupação em não deixar que os estrangeiros interfiram no país”, analisa. Segundo Marina, a luta pela garantia do direito ao voto é hoje a principal bandeira dos imigrantes que residem no país. “Sem isso os imigrantes vão ser para sempre sub-cidadãos, sem poder escolher quem os representa”, aponta. Para piorar, diz ela, os imigrantes não despertam o interesse da classe política, justamente pela sua impossibilidade de votar”. ANTUNES, André. Imigração. jornalismo público para o fortalecimento da Educação Profissional em Saúde. **Revista POLI**: saúde, educação e trabalho, Ano IV, nº 23, mai./jun. 2012.

⁵⁷ Relatório da Rede Social de Justiça e Direitos Humanos de 2017. Disponível em: <https://www.social.org.br/files/pdf/relatorio_dh_2017.pdf>. Acesso em: 15 out. 2018.

O próprio Estatuto do Estrangeiro, Lei 6.815 de 1980,⁵⁸ (Hoje Revogado) de cunho autoritário, visava quase que exclusivamente a defesa da segurança nacional, também proibia “que os imigrantes participem da administração ou representação de sindicatos ou associações profissionais”.⁵⁹

A partir do relatório do Centro de Direitos Humanos e Cidadania do Imigrante - CDHIC, a constatação de que o Estatuto (Hoje Revogado) inspirava-se “na doutrina da segurança nacional, impondo uma série de controles burocráticos e restringindo as possibilidades de residência no Brasil”.⁶⁰

Já a nova lei, nº 13.445/2017, representa um marco regulatório dos direitos humanos, de cunho mais humanitário, visa, a defesa e preservação dos direitos dos (i)migrantes. Como a proteção a saúde, educação, trabalho, moradia, documentação, etc.⁶¹

Também, e mais recentemente, o Relatório sobre as violações de direitos contra imigrantes Venezuelanos no Brasil, do Conselho Nacional dos direitos humanos, de Maio de 2018, bem representa, as medidas ainda que emergenciais, que foram adotadas,⁶² primeiro para evitar os conflitos e depois com a interiorização.

⁵⁸ BRASIL. Estatuto do Estrangeiro (1980): regulamentação e legislação correlata. – 2. ed. – Brasília : Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2013. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/508142/000986045.pdf?sequence>>. Acesso em: 15 out. 2018.

⁵⁹ ANTUNES, André. Imigração, jornalismo público para o fortalecimento da Educação Profissional em Saúde. **Revista POLI**: saúde, educação e trabalho, Ano IV, nº 23, mai./jun. 2012.

⁶⁰ Sendo que o Estatuto peca pela discricionariedade. Informa André Antunes: “Isto significa que os critérios para a concessão dos pedidos não são totalmente previstos no Estatuto ou em outras regras. Pode significar também que a norma não é totalmente objetiva, dando margem a uma avaliação subjetiva do agente administrativo”, afirma o relatório, que aponta que isso gera insegurança jurídica para os imigrantes”. ANTUNES, André. Imigração, jornalismo público para o fortalecimento da Educação Profissional em Saúde. **Revista POLI**: saúde, educação e trabalho, Ano IV, nº 23, mai./jun. 2012.

⁶¹ BRASIL. Lei, 13.445 de 24 de maio de 2017. Institui a Lei da Migração. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13445.htm>. Acesso em: 15 out. 2018.

⁶² RELATÓRIO SOBRE AS VIOLAÇÕES DE DIREITOS CONTRA IMIGRANTES VENEZUELANOS NO BRASIL. Disponível em: <<http://www.mdh.gov.br/informacao-ao-cidadao/participacao-social/conselho-nacional-de-direitos-humanos->

Inclusive a adoção de Medida Provisória (MP 820/18 - Migração de Venezuelanos). Que dispunha “sobre medidas de assistência emergencial para acolhimento a pessoas em situação de vulnerabilidade decorrente de fluxo migratório provocado por crise humanitária”. Transformada na Lei Ordinária 13.684/2018:

Art. 3º Para os fins do disposto nesta Lei, considera-se:

I – **situação de vulnerabilidade**: condição emergencial e urgente que evidencie a fragilidade da pessoa no âmbito da proteção social, decorrente de fluxo migratório desordenado provocado por crise humanitária;

II – **proteção social**: conjunto de políticas públicas estruturadas para prevenir e remediar situações de vulnerabilidade social e de risco pessoal que impliquem violação dos direitos humanos; e

III – **crise humanitária**: situação de grave ou iminente instabilidade institucional, de conflito armado, de calamidade de grande proporção, de desastre ambiental ou de grave e generalizada violação de direitos humanos ou de direito internacional humanitário que cause fluxo migratório desordenado em direção a região do território nacional.

Parágrafo único. A situação de vulnerabilidade decorrente de fluxo migratório provocado por crise humanitária, no território nacional, será reconhecida por ato do Presidente da República.⁶³

cnhd/RelatoriosobreViolaesdeDireitosHumanoscontraImigrantesVenezuelanos.pdf>. Acesso em: 15 out. 2018.

⁶³ “Art. 4º As medidas de assistência emergencial para acolhimento a pessoas em situação de vulnerabilidade decorrente de fluxo migratório provocado por crise humanitária têm o **objetivo** de articular ações integradas a serem desempenhadas pelos governos federal, estaduais, distrital e municipais, por meio de adesão a instrumento de cooperação federativa, no qual serão estabelecidas as responsabilidades dos entes federativos envolvidos.

Art. 5º As medidas de assistência emergencial para acolhimento a pessoas em situação de vulnerabilidade decorrente de fluxo migratório provocado por crise humanitária **visam à ampliação das políticas de:**

I – proteção social; II – atenção à saúde; III – oferta de atividades educacionais; IV – formação e qualificação profissional; V – garantia dos direitos humanos; VI – proteção dos direitos das mulheres, das crianças, dos adolescentes, dos idosos, das pessoas com deficiência, da população indígena, das comunidades tradicionais atingidas e de outros grupos sociais vulneráveis; VII – oferta de infraestrutura e saneamento; VIII – segurança pública e fortalecimento do controle de fronteiras; IX – logística e distribuição de insumos; e X – mobilidade, contemplados a distribuição e a interiorização no território nacional, o repatriamento e o reassentamento das pessoas mencionadas no caput deste artigo”. BRASIL. LEI Nº 13.684, de 21 de junho de 2018. Dispõe sobre medidas de assistência

Por importante veja-se abaixo a divisão de competências de cada órgão da Administração Federal que atua com temas migratórios, “Ministério das Relações Exteriores, coube a responsabilidade sobre a concessão de vistos”;⁶⁴ “Ministério do Trabalho e Emprego, a concessão de autorizações para o trabalho; por fim,”; “Ministério da Justiça, por meio do Departamento dos Estrangeiros - órgão da Secretaria Nacional de Justiça -, em parceria com a Polícia Federal (PF), coube à responsabilidade sobre a tramitação dos documentos relacionados com as residências temporária e permanente, e a emissão da Carteira de Identidade do Estrangeiro (CIE)”.⁶⁵ Com a nova Lei 13.445/2017, a competência do poder executivo para aplicação da Lei de Migração vincula-se diretamente à política estatal soberana exercida pela Presidência da República.⁶⁶

emergencial para acolhimento a pessoas em situação de vulnerabilidade decorrente de fluxo migratório provocado por crise humanitária; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/Lei/L13684.htm>. Acesso em: 15 out. 2018.

⁶⁴ ITAMARATY. Disponível em: <http://www.itamaraty.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=18416>. Acesso em: 15 out. 2018.

⁶⁵ “Para muitos imigrantes, principalmente para aqueles que entram no Brasil fugindo da pobreza em seus países de origem, frente às dificuldades colocadas pelo processo de regularização previsto na lei, só resta viver e trabalhar no país de maneira irregular. Segundo Roberto Marinucci, o Ministério da Justiça estima em 600 mil o número de imigrantes irregulares vivendo no Brasil, embora algumas ONGs aleguem que esse número pode chegar a 1,5 milhão de pessoas. “O migrante em situação administrativa irregular vive permanentemente como um ‘foragido’, sem poder reivindicar direitos, denunciar violações ou, mais simplesmente, usufruir dos serviços sociais. Há muitas denúncias, no Brasil, sobre bolivianos ou peruanos que trabalham em condições análogas à escravidão: o problema principal é representado pela condição migratória irregular, pois essas pessoas não têm como denunciar seus algozes”, afirma Marinucci”. ANTUNES, André. Imigração. jornalismo público para o fortalecimento da Educação Profissional em Saúde. **Revista POLI: saúde, educação e trabalho**, Ano IV, nº 23, mai./jun. 2012.

⁶⁶ “A **cisão do Ministério da Justiça e Segurança Pública**, após a entrada em vigor da nova lei, torna a atuação do Ministério Extraordinário da Segurança Pública subsidiária em matéria de migração. A concentração da condução da política migratória no Ministério da Justiça demanda colaboração entre a Polícia Federal, sob direção do Ministério Extraordinário da Segurança Pública. A revogação do Estatuto do Estrangeiro afasta a atuação do CNIg. transfere parte das competências do DEMIG, Departamento de Migração, subordinado à Secretaria Nacional de Justiça, assume a direção da política migratória. Não obstante, a Lei de Migração estabelece a competência do Ministério das Relações Exteriores em matéria de vistos, com atuação também na autorização de residência de vistos diplomáticos, oficiais, atuando também junto à Presidência da República em matéria de asilo político,

O espaço-tempo da cidadania,⁶⁷ é constituído pelas relações sociais entre o Estado e os cidadãos, “e nele se gera uma forma de poder, a dominação, que estabelece a desigualdade entre cidadãos e Estado”,⁶⁸ e também entre grupos e interesses “politicamente organizados”.⁶⁹

Por hora, proteger o meio (espaço-lugar) em que se encontram, “significa proteger a própria preservação da espécie humana”,⁷⁰ e significa também e ao mesmo tempo, criar mecanismos de proteção aos migrante/deslocados/refugiados, capazes de lhes assegurar condições dignas - de vida digna, pois já foram despojados, humilhados.⁷¹ E assegurar o respeito de direitos sociais e políticos, entre outros, para assegurar a sua cidadania. E

e participa juntamente com outros Ministérios que compõe o CONARE, Comitê Nacional para os Refugiados. O Ministério do Trabalho também exerce papel importante, com competência para cancelar autorização de residência de migrante fronteiriço, por exemplo, integrante também do CONARE. A atuação do Poder Judiciário não se limita à garantia de direitos, conferindo competência à justiça federal para confirmar a opção de nacionalidade mediante provocação da parte interessada. A Lei de Migração também regulamenta regras procedimentais aplicáveis no exercício da competência originária do Supremo Tribunal Federal em matéria de extradição. DEMIG (Secretaria Nacional de Justiça), CONARE (Estatuto do Refugiado), Ministério da Justiça (Lei de Migração e Decreto 9.199/17), Ministério das Relações Exteriores (Lei de Migração e Decreto 9.199/17), Ministério do Trabalho (Lei de Migração e Decreto 9.199/17), Justiça Federal (Lei de Migração e Decreto 9.199/17), Polícia Federal (Lei de Migração e Decreto 9.199/17). Comitê Federal de Assistência Emergencial (MP 820,15/2/18). ITAMARATY. Disponível em: <http://www.itamaraty.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=18416>. Acesso em: 15 out. 2018.

⁶⁷ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. São Paulo: Cortez, 1997. p.314.

⁶⁸ Menciona ainda Claus Offe “Mas quero concluir com o prognóstico de que a crise do Estado de Bem-Estar Social caminha na direção de uma solução que consiste em uma ponderação dos princípios da justiça social: as pretensões de renda dos pobres e, em parte, também as pretensões de renda dos trabalhadores são traduzidas em direitos econômicos de cidadania”. OFFE, Claus. Princípios de justiça social e o futuro do estado de bem estar social. In: PETERSEN, Nikolai e Souza, Draiton Gonzaga (Org.). **Globalização e Justiça II**. Porto Alegre: Edipucrs, 2005. p.85. Coleção Filosofia 186.

⁶⁹ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. São Paulo: Cortez, 1997. p.314.

⁷⁰ FIORILLO, Celso Antônio Pacheco e RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Manual de Direito Ambiental e legislação aplicável**. 2 ed. rev e ampl. São Paulo: Max Limonad, 1999. p.73.

⁷¹ Ver nesse sentido também: LINDNER, Evelin. **Human Dignity and Humiliation Studies (HumanDHS)**. Disponível em: <<http://www.humiliationstudies.org/whoweare/evelino84.php>>. Acesso em: 30 set. 2009.

aqui o destaque às crianças, adolescentes, e também os adultos, com uma dupla vulnerabilidade, não tem presente nem futuro.

3 Conclusão

Qualquer pessoa, indivíduo, cidadão, ser coletivo, almeja um lugar, que possa chamar e reconhecer como seu, que lhe seja próprio, a fim de que possa estabelecer relação de identidade, firmando vínculos coletivos e afetivos.

Os migrantes, (famílias inteiras), sem lugar para ficar, sem trabalho, sem renda, as vezes sem documentos, e por extensão – sem direitos, sem políticas de amparo no lugar que o acolhe – ou simplesmente recebe, são clandestinos, são subcidadãos.

E, é essa situação que precisa mudar, são crianças, adolescentes, jovens, idosos, duplamente vulneráveis, expostos a própria sorte, num lugar novo, que ainda não podem chamar de seu. É preciso investir, ser solidários, ser humano, na acepção exata do termo, é preciso fazer algo, empregar, para que possam resgatar seus valores, a sua dignidade, pois a pobreza os torna ainda mais vulneráveis.

A nova lei da Migração tem esse compromisso com o (i) migrante, de dar o amparo legal, em relação aos direitos fundamentais e humanos da pessoa (nem sempre cidadão).

Referências

ALMEIDA, Laura Maria Pedrosa de. **Vulnerabilidade social**. Disponível em: <<https://www.recife.pe.gov.br/pr/secplanejamento/pnud2006/>>. Acesso em: 16 mar. 2013.

ANTUNES, André. Imigração. jornalismo público para o fortalecimento da Educação Profissional em Saúde. **Revista POLI: saúde, educação e trabalho**, Ano IV, nº 23, mai./jun. 2012.

ARENDDT, Hannah. **As origens do totalitarismo**. Anti-semitismo. Imperialismo. Totalitarismo. Tradução de Roberto Raposo. 4. reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

BRAGA, Tania Moreira; Elzira Lucia de oliveira; Gustavo Henrique Naves Givisiez. Avaliação de metodologias de mensuração de risco e vulnerabilidade social a desastres naturais associados a mudança climática. **São Paulo em Perspectiva**, v. 20, n. 1. p.81-95, jan./mar. 2006.

BRASIL. DECRETO Nº 9.199, de 20 de novembro de 2017. Regulamenta a Lei no 13.445, de 24 de maio de 2017, que institui a Lei de Migração. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/d9199.htm>. Acesso em: 20 ago. 2018.

BRASIL. LEI Nº 13.684, de 21 de junho de 2018. Dispõe sobre medidas de assistência emergencial para acolhimento a pessoas em situação de vulnerabilidade decorrente de fluxo migratório provocado por crise humanitária; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/Lei/L13684.htm>. Acesso em: 15 out. 2018.

BRASIL. LEI Nº 13.445, de 24 de maio de 2017. Institui a lei de migração. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13445.htm>. Acesso em: 20 ago. 2018.

BRASIL. Lei 6.815/80. Define a situação jurídica do estrangeiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6815.htm>. Acesso em 20 ago. 2018.

BRITO, Ana Lúcia de Siqueira; Yazaki, Lúcia Mayumi; MAIA, Paulo Borlina. Vulnerabilidade ao nascer no espaço metropolitano. **São Paulo em Perspectiva**, v. 20, n. 1. p.18-32, jan./mar. 2006.

CUTTER, S.L. Vulnerability to environmental hazards. **Progress in Human Geography**, v. 20, n. 4. p.529-539, Dec. 1996.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direitos Humanos e Cidadania**. São Paulo: Moderna, 1998.

DDRI. The State of Environmental Migration 2010. Disponível em: <http://publications.iom.int/system/files/pdf/study0711_sem2010_web3.pdf> Acesso em: 2 ago. 2018.

Dicionário Completo da Língua Portuguesa. Folha da Tarde, São Paulo: Melhoramentos, 1994.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Disponível em: <https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf>. Acesso em: 15 out. 2018.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco; RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Manual de Direito Ambiental e legislação aplicável.** 2 ed. rev e ampl. São Paulo: Max limonad, 1999.

GLOBAL TRENDS FORCED DISPLACEMENT IN 2017. Produced and printed by unhcr (25 june 2018). Disponível em: <http://www.unhcr.org/5b27be547#_ga=2.198048751.1798636077.1537008151-926225054.1537008151>. Acesso em 20 ago. 2018.

HABERMAS, Jurgen. **A inclusão do outro:** estudos de teoria política. 3. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2000.

HOGAN, D.J. População, pobreza e poluição em Cubatão, São Paulo. In: MARTINE, G. (Org.). **População, meio ambiente e desenvolvimento:** verdades e contradições. Campinas: Unicamp, 1993.

ITAMARATY. Disponível em: <http://www.itamaraty.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=18416>. Acesso em: 15 out. 2018.

KAZTMAN, R.; BECCARIA, L.; FILGUEIRA, F.; GOLBERT, L.; KESSLER, G. **Vulnerabilidad, activos y exclusión social en Argentina y Uruguay.** Santiago de Chile: OIT, 1999.

KLIKSBERG, Bernardo. **Falácias e mitos do desenvolvimento social.** Tradução de Sandra Trabucco Valenzuela. São Paulo: Cortez, 2001.

LINDNER, Evelin. **Human Dignity and Humiliation Studies (HumanDHS).**Disponível em:

<<http://www.humiliationstudies.org/whoweare/evelino84.php>>. Acesso em: 30 set. 2009.

LOPES, José Rogério. Exclusão Social, Privações e Vulnerabilidade: uma análise dos novos condicionamentos sociais. **São Paulo em Perspectiva**, v. 20, n. 1. p.123-135, jan./mar. 2006.

LUSTIG, Nora. **Social Protection for Equity and Growth**. Washington, Inter-American Development Bank, 2000.

MARANDOLA JR., E.; HOGAN, D.J. Vulnerabilidade e riscos: entre geografia e demografia. **Revista Brasileira de Estudos de População**, São Paulo, v. 22, n. 1. p.29-53, jan./jun. 2005.

MATTELART, Armand. **Diversidade cultural e mundialização**. São Paulo: Parábola, 2005.

MILESI, Rosita. **Refugiados e Migrações Forçadas: Uma Reflexão Aos 20 Anos Da Declaração De Cartagena**. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/central-de-conteudo/estrangeiros/art_irmarosita.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2018.

MOSER, C. The asset vulnerability framework: reassessing urban poverty reduction strategies. **World Development**, New York, v. 26, n. 1, 1998.

OFFE, Claus. Princípios de justiça social e o futuro do estado de bem estar social. In: PETERSEN, Nikolai e Souza, Draiton Gonzaga (Org.). **Globalização e Justiça II**. Porto Alegre: Edipucrs, 2005.

OLIVEIRA, Naia; BARCELLOS, Tanya de. **As áreas de fronteira na perspectiva da globalização: reflexões a partir do caso Rio Grande do Sul/Corrientes**. Ensaios FEE, Porto Alegre, v 19, n1. p.218-244. 1998. p.223. Disponível em <<http://revistas.fee.tche.br/index.php/ensaios/article/viewFile/1917/2292>>. Acesso em: 09 out. 2012.

OMS. **Estatística Mundial da Saúde**. Disponível em: <http://www.who.int/gho/publications/world_health_statistics/en/index.html>. Acesso em: 13 mai. 2013.

ONU. **Novo relatório da OMS traz informações sobre estatísticas de saúde em todo o mundo**. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/novo-relatorio-da>>

oms-traz-informacoes-sobre-estatisticas-de-saude-em-todo-o-mundo/>
Acesso em: 23 mar. 2013.

PLANALTO, Ulysses Guimarães discurso “na Constituinte em 27 de julho de 1988”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_62/panteao/panteao.htm> Acesso em: 25 mai. 2013.

RELATÓRIO SOBRE AS VIOLAÇÕES DE DIREITOS CONTRA IMIGRANTES VENEZUELANOS NO BRASIL. Disponível em: <<http://www.mdh.gov.br/informacao-ao-cidadao/participacao-social/conselho-nacional-de-direitos-humanos-cndh/RelatoriosobreViolaesdeDireitosHumanoscontraImigrantesVenezuelanos.pdf>>. Acesso em: 15 out. 2018.

Relatório da Rede Social de Justiça e Direitos Humanos de 2017. Disponível em: <https://www.social.org.br/files/pdf/relatorio_dh_2017.pdf>. Acesso em: 15 out. 2018.

ROCHA, S. **Pobreza no Brasil** - Afinal, de que se trata?. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2003.

SADER, Emir; JINKINGS, Ivana; NOBILE, Rodrigo; MARTINS, Carlos Eduardo (Coordenadores). **Latinoamericana**: enciclopédia contemporânea da América Latina e do Caribe. 1. ed. São Paulo: Boitempo Editorial; Rio de Janeiro: Laboratório de Políticas Públicas da UERJ, 2006.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice**: o social e o político na pós-modernidade. São Paulo: Cortez, 1997.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Estado socioambiental e mínimo existencial (ecológico?): algumas aproximações. In: KRELL, Andréas J. [et al]. **Estado Socioambiental e Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução Laura Teixeira Motta. São Paulo. Companhia das Letras, 2010.

SENADO FEDERAL. 30 ANOS DA CONSTITUIÇÃO CIDADÃ. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/infograficos/2017/10/30-anos-da-constituicao-cidada>>. Acesso em: 15 out. 2018.

SETTI, Ricardo. **Entrevista imperdível com o Nobel de Economia Amartya Sen:** ele fala sobre China, Índia, Brasil - e diz que a crise na Europa se resolve com ênfase no crescimento. Publicado em maio 2012. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/blog/ricardo-setti/vasto-mundo/entrevista-imperdível-com-o-nobel-de-economia-amartya-sen-ele-fala-sobre-china-india-brasil-e-diz-que-a-crise-na-europa-se-resolve-com-ênfase-no-crescimento/>>. Acesso em: 12 mar. 2013.

SOUZA, Jessé de. Uma teoria crítica do conhecimento. **Revista Lua Nova**, São Paulo, Cedec, n. 50. p.133-158, 2000.

TOURAINÉ, Alain. **Poderemos viver juntos?:** iguais e diferentes. Trad. Jaime A. Glasen e Ephraim F. Alves. Petropolis-RJ: Vozes, 1998.

VALENCIO, Norma Felicidade Lopes da Silva; SIENA, Mariana; PAVAN, Beatriz Janine Cardoso; ZAGO, Juliana Roversi; BARBOSA, Aline Ramos. Implicações éticas e sociopolíticas das práticas de defesa civil diante das chuvas reflexões sobre grupos vulneráveis e cidadania participativa. **São Paulo em Perspectiva**, v. 20, n. 1. p.96-108, jan./mar. 2006.

WEISS, Edith Brown. **Un mundo justo para las futuras generaciones:** derecho internacional, patrimonio común y equidad intergeneracional. New York: United Nations Press, 1999.

WORLD HEALTH STATISTICS 2018: monitoring health for the SDGs. Disponível em: <<http://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/272596/9789241565585-eng.pdf?ua=1>>. Acesso em 15 out. 2018.

XIBERRAS, Martine. **As teorias da exclusão:** para uma construção do imaginário do desvio. 2. ed. Lisboa: Instituto Piaget, 1993.

ZAOUAL, Hassan. **Globalização e diversidade cultural.** Textos selecionados e traduzidos por Michel Thiollent. São Paulo: Editora Cortez, 2003. (Coleção questões da nossa época; v. 106).

Declaração universal dos direitos humanos e a evolução do conceito de infância

Maria Regina Fay de Azambuja¹

1- Introdução

A infância, tal qual a concebemos na atualidade, não encontra identidade com o sentido que lhe era atribuído no passado. Considerada pessoa em miniatura, a criança exercia tarefas voltadas ao interesse do adulto, sem respeito a sua condição de pessoa em fase especial de desenvolvimento. Documentos internacionais, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), entre outros, abriram o caminho para a mudança no conceito da infância. O final do século XX foi cenário de profunda mudança no entendimento do significado da infância, com reflexos no campo legislativo, culminando com o reconhecimento da criança e do adolescente como sujeitos de direitos, pessoas em fase especial de desenvolvimento, marcada pela prioridade absoluta que recai sobre essa parcela da população. Em que pese a festejada conquista legislativa, a realidade reflete ainda muito da cultura do passado, com sérios prejuízos à infância. Com o intuito de contribuir para a compreensão do descompasso entre a lei e a realidade, o presente

¹ Procuradora de Justiça do Ministério Público do Rio Grande do Sul, Professora da Escola de Direito da PUCRS, Especialista em Violência Doméstica pela USP, Mestre em Direito pela UNISINOS, Doutora em Serviço Social pela PUCRS, Sócia do IARGS, IBDFAM/RS, SORBI. Email: mra.ez@terra.com.br

artigo aborda a evolução histórica da legislação infanto-juvenil no Brasil e as conquistas advindas com a Constituição Federal de 1988 e o Estatuto da Criança e do Adolescente.

2- O melhor interesse da criança: conquista recente e compromisso de todos

Voltar o olhar para o passado, ainda que recente, permite conhecer o longo caminho percorrido pela criança até a recente conquista da condição de sujeito de direitos.

Os primeiros achados no sentido da necessidade de proteção à infância vêm de longa data. A Declaração de Genebra, em 1924, afirmou “a necessidade de proclamar à criança uma proteção especial”, abrindo caminho para conquistas importantes que foram galgadas nas décadas seguintes. Em 1948, as Nações Unidas proclamaram o direito a cuidados e à assistência especial à infância, através da Declaração Universal dos Direitos Humanos, considerada a maior prova histórica do *consensus omnium gentium* sobre um determinado sistema de valores². A infância, embora não tenha sido a questão central da Declaração, vem referida no artigo 25.2, que anuncia: “a maternidade e a infância têm direito a ajuda e assistência especiais; todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozam da mesma proteção social”. No artigo 26, por sua vez, vem afirmado que “toda pessoa tem direito à educação, devendo ser gratuita, pelo menos a correspondente ao ensino elementar fundamental”. No ponto 2 do mesmo artigo, é dito que “aos pais pertence a prioridade do direito de escolher o gênero de educação a dar aos filhos”.³ Os Pactos Internacionais de Direitos Humanos, indiscutivelmente, proporcionaram a mudança de

² BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. 2. tiragem. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 47.

³ AZAMBUJA, Maria Regina Fay de. *Inquirição da criança vítima de violência sexual: proteção ou violação de direitos?* 2 ed. rev. e atual. Porto Alegre: 2017, p. 37.

paradigmas experimentada no final da década de oitenta e início dos anos noventa na área da proteção à infância.

Seguindo a trilha da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), em 1959, tem-se a Declaração dos Direitos da Criança⁴, e, em 20/11/89, a Assembleia Geral das Nações Unidas proclama a Convenção sobre os Direitos da Criança, que passa a constituir o mais importante marco na garantia dos direitos daqueles que ainda não atingiram os dezoito anos⁵. Antes mesmo da aprovação da mencionada Convenção, pela Assembléia Geral das Nações Unidas, com texto original redigido em árabe, chinês, espanhol, francês, inglês e russo, o Brasil já havia incorporado em seu texto constitucional (art. 227) as novas diretrizes. Ao debruçar-se sobre a Convenção, menciona Bruñol:

A Convenção representa uma oportunidade, certamente privilegiada, para desenvolver um novo esquema de compreensão da relação da criança com o Estado e com as políticas sociais, e um desafio permanente para se conseguir uma verdadeira inserção das crianças e seus interesses nas estruturas e procedimentos dos assuntos públicos.⁶

A Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, em que pese sua relevância no âmbito nacional e internacional, é ainda pouco manuseada e assimilada pelos diversos segmentos

⁴ PEREIRA, Tânia Maria da Silva; MELO, Carolina de Campos. Infância e Juventude: os direitos fundamentais e os princípios consolidados na Constituição de 1988. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro: PADMA, v. 3, p. 89-109, jul./set. 2000. “A criança gozará de proteção especial e disporá de oportunidades e serviços a serem estabelecidos em lei ou por outros meios de modo que possa desenvolver-se física, mental, espiritual e socialmente de forma saudável e normal, assim como em condições de liberdade e dignidade. Ao promulgar lei com este fim, a consideração fundamental a que se atenderá será o interesse superior da criança”.

⁵ TEJADAS, Sílvia da Silva. *Juventude e Ato Infracional*: as múltiplas determinações da reincidência. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2008, p. 41. “A proposta da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança traz consigo outra dimensão ética, pois se reconhece que ao Estado não cabe tutelar pessoas, mas tutelar o direito que é reconhecido às crianças e aos adolescentes, como sujeitos e cidadãos”.

⁶ BRUÑOL, Miguel Cillero. O interesse superior da criança no marco da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança. In: MENDEZ, Emílio García; BELOFF, Mary (orgs.). *Infância, Lei e Democracia na América Latina*. v. 1. Blumenau: FURB, 2001, p. 92.

sociais, comprometendo sua aplicação em maior escala pelos povos firmatários. Enquanto a Declaração dos Direitos da Criança (1959)

sugere princípios de natureza moral, sem nenhuma obrigação, representando basicamente *sugestões* de que os Estados poderiam utilizar ou não, a Convenção tem natureza coercitiva e exige de cada Estado-Parte que a subscreve e ratifica um determinado posicionamento⁷.

Para exemplificar, o artigo 3, n. 1. determina que todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem-estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o melhor interesse da criança.⁸

O que vem a ser o melhor interesse da criança (*the best interest*), mencionado na normativa internacional?

Na atualidade, a aplicação do princípio *the best interest* deve embasar as ações envolvendo a criança. O novo paradigma considera “as necessidades da criança em detrimento dos interesses dos pais, devendo realizar-se sempre uma análise do caso concreto”⁹. Não se trata de conceito fechado, definido e acabado. Relaciona-se diretamente com os direitos humanos e com a dignidade da pessoa humana, fundamento da República e “alicerce

⁷ VEROSESE, Josiane Rose Petry. O Estatuto da Criança e do Adolescente: um novo paradigma. In: VEROSESE, Josiane Rose Petry, ROSSATO; Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo. *Estatuto da Criança e do Adolescente: 25 anos de desafios e conquistas*. São Paulo: Saraiva, 2015, p.31.

⁸ Ver acórdãos que versam sobre o Superior Interesse as Criança: STJ, Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 1120686/MG; STJ, Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 1458218/RJ; STJ, *Habeas Corpus* nº 418431/SP; TJRS, Apelação Cível nº 70077493245; TJRS, Apelação Cível nº 70077873123.

⁹ PEREIRA, Tânia da Silva. *O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 3.

da ordem jurídica democrática”¹⁰. Nas palavras de Morais, “é na dignidade humana que a ordem jurídica (democrática) se apóia e constitui-se”. Para Bühring, a dignidade da pessoa humana “é qualidade integrante e irrenunciável da própria condição humana”, não podendo e não devendo ser retirada, “pois é intrínseco, é atributo, é o esteiro do Estado Democrático de Direito, é condição de democracia”.¹¹

Não há como pensar em dignidade da pessoa humana sem considerar as vulnerabilidades humanas, passando a nova ordem constitucional a dar precedência aos direitos e às prerrogativas “de determinados grupos considerados, de uma maneira ou de outra, frágeis e que estão a exigir, por conseguinte, a especial proteção da lei”¹². No que tange à infância, o estabelecimento de um sistema especial de proteção por parte do ordenamento jurídico funda-se nas especificidades que caracterizam esta parcela da população frente a outros grupos de seres humanos, autorizando a aparente quebra do princípio da igualdade por serem “portadoras de uma desigualdade inerente, intrínseca”, recebendo “tratamento mais abrangente como forma de equilibrar a desigualdade de fato e atingir a igualdade jurídica material e não meramente formal”¹³. Para Machado, a “Constituição de 1988 criou um sistema especial de proteção dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes”, “nitidamente inspirado na chamada Doutrina da Proteção Integral”¹⁴. Nesse sentido, vale lembrar Bobbio quando ressalta que “uma coisa é ter

¹⁰ MORAIS, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo W. (org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 117.

¹¹ BÜHRING, Marcia Andrea. *Direitos Humanos e Fundamentais: para além da Dignidade da Pessoa Humana*, v. 1, Porto Alegre: Editora Fi, 2014, p. 31.

¹² MORAIS, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo W. (org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 118.

¹³ MACHADO, Martha de Toledo. *A proteção Constitucional de Crianças e Adolescentes e os Direitos Humanos*. Barueri: Manole, 2003, p. 123.

¹⁴ MACHADO, Martha de Toledo. *A proteção Constitucional de Crianças e Adolescentes e os Direitos Humanos*. Barueri: Manole, 2003, p. 108.

um direito que é, enquanto reconhecido e protegido; outra é ter um direito que deve ser, mas que, para ser, ou para que passe do dever-ser ao ser, precisa transformar-se, de objeto de discussão de uma assembleia de especialistas, em objeto de decisão de um órgão legislativo dotado de poder de coerção”¹⁵.

3- A legislação brasileira no período anterior a 1988

Em que pese as relevantes conquistas de 1988, no Brasil, a legislação atual na área da infância foi antecedida de dois momentos legislativos, nominados de Doutrina Penal do Menor e Doutrina da Situação Irregular.

A Doutrina Penal do Menor caracterizou-se pela forte influência do direito penal no tratamento destinado à população infanto-juvenil, à época denominada de *menor*. Ao tempo do Código Penal do Império (1830) e Código Penal de 1890, dispúnhamos de “medidas especiais prescritas para aqueles que, apensar de não terem atingido a maioridade, tivessem praticados atos que fossem considerados criminais”; “(...) o que organizava estes Códigos era a teoria da ação com discernimento que imputava responsabilidade penal ao *menor* em função de uma pesquisa da sua consciência em relação à prática criminosa”¹⁶.

Paulatinamente, avanços vão ocorrendo e, em 1924, na cidade do Rio de Janeiro, é instalado o 1º Juizado de Menores, iniciativa considerada de vanguarda em termos de América Latina; em 1941, é instituído o SAM – Serviço de Assistência a Menores, através do Decreto nº 3.779, cuja diretriz era a internação para fins de correção, educação e assistência psicopedagógica, segundo os critérios da época. Neste momento, constrói-se a categoria do *menor*, que simboliza a *infância pobre e potencialmente perigosa*, diferente da

¹⁵ BOBBIO, Norberto. *Op. cit.*, p. 97.

¹⁶ PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da Criança e do Adolescente: uma proposta interdisciplinar*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 101.

população com a mesma faixa etária que se encontrava inserida na família. Data deste período, o Código Mello Mattos, Decreto nº 17.943-A, de 12 de outubro de 1927, primeiro Código de Menores do país e da América Latina, alicerçado nos conceitos de *menor abandonado* e *menor delinquente*.

O aumento da delinquência juvenil, o fracasso das políticas até então adotadas para atender os *menores* desvalidos e infratores, bem como o clamor público com os problemas da infância geraram a criação, pelo Governo Militar, da FUNABEM – Fundação Nacional de Bem-Estar do Menor, através da Lei nº 4.513, de 1º de dezembro de 1964, tendo como meta divulgar a política nacional do bem-estar do *menor* e a missão teórica de substituir a repressão e a internação pela educação¹⁷. É nesse período que são construídos os grandes prédios da FEBEM, alguns servindo ainda na atualidade de estabelecimento destinado a execução de medidas socioeducativas privativas de liberdade.

Com a edição do segundo Código de Menores, em 1979 (Lei nº 6.697, 10/10/79), o Brasil, seguindo o modelo tutelar, inaugura a Doutrina da Situação Irregular, marcada pelo assistencialismo, abrangendo “os casos de abandono, a prática de infração penal, o desvio de conduta, a falta de assistência ou representação legal, enfim, a lei de *menores* era instrumento de controle social da criança e do adolescente, vítimas de omissões da família, da sociedade e do estado em seus direitos básicos”¹⁸. Embora a mencionada legislação tenha disciplinado a situação de *menores* abandonados e delinquentes, não se ocupou do reconhecimento de direitos dessa população. Nos ensinamentos de Rizzini, “o que impulsionava era resolver o problema dos *menores*, prevendo todos os possíveis detalhes e exercendo firme controle, por mecanismos de tutela, guarda, vigilância, reeducação, reabilitação, preservação, reforma e

¹⁷ PEREIRA, Tânia da Silva. Infância e adolescência: uma visão histórica de sua proteção social e jurídica no Brasil. *Revista de Direito Civil Imobiliário, Agrário e Empresarial*, São Paulo, v.16, n.62, out./dez., 1992. p. 42.

¹⁸ PEREIRA, Tânia da Silva. *Op. cit.*, 2008, p. 108.

educação”¹⁹. No mesmo sentido, Veronese & Santos assinalam que “a falta de vinculação das atividades do juiz de menores permitia que ele se omitisse livremente da concretização da dignidade da pessoa humana no campo da manutenção de condições materiais básicas de existência”²⁰. Competia ao juiz de menores, sem necessidade de fundamentar, sem o crivo do contraditório e da ampla defesa, decidir sobre a vida dos menores tanto em situações que refletiam problemas sociais como nos casos de prática de fatos definidos como crime. As decisões judiciais, diferente da atualidade, “eram pautadas por concepções e valores dos julgadores”²¹. O Estado não era chamado à responsabilidade pela situação de abandono e de desvio de conduta dos *menores*, inexistindo, na época, mecanismos que permitissem exigir a efetividade das políticas públicas.

A doutrina da situação irregular, embasada nas hipóteses definidas no artigo 2º do Código de Menores, entendia ser a família incapaz de atender os filhos, valorizando a retirada das crianças e seu encaminhamento a grandes instituições, por acreditar que lá estariam mais protegidas e cuidadas.

Sobre a institucionalização, manifestou-se Teixeira Ferreira nos seguintes termos:

O reflexo dessa política de institucionalização era a privação do direito à convivência familiar e comunitária das crianças e adolescentes oriundos das classes populares, pois como as instituições eram geralmente distantes do local de moradia da família do *menor*, muitas famílias não visitavam seus familiares por falta de dinheiro para o transporte e, por outro lado, a instituição não promovia a reintegração familiar do *menor*. Além

¹⁹ RIZZINI, Irene. *A Criança e a Lei no Brasil – Revisitando a História (1822-2000)*. Brasília, DF: NICEF; Rio de Janeiro: USU Ed. Universitária, 2000, p. 28.

²⁰ VERONESE, Josiane Rose Petry; SANTOS, Danielle Maria Espezim. Responsabilização estatutária e os avanços do penalismo. In: *Revista Jurídica da Presidência*. Brasília, Volume 17, número 112. p. 400, jun/set. 2013.

²¹ VERONESE, Josiane Rose Petry; SANTOS, Danielle Maria Espezim. Responsabilização estatutária e os avanços do penalismo. In: *Revista Jurídica da Presidência*. Brasília, Volume 17, número 112. p. 399, jun/set. 2013.

disso, a institucionalização incentivava a visão paternalista e assistencialista do Estado, pois as famílias carentes procuravam o Juizado de Menores buscando uma solução para a criação dos seus filhos através da internação em instituições estatais, o que não estimulava a criação de programas oficiais e comunitários de orientação e apoio a essas famílias²².

A FUNABEM, que tinha as FEBENs – Fundações de Bem-Estar do Menor como ramificações nos Estados e Municípios, pecou ao desvencilhar-se, na prática, das proposições que cercaram a sua criação. A ideologia repressiva e autoritária do Governo Revolucionário passou a adotar um regime carcerário de atendimento aos jovens que ali aportavam, sem trabalhar a efetiva causa e a busca de solução dos problemas.

De outro lado, Amin afirma que:

A situação irregular não era uma doutrina garantista, até porque não enunciava direitos, mas apenas pré definia situações e determinava uma atuação de resultados. Agia-se apenas na consequência e não na causa do problema (...). Era um Direito do Menor, ou seja, que agia sobre ele, como objeto de proteção e não como sujeitos de direitos. Daí a grande dificuldade de, por exemplo, exigir do poder público construção de escolas, atendimento pré-natal, transporte escolar, direitos fundamentais que, por não encontrarem previsão no código menorista, não eram passíveis de execução²³.

Complementa Toledo Machado:

A implantação da política da institucionalização acabou por gerar, tão-somente, uma condição de subcidadania de expressivo grupo de jovens criados longe de núcleos familiares, nas grandes instituições, que acabaram adultos incapazes do exercício de suas

²² FERREIRA, Lúcia Maria Teixeira. Tutela da Filiação. In: PEREIRA, Tânia da Silva. *O Melhor Interesse da Criança: um debate interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 286.

²³ AMIN, Andréa Rodrigues. Doutrina da Proteção Integral. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. *Curso de Direito da Criança e do Adolescente*. Aspectos Teóricos e Práticos. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 55.

potencialidades humanas plenas. Além de também indigna e absurda retirada arbitrária de expressivo número de crianças de tenra idade da companhia de seus pais para colocação em adoção, sem que houvesse significativa violação dos deveres do pátrio-poder, apenas em razão da carência econômica das famílias²⁴.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, a Doutrina da Situação Irregular é substituída pela Doutrina da Proteção Integral. A mudança de paradigma decorre, por um lado, da insatisfação da sociedade às velhas práticas; de outro, dos novos princípios que marcam a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, aprovada em 1989. Diferente do que disciplina a legislação brasileira, a normativa internacional considera criança a pessoa até doze anos incompletos e, adolescente, dos doze completos aos dezoito incompletos.

Rizzini e Pilotti, assim descrevem o momento de transição:

Diante desse quadro, e graças às possibilidades de organização e participação popular na luta pela garantia dos direitos, novos atores políticos entraram em cena. Em pouco tempo surgiu um amplo movimento social em favor das crianças e adolescentes em situação de pobreza e marginalidade social. Essa frente, integrada, sobretudo, por ONGs, acrescida das demais grupos da assim chamada sociedade civil, com apoio da Igreja e dos quadros progressistas dos órgãos de Governo, desencadeou o processo de reivindicação dos direitos da cidadania para crianças e adolescentes²⁵.

Para Veroneze e Santos, a Constituição Federal de 1988 refletiu a reação da sociedade às práticas previstas no Código de Menores de 1979 que autorizavam a

intervenção estatal por meio da institucionalização em função da situação de carência; a existência de processo inquisitorial em que

²⁴ MACHADO, Martha de Toledo. *Op. cit.*, p. 27.

²⁵ RIZZINI, Irma; PILOTTI, Francisco. *A arte de governar crianças: a história das políticas sociais, da legislação e da assistência à infância no Brasil*. Rio de Janeiro: Instituto Interamericano Del Niño, Universidade Santa Úrsula, Amais, 1995, p. 18.

o menor era objeto de análise investigatória; o juiz de menores era dotado de poderes ilimitados e não estava sujeito a critérios objetivos; previsão de prisão cautelar para os menores; ausência da garantia de proporcionalidade e limitação da pena para o menor de dezoito anos²⁶.

Dessa forma, é possível afirmar que a irrisignação da sociedade brasileira com o tratamento dispensado à criança e ao adolescente, ao tempo, denominados de *menores*, encontrou guarida nas diretrizes da normativa internacional, com reflexos na Assembleia Nacional Constituinte.

4- Doutrina da proteção integral e seus reflexos na garantia de direitos

A Doutrina da Proteção Integral, alicerçada em documentos internacionais, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), abandona os velhos paradigmas e passa a considerar a criança e o adolescente sujeito de direitos e prioridade absoluta, reconhecendo esse período da vida como fase especial do processo de desenvolvimento, o que justifica a proteção que passa a conferir a essa população. Segundo Munir Cury:

Embora desde o Brasil-Império meninos e meninas sofressem a árdua carga da negligência e do desprezo, ainda que no Brasil-República poucos passos tenham sido dados para que os menores buscassem o limiar da igualdade, com a promulgação da Constituição Federal de 1988 e do Estatuto da Criança e do Adolescente, instrumentos surgiram para a conquista da emancipação da população infantojuvenil.²⁷

²⁶ VERONEZE e SANTOS, *Op cit.* p. 401.

²⁷ CURY, Munir. Prefácio. In: VERONESE, Josiane Rose Petry; SILVEIRA, Mayra; CURY, Munir (Coords). *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado: comentários jurídicos e sociais*. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 08.

O princípio do melhor interesse da criança encontra seu fundamento no reconhecimento da peculiar condição de pessoa humana em desenvolvimento atribuída à infância e juventude. Em 1988, “o ordenamento jurídico brasileiro acolheu crianças e adolescentes para o mundo dos direitos e dos deveres: o mundo da cidadania”²⁸. Nas palavras de Gama, o princípio do melhor interesse da criança “representa importante mudança de eixo nas relações paterno-materno-filiais em que o filho deixa de ser considerado objeto para ser alçado – com absoluta justiça, ainda que tardiamente – a sujeito de direito, ou seja, à pessoa merecedora de tutela do ordenamento jurídico, mas com absoluta prioridade comparativamente aos demais integrantes da família que ele participa”²⁹.

Em 1988, o Brasil a assume postura de vanguarda com a incorporação do texto do artigo 227 da Constituição Federal, assumindo o compromisso com a Doutrina da Proteção Integral, antes mesmo da aprovação da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, representando “um norteador importante para a modificação das legislações internas no que concerne à proteção da infância em nosso continente”³⁰. Os direitos fundamentais assegurados à criança, direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, não raras vezes encontram-se seriamente comprometidos, em especial quando os pais não conseguem exercer as responsabilidades impostas pelo poder familiar (artigo 1.634 Código Civil), valendo lembrar que “as relações estáveis, protetoras, respeitosas e amorosas dentro da família representam um importante fator protetor para o desenvolvimento saudável da

²⁸ SÊDA, Edson. *Construir o passado ou como mudar hábitos, usos e costumes tendo como instrumento o Estatuto da Criança e do Adolescente*. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 25.

²⁹ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A nova filiação: o biodireito e as relações parentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 456-467.

³⁰ PEREIRA, Tânia da Silva. *Op. cit.*, 2008, p. 7.

criança”³¹. Ao lado da família, a comunidade, a sociedade e o poder público são solidariamente responsáveis pela garantia de direitos arrolados no artigo 4º, “caput”, do ECA.

Complementando o Estatuto da Criança e do Adolescente, têm-se, em 2016, a Lei nº 13.257, Estatuto da Primeira Infância, reafirmando a necessidade de políticas públicas voltadas ao período de zero a seis anos de idade.

A garantia de prioridade compreende a primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias; precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública; referência na formulação e na execução das políticas sociais além da destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e juventude (art. 4º, parágrafo único, ECA).

Nesse sentido, enfatiza Veronese:

(...) o Estatuto da Criança e do Adolescente, com seu conjunto de disposições, é uma meta a ser atingida que está dependendo da maior conscientização da sociedade em exigir o cumprimento de seus direitos, de uma postura mais avançada e participativa dos operadores jurídicos e a implementação, por parte do Estado, das políticas públicas, isto é, que desenvolva competentemente seus programas de ação governamental³².

O novo paradigma voltado ao atendimento da criança não ocorre com a velocidade desejada tanto no âmbito nacional como internacional. Colhe-se, do relatório da Situação Mundial da Infância (2015), que muitas crianças nascidas hoje desfrutarão de imensas oportunidades não disponíveis há 28 anos atrás, antes do advento do Estatuto da Criança e do Adolescente. Mesmo assim, “nem todas terão a mesma chance de crescer saudáveis, de receber educação e

³¹ ZAVASCHI, Maria Lucrecia Scherer. Crianças Vulneráveis. In: ZAVASCHI, Maria Lucrecia Scherer e Colaboradores. *Crianças e adolescentes vulneráveis: o atendimento interdisciplinar nos Centros de Atenção Psicossocial*. Porto Alegre: ARTMED, 2009, p. 26.

³² VERONESE, Josiane Rose Petry. *Os direitos da criança e do adolescente*. São Paulo: LTr, 1999, p.106.

conseguir realizar seu potencial, tornando-se cidadãos plenamente participantes, como prevê a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança” (Situação Mundial da Infância 2015: resumo executivo, fl.01). Por outro lado, em que pese a facilidade de identificação proporcionadas pela internet, uma em cada três crianças não tem uma identidade legal porque não foi realizado o simples processo de registro de nascimento (Situação Mundial da Infância 2015: resumo executivo, fl.01). Por outro lado, no relatório da Situação Mundial da Infância 2014, são apontados progressos com relação à infância a partir assinatura da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança (1989). Segundo o documento, cerca de 90 milhões de crianças teriam morrido caso as taxas de mortalidade infantil tivessem permanecido no nível de 1990, mérito atribuído às ações nas áreas de imunização, saúde e serviços de água e saneamento; melhoras na nutrição permitiram uma diminuição de 37% na ocorrência de retardo no crescimento desde 1990; a matrícula na escola fundamental aumentou, mesmo nos países menos desenvolvidos: em 1990, apenas 53 em cada 100 crianças desses países tiveram acesso à escola ao passo que, em 2011, o número subiu para 81 em cada 100 crianças (UNICEF Brazil). O mesmo relatório assinala evidências de contínuas violações de direitos das crianças. Quinze por cento das crianças em todo mundo são forçadas a trabalhar, comprometendo o direito à proteção contra a exploração econômica, com prejuízos no direito a brincar e aprender; 11% das meninas se casam antes dos 15 anos, colocando em risco o direito à saúde, educação e proteção integral³³. Quanto à educação, os índices de infrequência ainda são altos.³⁴

³³ UNICEF. *Relatório da Situação Mundial da Infância 2014*. Disponível em: <http://www.unicef.org/brazil/pt/media_26644.htm>, acesso em 21 jul. 2018.

³⁴ No Estado do Rio Grande do Sul, envolvendo a educação, em 2017, foram registradas 58.141 FICAIS (Ficha do Aluno Infrequente), tendo retornado à escola, por ação do Conselho Tutelar, 6.953 e da escola 5.987, permanecendo em situação de infrequência 42.201. Dados fornecidos pelo Centro de Apoio à Infância e Juventude do Ministério Público do RGS.

Em que pese inúmeras violações de direitos, os avanços antes mencionados demonstram que a mudança só será possível na medida em que houver a incorporação dos novos princípios pela família, sociedade e pelo poder público.

Quais os mecanismos previstos em lei para a garantia de direitos a esta população em condições de vulnerabilidade?

Pela atual estrutura da política voltada aos direitos da criança e do adolescente, passa a ser atribuição do Conselho Tutelar atender as crianças e os adolescentes nas hipóteses previstas nos artigos 98 e 105, aplicando as medidas previstas no art. 101, incisos I a VI, do ECA, conforme prevê o art. 136, inciso I, do mesmo diploma legal, representando à autoridade Judiciária ou ao Ministério Público nas hipóteses de necessidade de afastamento da família.

Por sua vez, o art. 98 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, indica que as medidas de proteção, previstas no art. 101, são aplicáveis sempre que os direitos reconhecidos à criança e ao adolescente forem ameaçados ou violados por ação ou omissão da sociedade ou do Estado; por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável; em razão de sua conduta. O art. 105, mencionado no dispositivo anteriormente citado (art. 136, inciso I, do ECA), refere-se à criança autora de ato infracional, apontando o Conselho Tutelar, igualmente, como o destinatário da referida demanda.

Através do Conselho Tutelar, a sociedade, de mera espectadora passiva,

passou a assumir um papel decisivo na esfera dos direitos de crianças e adolescentes, sendo que, para o exercício desse fundamental mister, o legislador conferiu àquele órgão verdadeira parcela de soberania estatal, traduzida em poderes e atribuições

próprias, que erigem o conselheiro tutelar ao posto de autoridade pública³⁵.

Com a nova lei, o que se busca é “a aproximação, com eficácia, do legal com o social, por meio da força de intervenção da lei no centro dos dramas e dos problemas do cotidiano comunitário”³⁶. Cabe salientar que o Estatuto da Criança e do Adolescente, de forma não vislumbrada anteriormente em nosso ordenamento jurídico, exige uma postura de prontidão e alerta, por parte da família, da sociedade e do poder público, no que tange à proteção integral da criança, dando ênfase às ações de caráter preventivo. Assim, diferente do que vinha sendo observado nas legislações que antecederam a Carta Cidadã, a sociedade, na atualidade, é chamada a adotar providências diante de uma simples ameaça a qualquer dos direitos arrolados no art. 227 da Constituição Federal e no art. 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente, a fim de dar eficácia à prioridade absoluta que foi atribuída à referida população. Nesse contexto, o Conselho Tutelar passa a ser o elo entre a sociedade e o sistema de justiça. A demanda do Conselho Tutelar, no que se refere à violência intrafamiliar, abarca situações difíceis de serem enfrentadas, em especial, quando, ao mesmo grupo familiar, pertencem os dois pólos da ação, agressor e vítima, sendo que “as crianças- vítimas inocentes e silenciosas do sistema e da prática de velhos hábitos e costumes arraigados na cultura do nosso povo - são as maiores prejudicadas neste contexto calamitoso”³⁷.

³⁵ DIGIÁCOMO, Murillo José. O Conselho Tutelar: Poderes e Deveres face à Lei n. 8.069/90. *Revista Igualdade*. Curitiba: Centro Operacional das Promotorias da Infância e Juventude do Ministério Público do Paraná, v. 8, n. 26, jan./mar. 2000, p. 37.

³⁶ COUTO CORRÊA, José Rossini Campos. Uma controvérsia jurídica: a remuneração dos Conselheiros Tutelares. *Revista Igualdade*. Curitiba: Centro de Apoio Operacional das Promotorias da Infância e Juventude, v. 6, n. 21, out./dez. 1998, p. 37.

³⁷ ALBERTON, Marisa Silveira. O papel dos Conselhos Tutelares. In: KRISTENSEN, Chistian Haag; OLIVEIRA, Margrit Sauer; FLORES, Renato Zamora *et. al.* *Violência Doméstica*. Porto Alegre: Fundação Maurício Sirotsky Sobrinho - AMENCAR, 1998, p. 26.

A aposta em ações de prevenção há que ser exercida desde muito cedo na vida da criança³⁸. Como aponta Célia, a maioria das crianças brasileiras começa a ser agredida ainda no ventre materno, pela desnutrição materna e pela violência contra as mulheres. Quando sobrevivem às doenças perinatais, respiratórias e preveníveis por vacinação, à fome e à diarreia, tais crianças chegam à idade adulta agredidas pela falta de oportunidade do mercado de trabalho, depois de sofrer o fenômeno da evasão, que esse autor prefere chamar de “expulsão escolar”, após o maltrato sofrido nas instituições escolares, que, entre várias causas, apresenta um currículo completamente desligado da aplicação para as reais necessidades da maioria da população brasileira³⁹.

Um simples olhar sobre o cotidiano urbano sinaliza que nem todas as crianças e os adolescentes se incluem na população que efetivamente é contemplada com a garantia dos direitos fundamentais arrolados em lei, embora o legislador tenha afirmado, com clareza, que

“nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão aos seus direitos fundamentais” (art. 5º ECA).

A criança, em face da vulnerabilidade, encontra-se mais exposta a sofrer os reflexos da violação de direitos, especialmente no ambiente familiar, quando os pais são negligentes, abusadores e violentos. Nesse sentido,

a criança é um exemplo de vulnerável, desde o seu nascimento até mesmo durante seu desenvolvimento necessita de ajuda e de cuidados para sobreviver. No caso da criança, a vulnerabilidade é

³⁸ Após o ECA, a Lei Federal nº 13.257, de 8 de março de 2016, Estatuto da Primeira Infância, vem reafirmar a relevância das políticas para a primeira infância.

³⁹ CÉLIA, Salvador. Maltrato e negligência: intervenção a nível preventivo. In: LIPPI, J. R. *Abuso e negligência na infância: prevenção e direitos*. Rio de Janeiro: Científica Nacional, 1990, p. 43.

um estado a priori, considerando que vulnerabilidade é justamente o estado daquele que pode ter um ponto fraco, uma ferida (vulnus), aquele que pode ser ‘ferido’ (vulnerare) ou é vítima facilmente.⁴⁰

O que fazer diante das situações de desatendimento dos direitos fundamentais assegurados à criança e ao adolescente?

Segundo o Estatuto da Criança e do Adolescente, “é dever de todos prevenir a ocorrência de ameaça ou violação dos direitos da criança e do adolescente” (art. 70 do ECA). Tanto os professores como os profissionais da saúde são chamados, de forma cogente, a comunicar ao Conselho Tutelar os casos de maus-tratos praticados aos seus alunos e pacientes (art. 245 do ECA). No entanto, qualquer pessoa que tomar conhecimento da prática de qualquer tipo de negligência ou violência, deve comunicar o fato ao Conselho Tutelar para as providências cabíveis.

Recebida a comunicação, caberá ao Conselho Tutelar adotar as providências cabíveis, procedendo a imediata averiguação do fato, visando a cessação da situação de maus-tratos a que a criança está sendo exposta, assim como a adoção de medidas de proteção à vítima (art. 101 do ECA) ou a aplicação de medidas aos pais (art. 129 do ECA). O Conselho Tutelar, “ao receber uma denúncia de violação de direitos, os conselheiros averiguum a situação, detectam o problema, elegem a solução”⁴¹. Para as crianças e os adolescentes em situação de vulnerabilidade, o Conselho Tutelar aplica as Medidas de Proteção previstas no artigo 101, incisos I a VI, da mesma lei. Que medidas são estas? São elas: a) encaminhamento aos pais ou responsável, mediante termo de responsabilidade; b) orientação, apoio e acompanhamento temporários; c) matrícula e frequência obrigatórias em estabelecimento oficial de ensino fundamental; d)

⁴⁰ MARQUES, Claudia Lima. Nota sobre a vulnerabilidade das crianças e a publicidade. In: PASQUALOTTO, Adalberto (org.). *Publicidade e Proteção à Infância*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 17.

⁴¹ ALBERTON, Marisa Silveira. *Op. cit.*, p. 25.

inclusão em serviços e programas oficiais ou comunitários de proteção, apoio e promoção da família, da criança e do adolescente; e) requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial; f) inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos. Entre as alterações da Lei nº 12.010, de 3 agosto de 2009, passa a ser competência exclusiva da autoridade judiciária o afastamento de criança ou adolescente do convívio familiar (art. 101, §2º, ECA). A exceção se restringe aos casos que envolvem a proteção emergencial voltada a crianças e adolescentes vítimas de violência ou abuso sexual, situação que permite o encaminhamento ao acolhimento institucional pelo Conselho Tutelar, fazendo a imediata comunicação à autoridade judiciária.

Inclui-se, ainda, entre as atribuições do Conselho Tutelar, a aplicação aos pais ou responsável das medidas previstas no artigo 129, incisos I a VII, do ECA, porquanto, sem o envolvimento da família, poucas serão as possibilidades de proteger a criança. Tais medidas consistem: a) encaminhamento a serviços e programas oficiais ou comunitários de proteção, apoio e promoção da família; b) inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos; c) encaminhamento a tratamento psicológico ou psiquiátrico; d) encaminhamento a cursos ou programas de orientação; e) obrigação de matricular o filho ou pupilo e acompanhar sua frequência e aproveitamento escolar; f) obrigação de encaminhar a criança ou adolescente a tratamento especializado; g) advertência.

Diante da nova estrutura de atendimento, não mais se admite um serviço, um programa ou “equipamento social” isolado, sem estar interligado à rede de atendimento existente no Município. Escolas, Postos de Saúde, CRAS, CREAS, Comitês Hospitalares de Proteção à Criança, entidades de atendimento, Delegacias de Polícia, Ministério Público e Poder Judiciário, além de estar conectados entre si, devem estar articulados com o Conselho Tutelar, que tem atribuições legais para a aplicação das medidas de proteção, que

necessariamente pressupõe a existência de serviços e programas para o atendimento dos direitos infanto-juvenis⁴².

Algumas situações, entretanto, por exigirem a intervenção do Poder Judiciário, deverão ser encaminhadas ao Ministério Público. Segundo a Constituição Federal de 1988, o Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127 da Constituição Federal). O Ministério Público Estadual, no primeiro grau, é representado pelo Promotor de Justiça, ao passo que, no segundo grau (Tribunais), pelo Procurador de Justiça. No âmbito da infância e juventude, as atribuições do Ministério Público vêm elencadas no artigo 201 do ECA. A leitura do referido dispositivo evidencia a gama de atribuições que o legislador atribuiu à Instituição, valendo destacar, pela abrangência, o inciso VIII, que refere ser atribuição do Ministério Público zelar pelo efetivo respeito aos direitos e garantias legais assegurados às crianças e adolescentes, promovendo as medidas judiciais e extrajudiciais cabíveis.

O Conselho Tutelar, por sua vez, sempre que se deparar com notícia de fato que constitua infração administrativa ou penal contra os direitos da criança ou adolescente (art. 136, inciso IV, ECA), ou quando se mostrar necessário o ajuizamento de ações de suspensão ou destituição do poder familiar (art. 136, inciso XI, ECA), independentemente das Medidas de Proteção e das Medidas aplicáveis aos pais (arts. 101 e 129 ECA), encaminhará ou representará ao Ministério Público. De posse das informações, o Ministério Público avaliará a necessidade do ajuizamento de ação de suspensão ou destituição do poder familiar, assim como a adoção das medidas legais cabíveis, tanto na área cível como criminal. Ao propor a ação, no âmbito cível ou mesmo criminal, o Ministério

⁴² AZAMBUJA, Maria Regina Fay. Caminho percorrido pela criança vítima. *Revista Igualdade*, Curitiba: Centro Operacional das Promotorias da Infância e Juventude do Ministério Público do Paraná, v. 7, n. 25, out./dez. 1999, p. 4-5.

Público aciona o sistema de Justiça, dando início a uma nova fase na vida da criança ou do adolescente e de seus pais⁴³.

No rol das atribuições do Ministério Público, como já se afirmou, destacam-se os casos em que se impõe o ajuizamento de ações de suspensão/destituição do poder familiar (artigos 1.630/1.638 do Código Civil)⁴⁴⁻⁴⁵ e consequente colocação da criança em família substitutiva, através dos institutos da guarda, tutela ou adoção (artigos 201, III, ECA; 101, §2º, ECA e 101, inciso IX, ECA).

Como é possível verificar, a política de atendimento, na vigência do Estatuto da Criança e do Adolescente, rompe com o modelo cautelar, passando a exigir um conjunto articulado de ações governamentais e não governamentais, da União, dos estados, do Distrito federal e dos Municípios, deixando de concentrar o poder na figura da autoridade judiciária.

As conquistas de hoje são, inexoravelmente, fruto de sementes que vem sendo lançadas ao longo da história, destacando-se, entre as iniciativas, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, patrimônio da humanidade que completa 70 anos, com reflexos no reconhecimento de direitos à criança, ao jovem, ao adulto e ao idoso.

5- Considerações finais

A infância, historicamente, foi desrespeitada e pouco valorizada. É recente a garantia de direitos à população que ainda

⁴³ AZAMBUJA, Maria Regina Fay. Interfaces entre os sistemas de saúde e justiça no âmbito do CAPSi. In: ZAVASCHI, Maria Lucrecia Scherer e Colaboradores. *Crianças e adolescentes vulneráveis: o atendimento interdisciplinar nos Centros de Atenção Psicossocial*. Porto Alegre: ARTMED, 2009, p. 107-108.

⁴⁴ “APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE ADOÇÃO C/C DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA AFASTADA. Não merece reparo a decisão que destituiu o poder familiar, já que houve abandono material e moral dos genitores. Menor que está bem inserido no ambiente em que vive com a apelada. Apelação desprovida.” (Apelação Cível Nº 70078204419, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Luís Dall’Agnol, Julgado em 29/08/2018).

⁴⁵ Ver Lei nº 13.715, de 24 de setembro de 2018, que acrescentou hipótese que autoriza a Ação de Destituição do Poder Familiar. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13715.htm.> Acesso em: 11 out. 2018.

não atingiu os dezoito anos, o que somente veio a ocorrer, no Brasil, após a vigência da Constituição Federal de 1988. A Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 20/11/1989, e assinada pelo Governo brasileiro, em 26/01/1990, cujo texto foi aprovado pelo Decreto Legislativo 28, de 14/9/1990 (Decreto Presidencial 99.710, de 21/11/1990), é o marco responsável por profundas mudanças que vêm, paulatinamente, sendo operadas em nosso país. Os primeiros passos para as importantes conquistas têm sua origem em documentos internacionais, valendo mencionar a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948). A Lei nº 8.069, de 13/7/1990, denominada Estatuto da Criança e do Adolescente, regulamentou o artigo 227 da Constituição Federal, passando a reafirmar a responsabilidade da família, da sociedade e do poder público pela garantia dos direitos à criança e ao adolescente. A lei, por si só, não muda a realidade. As mudanças que tanto almejamos exigem investimento, energia, vontade política e consciência social. É preciso o envolvimento de todos os segmentos da sociedade para transformar a dura realidade vivenciada por esta camada da população, marcada por repetidas situações de negligência, abandono e violência que são transmitidas através das gerações. Conhecer a realidade e as disposições legais pode ser um passo importante para a efetivação dos direitos consagrados constitucionalmente à criança e ao adolescente brasileiro. No ano em que se comemora 70 anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos, é tempo de valorizar as conquistas e impulsionar as mudanças que ainda precisam ser feitas. Para a concretização de um mundo menos violento, mais solidário e fraterno, muito ainda há por fazer. Cuidar da infância, fazendo valer os festejados direitos afirmados, indiscutivelmente, é um dos muitos caminhos a percorrer para a tão almejada mudança da realidade brasileira.

Referências

- ALBERTON, Marisa Silveira. O papel dos Conselhos Tutelares. In: KRISTENSEN, Chistian Haag; OLIVEIRA, Margrit Sauer; FLORES, Renato Zamora *et. al.* *Violência Doméstica*. Porto Alegre: Fundação Maurício Sirotsky Sobrinho - AMENCAR, 1998.
- AMIN, Andréa Rodrigues. Doutrina da Proteção Integral. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. *Curso de Direito da Criança e do Adolescente*. Aspectos Teóricos e Práticos. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 52-58.
- ANCED. *II Relatório Alternativo sobre a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança*. Disponível em: http://www.anced.org.br/wp-content/uploads/2015/02/Resumo-Executivo-CDC_Anced-2014.pdf. Acesso em: 03 mar. 2018.
- ANDI. *Brasil tem mais de 3 milhões de crianças trabalhando em condições degradantes*. Disponível em: www.andi.org.br. Acesso em: 03 mar. 2018.
- ANDI. *Desigualdade persiste, apesar dos avanços na educação*. Disponível em: www.andi.org.br 2 fev. 2018.
- ANDI. *Disque 100: denúncias de abuso contra crianças e adolescentes caíram em 2015*. Disponível em: www.andi.org.br. Acesso em: 03 mar. 2018.
- ANDI. *No Amazonas, 20% dos indígenas desiste de estudar*. Disponível em: www.andi.org.br. Acesso em: 02 mar. 2018.
- ANDI. OCDE: Jovens no Brasil trabalham mais e estudam menos, mostra relatório. Disponível em: www.andi.org.br. Acesso em: 11 de out. 2018.
- AZAMBUJA, Maria Regina Fay. Caminho percorrido pela criança vítima. *Revista Igualdade*, Curitiba: Centro Operacional das Promotorias da Infância e Juventude do Ministério Público do Paraná, v. 7, n. 25, out./dez. 1999.
- _____. *Inquirição da criança vítima de violência sexual: proteção ou violação de direitos?* 2 ed. rev. e atual. Porto Alegre: 2017.

_____. Interfaces entre os sistemas de saúde e justiça no âmbito do CAPSi. In: ZAVASCHI, Maria Lucrecia Scherer e Colaboradores. *Crianças e adolescentes vulneráveis: o atendimento interdisciplinar nos Centros de Atenção Psicossocial*. Porto Alegre: ARTMED, 2009.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. 2. tiragem. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL. Decreto n. 99.710, de 21 de novembro 1990. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. *Diário Oficial*, Brasília, 22 de novembro de 1990.

_____. Lei nº 13.257, de 8 de março de 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13257.htm>. Acesso em: 25. jul. 2018.

_____. Lei nº 13.715, de 24 de setembro de 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13715.htm>. Acesso em: 11 out. 2018.

_____. FASE – Fundação de Atendimento Socio-Educativo do Rio Grande do Sul. Disponível em: <<http://www.fase.rs.gov.br/wp/>>. Acesso em: 25 jul. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 1120686/MG; Quarta Turma, Relator Ministro Lázaro Guimarães, DJ 14/08/2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 1458218/RJ, Primeira Seção, Relator Ministro Og Fernandes, DJ 03/05/2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 418431/SP, Terceira Turma, Relator Ministro Moura Ribeiro, DJ 15/12/2017.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Apelação Cível nº 70077493245, Oitava Câmara Cível, Relator Desembargador Luiz Felipe Brasil Santos, j. 02/08/2018.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Apelação Cível nº 70077873123, Sétima Câmara Cível, Relatora Desembargadora Sandra Brisolara Medeiros, j. 25/07/2018.

- _____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Apelação Cível nº 70078204419, Sétima Câmara Cível, Relator Desembargador Sérgio Jorge Luís Dall'Agnol, j. 29/08/2018.
- BRUÑOL, Miguel Cillero. O interesse superior da criança no marco da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança. In: MENDEZ, Emílio García; BELOFF, Mary (orgs.). *Infância, Lei e Democracia na América Latina*. v. 1. Blumenau: FURB, 2001.
- BÜHRING, Marcia Andrea. *Direitos Humanos e Fundamentais: para além da Dignidade da Pessoa Humana*, v. 1, Porto Alegre: Editora Fi, 2014.
- CÉLIA, Salvador. Maltrato e negligência: intervenção a nível preventivo. In: LIPPI, J. R. *Abuso e negligência na infância: prevenção e direitos*. Rio de Janeiro: Científica Nacional, 1990.
- COUTO CORRÊA, José Rossini Campos. Uma controvérsia jurídica: a remuneração dos Conselheiros Tutelares. *Revista Igualdade*. Curitiba: Centro de Apoio Operacional das Promotorias da Infância e Juventude, v. 6, n. 21, out./dez. 1998.
- CURY, Munir. Prefácio. In: VERONESE, Josiane Rose Petry; SILVEIRA, Mayra; CURY, Munir (coords). *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado: comentários jurídicos e sociais*. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2018.
- DIGIÁCOMO, Murillo José. O Conselho Tutelar: Poderes e Deveres face à Lei n. 8.069/90. *Revista Igualdade*. Curitiba: Centro Operacional das Promotorias da Infância e Juventude do Ministério Público do Paraná, v. 8, n. 26, jan./mar. 2000.
- FASE – Dados estatísticos. Disponível em: http://www.fase.rs.gov.br/wp/dados_estatisticos/. Acesso em: 25 fev. 2016.
- FERREIRA, Lúcia Maria Teixeira. Tutela da Filiação. In: PEREIRA, Tânia da Silva. *O Melhor Interesse da Criança: um debate interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A nova filiação: o biodireito e as relações parentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MACHADO, Martha de Toledo. *A proteção Constitucional de Crianças e Adolescentes e os Direitos Humanos*. Barueri: Manole, 2003.

MARQUES, Claudia Lima. Nota sobre a vulnerabilidade das crianças e a publicidade. In: PASQUALOTTO, Adalberto (org.). *Publicidade e Proteção à Infância*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 15-30

MORAIS, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo W. (org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

PEREIRA, Tânia da Silva. Infância e adolescência: uma visão histórica de sua proteção social e jurídica no Brasil. *Revista de Direito Civil Imobiliário, Agrário e Empresarial*, São Paulo, v.16, n.62, out./dez., 1992.

_____. *O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. *Direito da Criança e do Adolescente: uma proposta interdisciplinar*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____; MELO, Carolina de Campos. Infância e Juventude: os direitos fundamentais e os princípios consolidados na Constituição de 1988. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro: PADMA, v. 3, p. 89-109, jul./set. 2000.

RIZZINI, Irene. *A Criança e a Lei no Brasil – Revisitando a História (1822-2000)*. Brasília, DF: NICEF; Rio de Janeiro: USU Ed. Universitária, 2000.

RIZZINI, Irma; PILOTTI, Francisco. *A arte de governar crianças: a história das políticas sociais, da legislação e da assistência à infância no Brasil*. Rio de Janeiro: Instituto Interamericano Del Niño, Universidade Santa Úrsula, Amais, 1995.

SÊDA, Edson. *Construir o passado ou como mudar hábitos, usos e costumes tendo como instrumento o Estatuto da Criança e do Adolescente*. São Paulo: Malheiros, 1993.

SITE DA PREFEITURA MUNICIPAL DE PORTO ALEGRE. Disponível em: <http://www2.portoalegre.rs.gov.br/conselhos_tutelares/#>. Acesso em: 25 fev. 2016.

TEJADAS, Sílvia da Silva. *Juventude e Ato Infracional*: as múltiplas determinações da reincidência. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2008.

UNICEF. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm>. Acesso em 11. out. 2018.

_____. *Governadores da Amazônia assinam pacto pela infância*. Disponível em: http://www.unicef.org/brazil/pt/media_31633.htm. Acesso em: 02 mar. 2018.

_____. *Relatório da Situação Mundial da Infância 2014*. Disponível em: http://www.unicef.org/brazil/pt/media_26644.htm, acesso em 21 jul. 2018.

_____. *Relatório Situação Mundial da Infância 2016*: oportunidades justas para cada criança. Disponível em: <http://www.unicef.org/brazil/pt/resources_33640.htm>. Acesso em: 26 jul. 2018.

VEROSESE, Josiane Rose Petry. O Estatuto da Criança e do Adolescente: um novo paradigma. In: VERONESE, Josiane Rose Petry, ROSSATO; Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo. *Estatuto da Criança e do Adolescente: 25 anos de desafios e conquistas*. São Paulo: Saraiva, 2015, p.21-40.

_____. *Os direitos da criança e do adolescente*. São Paulo: LTr, 1999.

_____; SANTOS, Danielle Maria Espezim. Responsabilização estatutária e os avanços do penalismo. In: *Revista Jurídica da Presidência*. Brasília, Volume 17, número 112. Jun/Set. 2013, p.393/412.

ZAVASCHI, Maria Lucrecia Scherer. Crianças Vulneráveis. In: ZAVASCHI, Maria Lucrecia Scherer e Colaboradores. *Crianças e adolescentes vulneráveis: o atendimento interdisciplinar nos Centros de Atenção Psicossocial*. Porto Alegre: ARTMED, 2009.

Os direitos humanos como fundamento hermenêutico nas relações de emprego

Maurício de Carvalho Góes¹

Denise de Oliveira Horta²

Introdução

O presente artigo tem por objetivo tecer breves comentários acerca da necessidade da observância do caráter de direitos humanos que está envolvido na relação de emprego, tanto por parte do Estado, o qual deve cumprir seu papel de implementar a justiça social, quanto para os particulares, quando do desenvolvimento da relação jurídica de emprego.

Neste contexto, busca-se fomentar a ideia de que, atualmente, quando se fala em aplicação dos direitos fundamentais na relação de emprego, é preciso também lembrar, conjugar e preservar os direitos humanos, já que aqueles são expressões destes³. Os direitos

¹ Advogado Sócio do Escritório TozziniFreire Advogados. Doutor em Direito pela UNISINOS/RS, Mestre em Direitos Fundamentais pela ULBRA/RS, Especialista em Direito do Trabalho pela UNISINOS/RS. Professor de Direito do Trabalho e Processo do Trabalho da Escola de Direito da PUC/RS (Graduação e Pós-Graduação). Membro titular da cadeira 33 da Academia Sul-Rio-Grandense de Direito do Trabalho. E-mail: mgoes@tozzinifreire.com.br

² Pós-graduanda na Especialização em Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho - PUCRS. Bacharel em Direito pela Escola de Direito da PUCRS. Servidora do Tribunal Regional do Trabalho da 4^a Região. E-mail: denisehorta@gmail.com

³ Sobre a diferenciação das expressões “direitos humanos” e “direitos fundamentais”, de acordo com Comparato: “É aí que se põe a distinção, elaborada pela doutrina jurídica germânica, entre direitos humanos e direitos fundamentais (*Grundrechte*). Estes últimos são os direitos humanos reconhecidos

humanos justificam os direitos fundamentais, sendo que sua aceitação e observância devem preceder até mesmo a aplicação do Princípio Tuitivo no Direito Laboral. Importante salientar que este artigo não detém apenas o cunho protetivo aos empregados, mas também pode servir, na prática, para auxiliar os empregadores a sopesarem a possibilidade de manter seu empreendimento econômico a partir de princípios preventivos, os quais respeitem os direitos humanos dos envolvidos, antes de se pensar em pagar todas as obrigações. Acredita-se que o cumprimento das obrigações contratuais é sinalagma muito importante a ser observado, mas, antes disso, o caráter humano deve ser preservado.

Na primeira parte do artigo se abordará um breve histórico dos direitos humanos, para localização topográfica dos direitos sociais, especialmente os relacionados ao Direito do Trabalho, destacando-se aqueles previstos na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. Na segunda parte estará o tema central do artigo, qual seja, a aplicação dos direitos humanos como fundamento para atingir o ideal de justiça. Portanto, busca-se encontrar uma justificativa para que, especificamente no Direito do Trabalho, antes de se suscitar qualquer argumento, se invoque os direitos humanos como instrumento de efetividade de uma justiça social, sobretudo numa relação que, mesmo contra a convicção de alguns, continua sendo desigual e merecedora de atenção especial.

Direitos humanos trabalhistas na declaração universal de 1948

A história dos direitos humanos costuma ser dividida pela doutrina em gerações ou dimensões. O termo “gerações” é criticado por dar a ideia de que os direitos se sucedem no tempo; “dimensões” é a palavra mais aceita atualmente. Os direitos humanos são

como tais pelas autoridades às quais se atribui o poder político de editar normas, tanto no interior dos Estados quanto no plano internacional; são os direitos humanos positivados nas Constituições, nas leis, nos tratados internacionais.” COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 71

construções sociais, derivadas de momentos históricos específicos. “Como realça Norberto Bobbio, os direitos humanos não nascem todos de uma vez, nem de uma vez por todas.”⁴ Segundo Ingo Sarlet⁵:

Desde o seu reconhecimento nas primeiras Constituições, os direitos fundamentais passaram por diversas transformações, tanto no que diz com seu conteúdo, quanto no que concerne à sua titularidade, eficácia e efetivação. Costuma-se, neste contexto marcado pela autêntica mutação histórica experimentada pelos direitos fundamentais, falar da existência de três gerações de direitos, havendo, inclusive, quem defenda a existência de uma quarta e até mesmo uma quinta e sexta gerações.

A primeira dimensão de direitos humanos está relacionada a dois acontecimentos decorrentes do pensamento liberal-burguês do século XVIII: a Independência dos Estados Unidos da América e a Revolução Francesa. São direitos de resistência ou de oposição perante o Estado e exigem uma prestação negativa deste, quer dizer, a abstenção de ação. São exemplos destes os direitos à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante a lei⁶.

A segunda dimensão de direitos está relacionada aos problemas sociais causados principalmente pela industrialização, que levaram ao surgimento do Estado social do início do século XX. “O reconhecimento dos direitos humanos de caráter econômico e social foi o principal benefício que a humanidade recolheu do movimento socialista.”⁷ São chamados de direitos de igualdade e requerem uma prestação positiva (ação) do Estado. Incluem-se

⁴ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional**: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. 2 ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 36.

⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10 ed. rev. atual. e ampl.; 2 tiragem. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 45.

⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10 ed. rev. atual. e ampl.; 2 tiragem. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 47.

⁷ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 66.

nestes os direitos à saúde, à educação, ao trabalho. Sarlet⁸ destaca que:

Ainda na esfera dos direitos da segunda dimensão, há que atentar para a circunstância de que estes não englobam apenas os direitos de cunho positivo, mas também as assim denominadas “liberdades sociais”, do que dão conta os exemplos da liberdade de sindicalização, do direito de greve, bem como do reconhecimento de direitos fundamentais aos trabalhadores, tais como o direito a férias e ao repouso semanal remunerado, a garantia de um salário mínimo, a limitação da jornada de trabalho, apenas para citar alguns dos mais representativos.

É aqui que se localizam os direitos sociais, entre os quais se destacam os direitos relativos ao trabalho, traduzidos não só pelo direito “ao” trabalho, mas também pelos direitos que protegem os trabalhadores individualmente e pelos que garantem a atuação coletiva deles.

A terceira dimensão de direitos humanos refere-se aos direitos de titularidade difusa ou coletiva, muitas vezes indefinida ou indeterminável. São chamados de direitos de solidariedade ou fraternidade, e podem ser exemplificados pelos direitos ao meio ambiente, à paz, ao patrimônio histórico, ao desenvolvimento.⁹

Comparato¹⁰ considera três eventos como precedentes da internacionalização dos direitos humanos: o direito humanitário, com a criação da Comissão Internacional da Cruz Vermelha, em 1864; o combate à escravidão, com o Ato Geral da Conferência de Bruxelas, de 1890; e a proteção dos direitos do proletariado, com a criação da Organização Internacional do Trabalho, em 1919.

⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10 ed. rev. atual. e ampl.; 2 tiragem. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 48.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 67-68.

Mazzuoli¹¹ afirma que a criação da OIT é um dos mais importantes antecedentes históricos:

Entende-se que o antecedente que mais contribuiu para a formação do Direito Internacional dos Direitos Humanos foi a Organização Internacional do Trabalho, criada, finda a Primeira Guerra Mundial, com o objetivo de estabelecer critérios básicos de proteção ao trabalhador, regulando sua condição no plano internacional, tendo em vista assegurar padrões mais condizentes de dignidade e de bem-estar social.

A construção histórica dos direitos humanos foi um processo longo e lento, que culminou com o surgimento do Direito Internacional dos Direitos Humanos no século XX, mais especificamente após a Segunda Guerra Mundial. “No esforço de reconstrução dos direitos humanos do Pós-Guerra, há, de um lado, a emergência do Direito Internacional dos Direitos Humanos, e, de outro, a emergência da nova feição do Direito Constitucional ocidental, [...]”.¹² Considera-se que a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 inaugura a fase da internacionalização dos direitos humanos, etapa que se desenvolve até os dias atuais. Nas palavras de Fabio Comparato¹³:

Inegavelmente, a Declaração Universal de 1948 representa a culminância de um processo ético que, iniciado com a Declaração de Independência dos Estados Unidos e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, da Revolução Francesa, levou ao reconhecimento da igualdade essencial de todo ser humano em sua dignidade de pessoa, isto é, como fonte de todos os valores, independentemente das diferenças de raça, cor, sexo, língua,

¹¹ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014. p. 62.

¹² PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano**. 2 ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 38-39.

¹³ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 240.

religião, opinião, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição, como se diz em seu artigo II.

Para Amartya Sen¹⁴, “A Declaração da ONU abrange sob sua égide uma lista muito maior de pretensões e liberdade. Ela inclui não só direitos políticos básicos, mas também o direito ao trabalho, o direito à educação, a proteção contra o desemprego e a pobreza, o direito de sindicalização e mesmo o direito a uma remuneração justa e favorável. É um avanço radical [...]”.

Os artigos XXIII e XXIV da Declaração Universal de 1948¹⁵ apresentam normas de direitos humanos relacionadas ao Direito do Trabalho:

XXIII

1. Todo ser humano tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego.
2. Todo ser humano, sem qualquer distinção, tem direito a igual remuneração por igual trabalho.
3. Todo ser humano que trabalha tem direito a uma remuneração justa e satisfatória, que lhe assegure, assim como à sua família, uma existência compatível com a dignidade humana e a que se acrescentarão, se necessário, outros meios de proteção social.
4. Todo ser humano tem direito a organizar sindicatos e a neles ingressar para proteção de seus interesses.

XXIV

Todo ser humano tem direito a repouso e lazer, inclusive a limitação razoável das horas de trabalho e a férias remuneradas periódicas.

A positivação universal do trabalho como direito humano se justifica pelo fato de que o trabalho não só representa instrumento

¹⁴ SEN, Amartya. **A ideia de Justiça**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. p. 415.

¹⁵ ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>>. Acesso em: 09 set. 2017.

de dignificação do homem, mas também se configura como expressão de liberdade.

Além da Declaração Universal, os direitos humanos dos trabalhadores também estão previstos em outras normas internacionais, como, por exemplo, nos Pactos Internacionais sobre Direitos Cíveis e Políticos e sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ambos de 1966, dos quais o Brasil é parte, e também nas diversas Convenções da Organização Internacional do Trabalho (OIT), que também têm caráter vinculante quando ratificadas.

Estando os direitos humanos trabalhistas presentes em tantos instrumentos internacionais, e ainda positivados na Constituição Federal como direitos fundamentais, a utilização deles como fundamento de persecução de justiça tende a ser conclusão lógica, como se buscará demonstrar a seguir.

Os direitos humanos nas relações de emprego como expressão de justiça

A ideia de preservação dos direitos humanos nas relações de emprego e de sua utilização como uma justificativa para a aplicação dos direitos fundamentais como vetor interpretativo pode ter como pilar a ideia de justiça a ser promovida pelo Estado. Muitas vezes, depara-se com argumentos de defesa dos direitos humanos, porém tais argumentos não vinculam os direitos humanos à justiça, desenhando apenas uma tese de necessidade do existir da democracia. Entretanto, por essa razão, a visão que defende a observância máxima dos direitos humanos nas relações de emprego deve estar acompanhada do seguinte raciocínio: *o Estado tem uma legitimação subsidiária a partir do poder público; o poder público tem por função a promoção de uma justiça política; este poder público também é um poder público jurídico, o qual representa uma estratégia de justiça política; esta estratégia será uma das formas de se promover a positivação e preservação dos direitos humanos. De*

acordo com Sérgio Pinto Martins¹⁶, “Parece que hoje o problema maior dos direitos fundamentais não é tanto o de justificá-los ou fundamentá-los, mas de protegê-los para que não sejam violados. É preciso também que eles tenham eficácia e sejam garantidos”.

Conforme anunciado no item introdutório, atualmente muito se fala em aplicação dos direitos fundamentais nas relações de emprego como forma de limitar o poder de comando do empregador, quando este exacerba seu direito potestativo e acaba por invadir a dignidade do trabalhador. Nestes aspectos, ressalta-se que a matéria atinente aos direitos fundamentais não é nova, no que diz respeito ao Direito do Trabalho, discutindo-se sobre sua influência nas relações de emprego e, cada vez, ampliando-se o movimento de defesa da sua aplicação. Para Arion Romita¹⁷:

O Direito do Trabalho da sociedade pós-industrial gira em torno do eixo do respeito aos direitos fundamentais dos trabalhadores, com a finalidade de implantar o império da dignidade do trabalhador como pessoa humana, como ser que produz em benefício da sociedade. No desempenho dessa tarefa, os direitos fundamentais exercem dupla função: limitam o exercício do poder do empregador no curso da relação de emprego e representam barreira oposta à flexibilização das condições de trabalho mediante negociação coletiva.

Todavia, ao passo que surgem, a cada dia, posições favoráveis à aplicação dos direitos fundamentais nas relações de emprego, surgem também diversas críticas a sua utilização, sobretudo no sentido de que uma interpretação em consonância com a dignidade da pessoa humana representaria uma demasia, na medida em que o Direito do Trabalho já é influenciado por princípios protetivos, tratando o empregado desigualmente em relação ao empregador. No entanto, é justamente contra essa perspectiva que se pretende

¹⁶ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direitos Fundamentais Trabalhistas**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 32.

¹⁷ ROMITA, Arion Sayão. **Direitos Fundamentais nas Relações de Trabalho**. 5 ed. rev. e aumentada. São Paulo: LTr, 2014. p. 457.

argumentar no presente trabalho, a partir da apresentação de argumento anterior que justifica a tendência do nosso ordenamento jurídico de fazer uma interpretação sistemática do Direito do Trabalho à luz dos direitos fundamentais: *os direitos humanos*.

O que se pretende demonstrar é que o Direito do Trabalho é um campo fértil para se admitir a aplicação dos direitos fundamentais, sobretudo da dignidade da pessoa humana, seja porque esse Direito surgiu para preservar a dignidade do trabalhador, seja porque o Estado, desejado pela Constituição Federal como um Estado Democrático de Direito, elege a dignidade da pessoa humana como um de seus fundamentos, em virtude da preocupação com a preservação dos direitos humanos.

Neste contexto, busca-se invocar uma bandeira esquecida por muitos, qual seja, a de que os direitos humanos representam o balizador do convívio humano, qualquer que seja a relação. E é por esse motivo que os direitos fundamentais são utilizados, vez que positivam os direitos humanos.

Está-se num período em que muitos Estados adotam como prioridade o desenvolvimento econômico desacompanhado do desenvolvimento social. Concomitantemente ao desenvolvimento econômico e tecnológico no Brasil, aumentam as denúncias de trabalho análogo à condição de escravo, aumenta a incidência dos acidentes do trabalho e das doenças ocupacionais, crescem os casos de assédio moral e os casos de abuso do poder de comando dos empregadores. Nesse sentido, Bezerra Leite¹⁸ afirma:

Paralelamente à massificação dos meios de produção e de distribuição, nos quais o trabalho humano avulta imprescindível, multiplicaram-se não só os direitos sociais dos trabalhadores, mas, também, os problemas socioeconômicos do mundo do trabalho, como o desemprego em todas as suas manifestações, a exclusão social, o aviltamento dos salários, o descumprimento generalizado da legislação trabalhista, o crescimento do trabalho informal, a

¹⁸ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Direito Processual Coletivo do Trabalho - Na Perspectiva dos Direitos Humanos. São Paulo: LTr Editora, 2015. p. 71.

flexibilização *in pejus* (ou desregulamentação), a automação, a terceirização, as discriminações de toda ordem, por motivo de idade, de opção sexual, de estado civil, de raça; a exploração do trabalho infanto-juvenil, o descuido reiterado com o meio ambiente de trabalho, etc.

Neste diapasão, é possível lançar os seguintes questionamentos: será que não existem valores mínimos esquecidos nos cantos desse panorama de desenvolvimento? Será que foi esquecido o papel do Estado na preservação da dignidade? Como aplicar essa preocupação Estatal nos casos concretos?

Segundo Höffe¹⁹, aquele que detém o poder não tem só o poder de impô-lo, mas também de recusá-lo. Por isso, no intuito de se evitar um risco ou ameaça à justiça, o poder deve sempre estar obrigado com a justiça. “[...] os detentores do poder não estão inteiramente a serviço da justiça, livres de todas as paixões. Eles também podem “esquecer” suas atribuições e buscar o poder por ele mesmo.”

Neste ponto, identifica-se um problema relacionado ao nosso tema central: o Estado, em termos de poder legislativo, se omite no papel de produção e atualização das normas trabalhistas, as quais muitas restam dissonantes da realidade e da modernidade. Então, nesse caso, cabe ao Estado, por meio do seu poder jurídico público – Tribunais – buscar a aplicação de uma visão que preserve os direitos humanos? A resposta para esse problema está exatamente naquilo que segundo Höffe²⁰ define como *estratégia de justiça política*:

[...] os múltiplos “métodos”: os caminhos, forças e procedimentos para comprometer (o mais possível) os poderes públicos com a justiça. Visto sistematicamente, eles possuem uma dupla face, o lado voluntário e o lado cognitivo; aquele se refere à tarefa do reconhecimento; este à tarefa de determinação do poder jurídico público. Em correspondência, há dois tipos mutuamente

¹⁹ HÖFFE, Otfried. **Justiça política**. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 412.

²⁰ *Ibidem*. p. 412.

complementares de estratégias de justiça. Com o auxílio das estratégias de positivação, os princípios da justiça encontram seu reconhecimento histórico concreto; com o auxílio das estratégias de julgamento, as formas jurídicas que deve, ser reconhecidas são sempre determinadas novamente.

Diante disso, é possível entender que a justiça a ser promovida pelo Estado tem duas estratégias de justiça política, as quais obrigam os indivíduos e o próprio Estado, num contexto ético-prático, a respeitar e aplicar os direitos humanos. Mas de que forma isso ocorre no âmbito do Direito interno brasileiro? Como por em prática essas estratégias?

Pois bem, é exatamente aqui que ocorre a confluência dos temas justiça política, direitos humanos, direitos fundamentais e Direito do Trabalho. A expressão *direitos humanos* é utilizada no plano internacional, independentemente da forma como cada Estado os regula internamente. Já a expressão *direitos fundamentais* representa os direitos positivados numa Constituição de um determinado Estado, destinados à proteção dos direitos mínimos dos cidadãos. É possível dizer que os direitos fundamentais acabam destacando o significado jurídico dos direitos humanos.

Em termos de conteúdo, os direitos humanos e os direitos fundamentais são iguais, mas quanto a sua existência, esses se diferem, vez que os direitos humanos são padrões morais, ao passo que dos direitos fundamentais são direitos humanos reconhecidos num ordenamento. Na visão de Höffe²¹:

Para destacar o novo, o positivo significado jurídico dos direitos humanos, também se fala em *direitos fundamentais*. Segundo essa convicção terminológica, os direitos fundamentais designam, bem como os direitos humanos, pretensões jurídicas válidas pré e suprapositivamente. Apenas falta aos “puros direitos humanos” aquela força jurídica positiva que possuem como direitos fundamentais. Enquanto os direitos humanos e direitos

²¹ *Ibidem*. p. 417.

fundamentais são iguais, sob o ponto de vista de seu conteúdo, seu modo de existência é diferente. Os direitos humanos são padrões morais, aos quais uma ordem jurídica se deveria submeter. Os direitos fundamentais ao contrário são os direitos humanos, na medida em que efetivamente são reconhecidos por uma ordem jurídica dada. Lá se trata de postulados ético-políticos, os quais, do ponto de vista do tempo e do espaço, são universais. Aqui se trata de normas jurídicas que limitadas à respectiva coletividade, têm vigências positiva.

Portanto, reitera-se que a matéria que especula e defende a aplicação dos direitos fundamentais na relação de emprego não é uma novidade. Além da Constituição Federal, berço do argumento de direitos fundamentais num Estado Democrático de Direito no Brasil, datar de 1988, existem diversos trabalhos acadêmicos, científicos e literários acerca do tema, assim como a jurisprudência já tem consolidado a influência de tais direitos nas relações protegidas pelo vários ramos do Direito, inclusive pelo Direito do Trabalho. Mas, então, surge nova indagação: por que novamente invocar a abordagem do tema de direitos fundamentais, se não é mais novidade admitir e trabalhar a sua preservação por parte do Estado e a sua influência nas relações interpessoais?

A hermenêutica do direito do trabalho para aplicação dos direitos humanos

A resposta a esta pergunta representa o pilar do presente trabalho, na medida em que, ainda que se esteja diante de uma matéria já conhecida, a práxis mostra que muitos operadores do Direito insistem em trabalhar a lei como fonte de Direito suscetível de mera subsunção ao fato jurídico, negando, muitas vezes, que se suplante uma técnica conservadora e positivista de hermenêutica e que se opte pelo caminho de valorização da dignidade da pessoa humana que o caso em concreto exige. Para muitos, o Direito brasileiro infraconstitucional já está recepcionado ou em

consonância com a norma constitucional, razão pela qual fazer-se uma interpretação à luz da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais seria não só uma desnecessidade, mas também, uma afronta à segurança jurídica. De acordo com Romita²²:

No que se refere ao direito positivo brasileiro vigente, ambas as funções podem ser com facilidade discernidas no cotidiano das relações de trabalho. Ao lado da função de garantia das posições subjetivas dos trabalhadores, os direitos fundamentais exercem uma função objetiva que, em sua aplicação, formam uma norma diretiva fundamental, convergindo, em sua aplicação, para a implantação da justiça social no âmago das relações de trabalho.

Não se está aqui pretendendo que a dignidade da pessoa humana sirva de justificativa para deferimento de qualquer pedido ou que se afaste a razoabilidade vinculada às particularidades da situação em exame. O que se pretende mostrar é que, em determinadas situações, existem subsídios anteriores ou além da lei que, num primeiro momento, abarcam o caso em apreciação. Ocorre que, em muitos casos, a lei, a fonte que tutela determinada relação, não está aparelhada para esses novos elementos, decorrentes das constantes mudanças que o mundo vem experimentando.

Como consequência, não raro os Tribunais Trabalhistas se deparam com questões em que se busca pagamento de indenização por danos morais em razão de ofensa a direitos de personalidade, esses, evidentemente, “contaminados” pelo valor supremo dos direitos fundamentais. São reclamações trabalhistas em que se questiona o uso de correio eletrônico, internet, os exageros das revistas nos pertences dos empregados, as cobranças abusivas de metas pelos superiores hierárquicos, a filmagem do cotidiano, as gravações de conversas e ligações entre os empregados e com os

²² ROMITA, Arion Sayão. **Direitos Fundamentais nas Relações de Trabalho**. 5 ed. rev. e aumentada. São Paulo: LTr, 2014. p. 467.

clientes, o controle eletrônico de localização dos empregados, as condições análogas à de escravo, e outros casos que crescem por força da era digital, tais como dano existencial e síndrome de *Burnout*.

No entanto, muitos juristas entendem que a própria dinâmica da relação de emprego, prevista pelos artigos 2º e 3º da Consolidação das Leis do Trabalho, por si só, tratam da questão do poder de comando e, a partir daí, é possível verificar se o empregador exacerbou ou não esse direito. Nesse sentido, não raro, doutrinadores e profissionais do Direito argumentam que a interpretação fora de padrões legais e tradicionais já definidos, com base em direitos fundamentais, poderia gerar uma proteção demasiada e uma ameaça à segurança jurídica, como dito antes. No entanto, pensa-se que não se pode trabalhar com extremos. Amartya Sen²³ defende que:

Talvez seja o caso de frisar que, além de existirem muitas vias para salvaguardar e promover os direitos humanos além da legislação, esses diversos caminhos mantêm uma relação de considerável complementaridade. A ética dos direitos humanos pode se tornar mais efetiva com uma variedade de meios e maneiras. Essa é um das razões pelas quais é importante reconhecer ao estatuto ético geral dos direitos humanos o que lhe cabe, em vez de encerrar prematuramente o conceito de direitos humanos no quadro estrito da legislação, real ou ideal.

Defende-se a ideia de que é chegado o momento de se questionar sobre qual argumento poderia legitimar, de maneira mais definitiva, a utilização e aplicação, em tempos atuais, de direitos fundamentais nas relações entre os indivíduos. E, em tempos de grande evolução tecnológica, não se estaria deixando de lado alguns valores humanos? Não seria por esse motivo que o tema de direitos fundamentais ainda é “novo” e necessita de uma justificativa para consolidar a valorização do homem-empregado?

²³ SEN, Amartya. **A ideia de Justiça**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. p. 401.

Pois bem, diante desse quadro e das indagações lançadas, é possível dizer que em tempos “diferentes”, devemos utilizar “argumentos diferentes”. Esses argumentos, por sua vez, possuem um único e máximo fundamento: *os direitos humanos*. Para Höffe²⁴, os direitos humanos são “*os princípios médios da justiça*”.

Sem dúvida, as relações humanas, sobretudo as de emprego, atravessam um período de adaptação às “novidades”. Sendo assim, como já afirmado, a CLT, data do ano de 1943, não está preparada para tutelar novos suportes fáticos, os quais, envolvem, com mais ênfase, os direitos de personalidade (como exemplificado acima). Para Bezerra Leite:

O mundo desenvolvido, ou em vias de desenvolvimento, experimentou nas últimas duas décadas uma verdadeira revolução científica e tecnológica, o que redundou num processo de globalização em escala e em intensidade sem precedentes. Esse processo, que ainda não se completou, mas tende a ser irreversível, permite o deslocamento rápido, barato e maciço de mercadorias, serviços, capitais e trabalhadores.

Destarte, é possível justificar que os direitos humanos representam o portal que enseja a aplicação dos direitos fundamentais nas relações de emprego. Permitir a interpretação do Direito, em consonância com os direitos fundamentais é considerar aquilo que, nas palavras de Delmas-Marty, representa o “*irreduzível humano*”. Defende a referida autora²⁵:

Os Direitos Humanos não são direitos passageiros ou que atendem a determinados pressupostos momentâneos. Pelo contrário, “a recente evolução tende mais largamente a inserir os direitos do homem na duração, com direitos de ‘solidariedade’ que situam o indivíduo em relação à linhagem (ascendentes e descendentes) e a coletividade em relação às gerações futuras, portanto à espécie ou

²⁴ HÖFFE, Otfried. **Justiça política**. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 416.

²⁵ DELMAS-MARTY, Mireille. Reinventar o direito comum. In: **Por um direito comum**. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2004. Livro III, p. 182.

à ‘família’ humana”. Aí se tem a linha ético-moral que deverá guiar os cientistas no desenvolvimento das pesquisas: a preocupação não deverá apenas ser focada no presente – na geração atual – mas também nas gerações que ainda virão.

E acrescenta Delmas-Marty²⁶:

“O irredutível humano” é mesmo a exigência ética suprema e a proibição absoluta de ultrapassar o ponto a partir do qual a violência já não pode ser resgatada por um voto de reciprocidade e se torna pura negação do humano. Desta forma está desenhada a espinha dorsal do significado dos Direitos Humanos. Não são quaisquer direitos, mas são os direitos sem os quais se retira a principal característica dos humanos: a sua humanidade, quer dizer, a sua essência.

Para Gustavo Tepedino²⁷: “Ao se privilegiarem os Direitos Humanos, estarão sendo trazidos à tona os direitos naturais e, por via de consequência, os direitos da personalidade”. Na mesma linha, Pietro Perlinguieri²⁸ comenta, ao abordar a questão das novas tecnologias:

Por comunidade aqui se entende tanto a ordem interna do Estado como o contexto desenvolvido a partir da abertura das fronteiras estatais, por força dos movimentos da globalização. Desta forma, se verifica mais um fundamento para a adoção dos direitos da personalidade, que nada mais são do que um prolongamento dos Direitos Humanos, como um pressuposto substancial para a projeção dos marcos regulatórios às nanotecnologias, além de servir como um parâmetro para avaliar a nova face do biopoder. Esse também o contexto onde se verifica a perspectiva relacional das normas: “O ordenamento é não somente um conjunto de normas, mas também um sistema de relações: o ordenamento, no

²⁶ Ibid., p. 211-306.

²⁷ TEPEDINO, Gustavo. O Código Civil, os chamados microssistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **Problemas de Direito Civil-Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 1-16.

²⁸ PERLINGIERI, Pietro. Situações subjetivas existenciais. In: **O direito civil na legalidade constitucional**. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 728-729.

seu aspecto dinâmico, não é nada mais que o nascimento, a realização, a modificação e a extinção de relações jurídicas, isto é, o conjunto das suas vicissitudes”.

Trata-se da dinâmica do ordenamento jurídico, provocando diversos movimentos entre as relações jurídicas, mas também entre as próprias normas jurídicas, dando conta de um verdadeiro pluralismo de fontes do Direito, conforme o mesmo autor²⁹:

Para tanto, se poderá fomentar um efetivo diálogo entre as fontes, as quais não estarão mais dispostas hierarquicamente, de modo vertical, mas de modo horizontal, onde cada uma delas poderá ser empregada criativamente, sem hierarquia, para a construção da solução do caso concreto, filtrando-se o resultado nas regras e princípios da Constituição da República. Será fundamental por isso elaborar uma teoria da interpretação jurídica, que não seja formalística – fundamentada no mecanismo lógico-teórico da subsunção do fato concreto à norma abstrata – que saiba propor uma interpretação das disposições normativas no que se refere à hierarquia das fontes e dos valores, em uma aceção necessariamente sistemática e axiológica.

Importante que se registre que, na verdade, a admissão do fundamento de direitos humanos se dá, inclusive, pelo fato de que direitos humanos e direitos fundamentais buscam contemplar a personalidade humana ensejadores de uma proteção jurídica. O que se deve ter presente é o fato de que a positivação dos direitos humanos pela via dos direitos fundamentais faz com aqueles não representem meros ideais, esperanças ou anseios, mas sim, representem verdadeiros postulados legais. Para Höffe³⁰:

Para que essa medida seja reconhecida, não apenas em circunstâncias acidentalmente favoráveis, mas por princípio, é preciso consolidá-la, institucionalizá-la e fazê-la parte componente

²⁹ PERLINGIERI, Pietro. Situações subjetivas existenciais. In: **O direito civil na legalidade constitucional**. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 3.

³⁰ HÖFFE, Otfried. **Justiça política**. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 416.

do direito vigente aqui e agora. Por esta positivação, os direitos humanos não tem mais o significado de ideias, esperanças e postulados que podem até ser justificados, mas que em face da realidade dominante permanecem importantes. Também os direitos humanos não são mais simplesmente solenes declarações de intenção, mas, muito antes, uma parte obrigatória da ordem do direito e do Estado. Eles perderam o caráter de simples princípios de legitimidade e se tornaram princípios de legalidade.”.

De outra parte, citam-se algumas decisões jurisprudenciais que corroboram o texto declinado, mormente em relação à adoção dos direitos humanos como fundamento para sustentar a tutela jurisdicional:

TRANSFERÊNCIA DE LOCAL DE TRABALHO. ILEGITIMIDADE E ABUSO DE DIREITO. AUSÊNCIA DE EFETIVA NECESSIDADE DE SERVIÇO. PRÁTICA DE ASSÉDIO MORAL. INOBSERVÂNCIA DE DIREITOS HUMANOS, NORMAS INTERNACIONAIS E DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS PREVISTOS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 43 DO TST. 1. **A normativa internacional e constitucional, acerca de direitos humanos e fundamentais, não chancela condutas que representem discriminação ou assédio e ofensa à honra e dignidade dos trabalhadores. Declaração Universal de Direitos Humanos (art. 23), Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem (Organização dos Estados Americanos, 1948, arts. V, XIV e XVII), Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (arts. 17 e 26), Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (arts. 7º e 12), Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica, arts. 5º, 6º e 11), Declaração Sociolaboral do Mercosul de 2015 (preâmbulo e arts. 2º e 4º). E, no mesmo sentido, reforçam a tese de proteção ampla dos direitos humanos e fundamentais dos trabalhadores, inclusive, sob o viés psicológico, as Convenções da OIT de n. 29 (Sobre trabalho forçado ou obrigatório), 100 (igualdade de remuneração por trabalho de igual valor) e 111 (discriminação em matéria de emprego e profissão).** 2. Da mesma forma, a interpretação sistemática da Constituição da República e dos seus princípios e direitos fundamentais, notadamente, os valores sociais do

trabalho, a dignidade da pessoa humana, a melhoria das condições sociais do trabalhador e a função social da propriedade (arts. 1º, III e IV, 7º, caput e 170, III e VIII), autoriza a proibição veemente de discriminação e assédio moral. [...] 6. Reconhecimento da ocorrência de assédio moral e ilegitimidade da tentativa de transferência de posto de trabalho. Indenização por assédio moral mantida e quantum indenizatório adequado ao caso em concreto, observados os princípios da razoabilidade e proporcionalidade. (grifo nosso). (TRT da 4ª Região, 2ª Turma, 0020224-10.2016.5.04.0018 RO, em 21/05/2018, Marcelo Jose Ferlin D'Ambroso).

MANDADO DE SEGURANÇA. HOSPITAL NOSSA SENHORA DA CONCEIÇÃO. EMPREGADA AUXILIAR DE ENFERMAGEM. REDUÇÃO DA JORNADA DE TRABALHO. FILHA COM AUTISMO. NECESSIDADE DE ATENÇÃO ESPECIAL DA FAMÍLIA. RESPALDO EM NORMAS INTERNACIONAIS E NO DIREITO PÁTRIO - REGRAMENTO CONSTITUCIONAL E INFRACONSTITUCIONAL. DIREITO LÍQUIDO E CERTO VIOLADO. CONCESSÃO DA SEGURANÇA QUE SE IMPÕE. ENFOQUE DE DIREITOS HUMANOS. 1. **O regramento internacional, notadamente a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, ratificados pelo Decreto 6.949/2009, nos arts. 1º, 4º, 7º, 8º e 17, bem como a Convenção sobre os Direitos da Criança, ratificada pelo Brasil por meio do Decreto 99.710/90, arts. 1º, 2º, 3º, 5º, 6º, 18 e 23, asseguram à criança, quando com deficiência, como é o caso da filha da impetrante, diagnosticada com autismo, os direitos fundamentais necessários à existência digna, inclusive mediante o apoio constante dos familiares, da sociedade e do Estado.** Consoante preconiza o art. 3º da Convenção sobre os Direitos da Criança: "1. Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança". [...] 3. **Necessária observância da concepção do Enfoque em Direitos Humanos, que busca centralizar as ações estatais nas pessoas, para efetividade dos direitos humanos e promoção da dignidade da pessoa humana. Necessidade de mudança interpretativa, abandonando-se o contratualismo em favor da ótica humanista.** [...] 6. Os prejuízos que podem advir da ausência

da impetrante no desenvolvimento de sua filha com necessidades especiais são imensamente maiores à sociedade e ao Estado. 7. Concessão da segurança que se impõe, em conformidade com o contexto fático, jurídico e em observância aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade e ao enfoque de direitos humanos cabível à espécie. Todavia, a 1ª SDI, em sua maioria, concede parcialmente a segurança para determinar a redução da jornada, mas acompanhada com a proporcional redução da remuneração. (grifo nosso). (TRT da 4ª Região, 1ª Seção de Dissídios Individuais, 0022150-46.2017.5.04.0000 MS, em 22/03/2018, Marcelo Jose Ferlin D'Ambroso).

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DESCUMPRIMENTO REITERADO DE NORMAS TRABALHISTAS. INOBSERVÂNCIA DE DIREITOS HUMANOS, NORMAS INTERNACIONAIS E DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS PREVISTOS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. DANO MORAL COLETIVO "IN RE IPSA". MAJORAÇÃO CABÍVEL 1. A normativa internacional e constitucional, acerca de direitos humanos e fundamentais, não chancela condutas que representem discriminação ou assédio e ofensa à honra e dignidade dos trabalhadores. Nesse sentido: Declaração Universal de Direitos Humanos (art. 23), Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem (Organização dos Estados Americanos, 1948, arts. V, XIV e XVII), Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (arts. 17 e 26), Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (arts. 7º e 12), Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica, arts. 5º, 6º e 11), Declaração Sociolaboral do Mercosul de 2015 (preâmbulo e arts. 2º e 4º). [...] 3. Dano moral de cunho coletivo e *in re ipsa*, o qual independe da prova do efetivo prejuízo para justificar a reparação. Conduta da demanda que ultrapassa a esfera individual dos envolvidos e repercute em interesses extrapatrimoniais da coletividade. 4. Infrações potencialmente danosas aos direitos sociais dos trabalhadores envolvidos e prejudiciais aos mecanismos institucionais de proteção ao trabalho que geram dever inequívoco de indenização pelo dano moral coletivo. 5. Indenização majorada. (grifo nosso). (TRT da 4ª Região, 2ª Turma, 0020526-83.2014.5.04.0026 RO, em 19/09/2018, Marcelo Jose Ferlin D'Ambroso).

Destarte, resta evidente que os direitos humanos podem não só figurar no plano teórico, como também, tomarem forma no caso concreto e servirem de fundamento hermenêutico, buscando, com efeito, atribuir sentido à norma jurídica, e não somente reproduzir seu sentido.

Considerações finais

Portanto, conclui-se que o Estado, por meio do Poder Judiciário tem a obrigação de ler as relações sociais e decidir seus conflitos a partir de um princípio médio de justiça que são os direitos humanos, por meio dos direitos fundamentais, o que justifica a tendência atual e futura. Nas relações de emprego, ao falarmos em direitos fundamentais estaremos falando em direitos humanos. Todavia, ao se falar em direitos humanos, resta indispensável contemplar a ideia (ou ideal) de que esses representam os princípios médios de justiça, sobretudo nas relações jurídicas de emprego, pois ao se pretender o respeito aos direitos humanos, está se pretendendo implementar a justiça; justiça essa como ideal em toda (e para toda) relação humana que deve ser promovida pelo Estado, imposta aos indivíduos e respeitada por ambos; justiça essa como um ideal aristotélico de virtude dos sujeitos envolvidos na relação, visando o “bem” de um e do outro para se alcançar o bem de todos³¹.

Referências

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Livro V, Capítulo I, Verbete 1130 a. Editora Martin Claret – 4 ed.

BARZOTTO, Luciane Cardoso. **Direitos Humanos e Trabalhadores**: atividade normativa da Organização Internacional do Trabalho e os Limites do Direito Internacional do Trabalho. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

³¹ ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Livro V, Capítulo I, Verbete 1130 a. Editora Martin Claret – 4 ed.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho (4ª Região). **Ação Civil Pública nº 0020526-83.2014.5.04.0026**. 2ª Turma. Relator: Des. Marcelo Jose Ferlin D'Ambroso. Julgado em: 19 setembro 2018. Disponível em: <https://www.trt4.jus.br/pesquisas/rest/download/acordao/pje/8llt_snxovjuSXpDrJWjLw>. Acesso em: 15 out 2018.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho (4ª Região). **Mandado de Segurança nº 0022150-46.2017.5.04.0000**. 1ª Seção de Dissídios Individuais. Relator: Des. Marcelo Jose Ferlin D'Ambroso. Julgado em: 22 março 2018. Disponível em: < <https://www.trt4.jus.br/pesquisas/rest/download/acordao/pje/JgaE-sgUDINxR6flzBammw>>. Acesso em: 15 out 2018.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho (4ª Região). **Recurso Ordinário nº 0020224-10.2016.5.04.0018**. 2ª Turma. Relator: Des. Marcelo Jose Ferlin D'Ambroso. Julgado em: 21 maio 2018. Disponível em: <<https://www.trt4.jus.br/pesquisas/rest/download/acordao/pje/57XvCHRSzengdfknMhc1JA>>. Acesso em: 15 out 2018.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

DELMAS-MARTY, Mireille. Reinventar o direito comum. In: **Por um direito comum**. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2004. Livro III.

HÖFFE, Otfried. **Justiça política**. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Direito Processual Coletivo do Trabalho – Na Perspectiva dos Direitos Humanos**. São Paulo: LTr Editora, 2015.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direitos Fundamentais Trabalhistas**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2015

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>>. Acesso em: 09 set. 2018.

- PERLINGIERI, Pietro. Situações subjetivas existenciais. In: **O direito civil na legalidade constitucional**. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional**: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. 2 ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.
- ROMITA, Arion Sayão. **Direitos Fundamentais nas Relações de Trabalho**. 5 ed. rev. e aumentada. São Paulo: LTr, 2014.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10 ed. rev. atual. e ampl.; 2 tiragem. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.
- SEN, Amartya. **A ideia de Justiça**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.
- TEPEDINO, Gustavo. O Código Civil, os chamados microsistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **Problemas de Direito Civil-Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

O legado hebreu da Bíblia Hebraica e a Declaração Universal dos Direitos do Homem - 1948

*Wremyr Scliar*¹

E julgará entre as gentes e repreenderá a muitos povos; e converterão as duas espadas em enxadões e as suas lanças em foices, não alçará espada nação contra nação, nem apreenderão mais a guerra. ISAIAS, 2,2.

1. Sentido histórico da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948

1.1. A Declaração Universal dos Direitos Humanos

Proclamado em 10 dezembro de 1948 pela recém constituída Organização das Nações Unidas o texto da Declaração Universal dos Direitos Humanos proposto pela Comissão de Direitos Humanos em 18 de junho do mesmo ano, cumpriu-se a incumbência de efetivar o artigo 55 da Carta das Nações Unidas.

A Comissão funcionou em Paris, no Palais Chaillot, presidida por Eleanor Roosevelt, viúva do presidente americano Franklin Delano Roosevelt defensor da política anti-isolacionista, levando o

¹ Professor de Direito Administrativo PUCRS. Dr. Me. Especialista em Direito Público. Conselheiro Substituto emérito aposentado do TCE/RS. Medalha Irmão Afonso PUCRS.

Estado americano a intervir na IIª Guerra Mundial diretamente contra os nazistas e fascistas.

Integravam a Comissão, dentre outros, e com atuação decisiva, o judeu francês Rene Samuel Cassin, jurista renomado, que na invasão alemã em 1940, se refugia na Inglaterra onde integra o governo francês livre no exílio. Mais tarde, infiltra no território ocupado, como partisan e coordenador de grupos guerrilheiros, mas é preso e levado ao campo de concentração de Auschwitz - a ele se atribui a expressão "universal" na denominação do texto, ao contrário de "internacional", como pretendiam os ingleses e americanos. Outro membro, igualmente judeu e francês Pierre Mendes-France, especialmente como secretário e organizador, com notável atuação e que viria a ser primeiro ministro da França mais tarde, e finalmente, embora não integrante do colegiado, considerado "ad hoc", mas influente por suas ideias e seu passado de resistente ao nazismo e após naturalizado francês, o terceiro influente no texto foi o judeu alemão Stéphane Hessel, jurista liberal igualmente com notável contribuição para a elaboração do projeto da Comissão.

Essa primeira abordagem sobre as características pessoais dos principais mentores do texto, com a sua raiz judaica, irá demonstrar, mais adiante, a influência do pensamento judaico a partir da Bíblia Hebraica na Declaração finalmente aprovada, assim como a fonte decorrente da Declaração de 1789 da Revolução Francesa (e suas posteriores) cujos valores civilizatórios erguidos em princípios histórico-jurídicos igualmente tem origem na Bíblia Hebraica.

Sobre o legado hebreu na gênese da Declaração de agosto de 1789 e em outros diplomas de Direito Interno ou de Direito Internacional, salienta Prosper Weil, em O Direito Internacional no Pensamento Judaico:

Se a teoria dos direitos humanos, tal como a concebem os juristas contemporâneos, não foi formulada enquanto tal por um

pensamento judaico mais preocupado por regulamentações concretas do que por elaborações abstratas - como vimos - o seu conteúdo essencial encontra-se esboçado e, talvez mais que isso - na Bíblia e na literatura rabínica.

Poderíamos tomar a Declaração Universal dos Direitos do Homem ou quaisquer outros documentos da mesma ordem, sejam de Direito Interno ou de Direito Internacional, para achar, sem dificuldade, uma legislação judaica mais ou menos elaborada sobre muitos pontos regulamentados.

Todos os direitos não são exatamente abrangidos, mas alguns o são de maneira bastante revolucionária para a época.

O final da IIª Guerra Mundial, iniciada em 1939 e encerrada em 1945, embora a vitória dos aliados, tem um cenário de horror e devastador. Jamais a História registrara uma guerra de destruição científica, em massa contra a população civil, industrializada e planejada a partir de regras racionais, envolvendo não só uma sórdida propaganda e ações antissemitas, como também, contra os povos eslavos, ciganos, homossexuais, doentes mentais e deficientes físicos e especialmente com a aniquilação dos democratas, socialistas, comunistas e líderes sindicais, políticos, religiosos, artistas e intelectuais contrários ao nazismo.

Jamais a humanidade presenciou barbárie em tal envergadura, com a aniquilação física, a supressão da identidade humana, mediante mais de mil campos de extermínio ou de concentração com o assassinato de cerca de 70 milhões de pessoas.

Somente na União Soviética, a destruição atingiu duas mil cidades, vinte mil aldeias e 30 milhões de civis e soldados mortos em “lager”, de fome ou em batalhas.

O assassinato em maior escala, industrializado, foi perpetrado contra os judeus da Alemanha e Europa ocidental e oriental, resultando na morte de seis milhões mediante uma escolha por origem, ainda que apenas um quarto dos seus avós ou apenas um dos genitores fosse judeu, inclusive os convertidos, destituídos paulatinamente da cidadania, dos direitos ao trabalho e à dignidade humana, anulada a sua identidade humana e por fim, assassinados.

Presos aos “guetos”, numerados e encaminhados para o trabalho forçado e às câmaras de gás, os judeus foram virtualmente liquidados na Europa.

Ao revelar ao mundo perplexo esse terrível e (indescritível, ao qual faltam palavras) quadro de crimes, que é periférico à IIª Guerra Mundial, com a constituição da Organização das Nações Unidas, a preocupação humanitária tinha um objeto definido: evitar a sua repetição. Para isso, a ONU seria um organismo de manutenção da paz e vigilância quanto aos conflitos, e no âmbito da dignidade humana, forjaria uma Declaração Universal de Direitos Humanos, mecanismos de defesa, julgamento e de medidas necessárias à sua concretização.

1.2. Manifestação histórica relativa ao passado e à Paz e Direitos Humanos futuros

Somada à destruição e dos assassinatos na IIª Guerra, havia milhões de refugiados, deslocados de seus países, suas cidades e casas destruídas, antes trabalhadores escravos e agora em precários campos de refugiados. Grupos minoritários, especialmente judeus, foram destituídos de suas nacionalidades e se tornaram pessoas excluídas e inaceitas em outros países. Essa situação perversa dá densidade à fórmula de direito humano, segundo a qual sua essência é o direito a ter direitos - em suma, a dignidade da pessoa humana.

Essa questão era a mais urgente com a qual se defrontaram os integrantes da Comissão elaboradora da Declaração e igualmente a questão inadiável para a própria Organização das Nações Unidas.

Sob ponto de vista cronológico, antes de garantir a paz e os direitos humanos futuros, eram necessárias medidas amparadas em valores a serem normatizados visando milhões de pessoas apátridas, destituídas de qualquer direito humano prévio, sob da cidadania e da política: reconhecer o direito de asilo às vítimas sobreviventes das perseguições, com a afirmação do direito de asilo (art. XIV), o direito à nacionalidade antes suprimido (art. XV).

Posteriormente, convenções e resoluções visaram objetivar esses princípios de direitos humanos.

Outro traço da Declaração de 1948 é a solene afirmativa de que a democracia é o único regime político compatível com o pleno respeito, segurança e exercício dos direitos humanos (art. XXI e XXIX, alínea 2).

Com isso a Declaração de 1948 atribui à democracia a única solução legítima e humana para a organização do Estado e não apenas uma opção política entre outras. Já não era mais uma escolha soberana, mas uma imposição para todos os povos.

Ressalte-se no artigo XXVIII, o reconhecimento da Declaração ao primeiro e fundamental dos direitos atinentes à essência da humanidade, ou seja, aquele que tem por objetivo a constituição e regulamentação de uma ordem internacional respeitadora da dignidade humana.

O catálogo é mais extenso: nas considerações preambulares, a Declaração estipula expressamente as pedras angulares do documento: liberdade, justiça e paz no mundo.

Adverte o preâmbulo da Declaração que o menosprezo e desrespeito aos direitos do homem resultam na barbárie: os direitos serão protegidos pelo império da lei, para que não sejam os homens compelidos à rebelião contra a opressão e a tirania.

As demais considerações preambulares são de cunho de direito internacional, cooperativo entre os Estados à compreensão e o respeito e observância desses direitos e liberdades e ao fim a exigência do pleno cumprimento do compromisso a ser firmado.

Logo no artigo I são proclamados os três princípios axiológicos fundamentais aos direitos humanos: a liberdade, a igualdade e a fraternidade, uma clara influência dos três redatores acima mencionados, estabelecendo uma linha de continuidade, afirmação e resgate dos direitos da Declaração revolucionária de 1789 (em realidade a fraternidade é aposta posteriormente como virtude cívica na Declaração de 1791).

A Constituição Francesa de 1848 adota em definitivo os três fundamentos da democracia e da república, declarando-os como sustentação para a dignidade da pessoa humana - liberdade, igualdade e fraternidade.

No seu Preâmbulo e inciso quarto, proclama, não mais no sentido da universalidade, mas para o povo francês:

Em presença de Deus e em nome do povo francês, a Assembleia nacional proclama:

IV - Ela tem por princípio a Liberdade, a Igualdade e a Fraternidade.

Somente em 1848, na segunda república francesa, o tríptico passa oficialmente a ser insculpido na cultura política francesa como valor definitivo.

O princípio da igualdade essencial do ser humano, não obstante suas diferenças de ordem biológica e cultural está figurado no art.

II: em decorrência, a isonomia perante a lei (art. VII) revela-se mera decorrência do texto do artigo II.

A liberdade está declarada no artigo XXI, assim como nos artigos VII a XIII e nos artigos XVI a XX.

Interliga e os torna reciprocamente dependentes os direitos à liberdade política e as liberdades individuais.

O princípio da solidariedade está fundado em direitos econômicos inscritos nos artigos XXII a XXVI, fixadas as exigências elementares de proteção a classes ou grupos de despossuídos das condições de satisfação de suas necessidades coletivas e públicas.

São os direitos a seguir enumerados: seguridade social (arts. XXII a XXV); trabalho e proteção contra o desemprego (art. XXIII, 1); contrato de trabalho com a garantia de salário mínimo, remuneração igual por trabalho igual, repouso e lazer, limitação horária, férias remuneradas (arts. XXIII, 2; XXIII, 3; e, XXIV), e por fim, a livre sindicalização (art. XXIV).

O direito à educação, ensino elementar obrigatório e gratuito, instrução técnico-profissional e igualdade de acesso ao ensino superior estão consignados também no artigo XXIII.

A proibição da escravidão e do tráfico de escravos (art. IV) ratificada e tornada aplicável mediante resolução de 1956.

Os princípios estão atualmente regulamentados quanto à fiscalização, cumprimento, exigências e responsabilizações, como ocorreu com o artigo IV em distintas resoluções e convenções, visando a densificação da sua objetividade.

Buscar-se-á, em seguida, evidenciar que os direitos humanos, de natureza individual, política e social, são legados aportados pela compreensão e utilização dos valores da Bíblia Hebraica, ainda que estejam, mais proximamente, em passagem histórica, esculpidos igualmente na Declaração de 1789.

O povo revolucionário francês, através da Assembleia Nacional ou por vezes autointitulada Convenção Nacional, segundo o modelo precedente americano, proclamou várias Declarações, todas em sentido universal, a saber: 1789, 1791, 1793 e 1795.

Cada um desses extraordinários diplomas tem características diferenciadas conforme a situação política ou o estamento social predominante na Casa. O artigo primeiro da Declaração de 1789 é nitidamente de inspiração bíblica (hebraica) ao fixar, como no Deuteronômio e em Exodus, a liberdade e a igualdade como valores inerentes ao homem, admitindo as diferenças sociais baseadas na sabedoria de cada um, nas suas habilidades comunitárias e na sua capacidade de integração e liderança para o fim comum

Declara o Artigo Primeiro:

Artigo Primeiro. Os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos.

As distinções sociais só podem fundar-se na utilidade comum.

2. Os princípios de 1948 que adotam, como processo histórico civilizatório, o legado hebreu

Dos direitos adotados na Declaração de 1948, por influência dos três referidos integrantes da Comissão propositora, há uma

nítida influência da Bíblia Hebraica, não no seu sentido religioso ou mítico, mas segundo um processo civilizatório mediante a compreensão de que muito antes da civilização ocidental preambular (Atenas e Roma), os hebreus foram dotados de uma religião a qual com os contornos normativos, tinha o ser humano como seu valor fundamental afirmado não apenas em relação às tribos dos hebreus mas como um valor universal, independente de nações, povos e religiões.

Verifica-se que o primeiro e fundamental direito é o direito à vida ("Não matarás") que inicia o decálogo fundante e primeira constituição efetivamente conhecida na História.

A comprovação dessa afirmação de que se trata da primeira constituição efetivamente conhecida decorre de descobertas arqueológicas nas cavernas de Qumram, (duas caveiras) junto ao "wadi" (rio seco) às margens do Mar Morto, onde foi encontrada a biblioteca dos essênios, com 1.100 livros em formato de rolo com até 300 anos anteriores à era cristã e que eram cópias de documentos mais antigos.

A igualdade e liberdade, como confluências da pregressa organização democrática e republicana estão inscritas tanto no Deuteronômio como no Exodius. De igual, a proibição da escravidão, a caridade (fraternidade), os direitos relativos ao trabalhador, remuneração e jornada, a paz como objetivo entre as nações e por fim, dois princípios para a afirmação e realização desses valores: o princípio da lei e sua imutabilidade e o princípio da justiça.

Para Prosper Weil, em O Direito internacional no pensamento judaico, inobstante os valores democráticos e republicanos, bem como as extensas passagens a respeito dos direitos humanos, há um valor que se sobrepõe no povo bíblico e perante todas as demais nações, o qual implica segundo os profetas, na destruição das armas, no fim de todas as guerras, na relação de convívio universal entre antigos inimigos. O valor que se sobrepõem é a paz como felicidade suprema dos homens e das nações.

A paz como valor essencial para a efetivação do direito à vida e dos demais direitos humanos.

É o mais emotivo, literário e poético texto fundante que descreve e preconiza um processo histórico de movimento constante que encaminha o futuro para a paz e felicidade entre os homens e as nações.

O texto bíblico que trata desses valores está nos profetas Isaías 2,4 e 11,6 e em Oséas 2,20.

Com base nos profetas, diz Weil:

A paz constitui a felicidade suprema.

As visões bíblicas do futuro messiânico, para o qual caminha a comunidade das nações, são todas as visões de desarmamento e de paz universal: uma paz concebida, aliás, não somente como ausência de guerra e de tensões, mas entendida de forma positiva como a realização da harmonia e da plenitude (a palavra hebraica 'shalom' significa etimologicamente plenitude e também paz).

Eles podem, simetricamente, ser encontrados na Declaração de 1948:

- Direitos à vida e à justiça - em peculiar tratamento ético-normativo;
- Direitos políticos - democracia, república;
- Direitos humanos em sentido amplo - justiça, asilo, fraternidade, proibição da escravidão;
- Direitos humanos sociais em sentido estrito - trabalho, jornada, repouso, educação.

Nesse contexto, que a seguir se irá reportar, o conjunto de direitos nasce com o decálogo, mas por obra do filósofo medieval Maimônides, foram encontrados 613 preceitos positivos e negativos, devidamente qualificados e analisados.

3. Direitos Humanos na Bíblia Hebraica

A organização da nação hebraica e o seu sistema jurídico necessitam, para serem compreendidos, de critérios específicos

filosóficos, éticos, arqueológicos, sociológicos, políticos, culturais e jurídicos

O primeiro deles, baseado em documentação autêntica a partir da descoberta dos Manuscritos do Mar Morto, em 1947, nas cavernas de Qumram junto ao "wadi" situada próxima ao mar Morto. Os livros em forma de rolo eram produtos de copistas da seita dos essênios, que criaram, uma voluma biblioteca com cerca de 1.100 livros em forma de rolo, acondicionados em ânforas de argila e lacradas com betume.

Foram escondidos nas cavernas, cerca do ano 70 da era comum, face à aproximação das legiões romanas. A temperatura e o isolamento permitiram excelente conservação, hoje expostos no museu Santuário do Livro em Jerusalém, cujo prédio guarda identidade com o formato das ânforas. A exposição principal é a do Livro de Isaías, com sessenta centímetros de altura e quase sete metros de comprimento. Sua autenticidade comprovada cientificamente remonta a pelo menos 300 anos antes da era cristã.

Alguns livros eram peculiares à seita, como seus hinos e regulamentos e cuja importância também arqueológica é relativa ao modo de vida da seita e do povo hebreu.

Outras dificuldades estão em limitar os conceitos, à dificuldade de precisar o fator temporal (à época) e a última é aquela em que o texto bíblico não corresponde precisa e unicamente à ideologia religiosa: ele é uma experiência vivenciada que gera prática normativa, posteriormente escrita.

O sistema jurídico se compõe dos cinco livros de Moisés, ou Pentateuco; as profecias dos profetas, acolhidos no texto sacralizado e por fim as interpretações registradas pelo Talmude.

O conhecimento jurídico sobre a organização estatal e social do povo hebreu está baseado na análise da Torá², no Talmude³ de Jerusalém e no Talmude da Babilônia, nos textos dos profetas e nos manuscritos descobertos nas cavernas de Qumram, nas fraldas do mar Morto⁴.

² Torá, palavra hebraica, é usualmente traduzida por lei, derivada do verbo instruir, ensinar ou guiar. São os cinco primeiros livros do Velho Testamento ou Bíblia Hebraica, nominados de Pentateuco, palavra de origem grega. Posteriormente, Torá ou Pentateuco foi associado à sabedoria e à palavra primordial (verbo), segundo a narrativa do Gênesis, como origem do mundo. É também sinônimo de conhecimento aliado à bondade. O autor utiliza para esse fim ARMSTRONG, Karen. **A Bíblia**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2007.

³ Talmude é a palavra em português para o hebraico Talmud (ensino ou estudo). Refere-se às duas escrituras. A primeira é originária de Jerusalém (*Yerushalmi*), completado no século V d. C. O Talmude da Babilônia, cuja escritura se inicia durante o período da escravidão dos judeus na Babilônia sob o rei Nabucodonosor, foi completado no século VI d. C. O segundo, (*Bavli*) é considerado, também pelo autor, como mais completo. Os Talmudes se transformaram na interpretação possível nos períodos de escravidão e de exílio. O episódio que inicia a escravidão babilônica, quando levados pelo rei Nabucodonosor (na verdade, a elite do povo hebreu, seus sacerdotes, sábios, literatos, juizes e o rei Joaquim, além dos homens e mulheres válidos para o trabalho escravo, foi magistralmente representado pela ópera Nabuco, de Giuseppe Verdi, cujo coro “Va pensiero” é um hino à liberdade, quando a Itália esteve submetida ao império austríaco no século XIX. Ambos os Talmudes são comentários ao sistema jurídico hebreu, tornando possível a sua aplicação em terras estrangeiras. Como o Templo de Jerusalém foi destruído, a Torá e os Talmudes tornam “a religião portátil” do povo hebreu.

⁴ Os Manuscritos do Mar Morto são a prova documental arqueológica da existência do corpo jurídico hebreu. Encontravam-se no *wadi* (rio seco), nas cavernas de *Qumram* (duas caveiras) e somam mais de 1.100 rolos, que estavam guardados em ânforas seladas. São cópias do Velho Testamento, o regulamento e os hinos (originais) de uma seita denominada essênios, que ali construiu junto ao Mar Morto, ao sul de Jerusalém um mosteiro e oficinas de escribas. A esse respeito, VERMES, Geza. **Os manuscritos do Mar Morto**. São Paulo: Mercuryo, 1992. Outros autores, especialmente arqueólogos também publicaram: E. L. Sukenik, H. H. Rowley, W. F. Albright, R. de Vaux, A. Dupont-Sommer e Y. Yadin.

Dois autores da antiguidade clássica, Flávio Josefo⁵ e Fílon de Alexandria⁶, o primeiro, hebreu, que viveu seus últimos dias em Roma e, o segundo, hebreu alexandrino, são, juntamente com os Manuscritos, as fontes mais precisas a respeito desse tema.

São contemporâneos do sistema jurídico hebreu (cerca do primeiro século da era cristã) e legaram extensa obra com abordagem jurídica sobre o sistema legal hebreu.

Os hebreus constituem-se em um povo cuja descrição bíblica, Velho e Novo Testamento, está repleta de descrições míticas, cuja caracterização a partir das pesquisas notadamente filológica e textos de André Chouraqui⁷, permite afirmar tenha origem nômade, oriundo da bacia dos rios Tigre e Eufrates, até se fixarem na Palestina, em território mais ao interior.

No período do nomadismo, quando o povo estava dividido em tribos ancestrais, os hebreus já adotavam alguns dos princípios, posteriormente enunciados de forma ampliada durante a passagem pelo deserto do Sinai na saga libertadora do cativo do Egito, conduzidos por Moisés⁸, que outorga ao povo o decálogo, ou dez

⁵ Flávio Josefo foi sacerdote, governador militar, general e, sobretudo, historiador. Viveu no início da era cristã, quando Roma destrói o país dos hebreus. Aprisionado por Vespasiano e Tito, é levado como escravo para Roma, vive no palácio do imperador e tem liberdade para escrever *Antiguidades Judaicas* e *Guerra dos Judeus contra os Romanos*, entremeados de uma autobiografia e de Resposta a Ápio. Seu nome foi latinizado e manteve relações com Plínio. Com Horácio e outros latinos, polemizou sobre a filosofia e modo de vida dos hebreus. Suas obras completas em português – *História dos Hebreus* – foi editada pela Editora das Américas Ltda., Rio de Janeiro, 1992, 1 ed. Para a biografia de Flávio Josefo (nome latinizado) e chamado em hebreu de Josefo filho de Matias, HADAS-LEBEL, Mireille. **Flávio Josefo, o judeu de Roma**. Rio de Janeiro: Imago, 1991.

⁶ Fílon de Alexandria era filósofo, tradutor e hermeneuta do Velho Testamento. Viveu em período contemporâneo a Flávio Josefo em Alexandria, colônia grega no Egito, onde habitava uma importante comunidade hebraica, rivalizando com a de Jerusalém e influenciada pela filosofia grega clássica, especialmente Aristóteles. As referências principais a Fílon estão em Flávio Josefo.

⁷ Pela sua tradução da Bíblia para o francês, foi agraciado com a medalha de ouro da Academia Francesa de Ciências. Suas pesquisas, continuadas na Universidade Hebraica de Jerusalém, incluem uma vasta obra de interpretação sobre os livros bíblicos. Para o Novo Testamento revela-se importante, porque não há comprovações arqueológicas a respeito da narrativa bíblica posterior à Bíblia hebraica.

⁸ Moisés era um nobre (teria sido príncipe?) nascido no Egito, nome copta, a antiga língua da região, cujo sufixo *és*, é deus ou divindade e que retira seu povo do cativo, conduzindo-o ao retorno à terra de origem. Sua figura é mítica. Por ter conquistado a liberdade, liderado o povo na travessia

mandamentos, cognominados de “palavras”, inscritos em pedra e atribuídos à fonte divina, recebendo a qualificação de normas jurídicas de conduta geral sob o manto da ideologia religiosa, igualmente codificada e incisivamente monoteísta.

O sistema jurídico dos hebreus não incluía normas especificadas sobre o controle da administração pública, mas, em relação à organização administrativa e judicial, era bastante extenso.

As normas de controle são esparsas, emolduradas de rituais e regras religiosas, ao mesmo tempo em que se constituem em uma narrativa histórica da vida nacional dos hebreus.

Entre os textos da Torá, Talmude e Profetas há imposições de conduta ética aos governantes na sua vida pública e privada, assim como nas suas condutas comunitárias (sociais).

Conforme Frank Crüsemann⁹ sobre a Torá:

Tradicionalmente, a Torá foi entendida sob o conceito cristão de “lei”. Com isso, muitas vezes acabou contraposta ao “Evangelho”. Porém, histórica e teologicamente, há muito já foi reconhecido que tais oposições somente são possíveis através de uma deturpação do conceito bíblico de Torá.

A palavra *tóráh* designa, em linguagem coloquial da época do Antigo Testamento, o ensinamento da mãe (Pr 1, 8; 6,20; cf. 31,26) e do pai (4,1s) para introduzir seus filhos nos caminhos da vida e adverti-los diante das ciladas da morte. Nisso, como em todos os demais usos, a palavra abrange informação e orientação, instrução e estabelecimentos de normas, e, com isso, também promessa e desafio. Expressa igualmente o mandamento e a história da

do deserto do Sinai, instituído o monoteísmo e outorgado uma constituição fundadora (decálogo ou dez mandamentos) os hebreus (e os judeus hoje) consideram-no fundador da nação hebraica.

⁹ CRÜSEMANN, Frank. **A Torá: teologia e história social da lei do Antigo Testamento**. Tradução de Haroldo Reimer. Petrópolis: Vozes, 2001. p. 11-12. Sobre o autor anota-se que, após a Segunda Guerra Mundial, na Alemanha, os Livros do Velho Testamento foram revalorizados, especialmente por filósofos, teólogos e professores. Crüsemann é um desses autores que se dedicaram ao estudo do Velho Testamento. Observa que, mais do que uma lei, a Torá é um paradigma de procedimentos rotineiros para os homens. Jubileu, perdão das dívidas, direitos dos pobres – direitos humanos, relações sociais são pautadas pela realização da justiça normatizada. A Torá é o coração do Velho Testamento que é, a sua vez, o coração do Novo Testamento.

instrução, da qual emerge. A partir daí, o conceito *Torá* torna-se um termo técnico para a instrução dos sacerdotes aos leigos (Jr 18,18; Ez 7,26), mas designa também as palavras dos mestres da sabedoria (Pr 7,2; 13,14) ou do profeta (Is 8, 16,20; 30,9) para os discípulos. No Deuteronômio, por fim, *Torá* transforma-se no conceito mais importante da vontade de Deus universal e literariamente fixada (p. ex. Dt 4,4s; 30,10; 31,9). Aqui, *Torá* abrange tanto narrações (esp. Dt 1,5) quanto leis (cf. esp. Sl 78, 1.5.10). Mais tarde, esse conceito deuteronômico designa a lei de Esdras (p. ex. Ne 8,1), todo o Pentateuco, mas também a palavra profético-escatológica de Deus para os povos (Is 2,3 par.; Mq 4,2; Is 42,4).

Enquanto a *Torá* e o Talmude expõem essas normas, os profetas¹⁰ têm uma função, com seus discursos de denúncia e críticas aos governantes e a todo o povo¹¹.

Criticam e denunciam os profetas não apenas o desregramento em relação às normas de conduta pública e privada, mas inclusive em assuntos de relacionamento com os povos vizinhos, com veemência e a partir de exemplos pessoais, em uma forma poética. As críticas e as denúncias candentes aos desvios e desregramento quanto às condutas exigidas pela *Torá* granjearam aos profetas a admiração do povo, ouvidos atentamente e seguidos pelo povo, que se reunia nas portas das cidades para ouvi-los e guardar as palavras, muitas vezes sob ameaça de terríveis castigos que adviriam aos poderosos e ao povo pelos fatos narrados pelos profetas.

A comprovação histórica dessas normas e do papel desempenhado pelos profetas está inscrita na descoberta em abril

¹⁰ Os profetas, para os fins do controle da administração, têm um papel crítico, que denunciam os desvios do cumprimento das leis, não apenas pelos governantes, mas também pelo povo. São profetas importantes Isaías, Amós e Oséias; suas críticas e denúncias abordam as questões de governo, tributos, administração e cumprimento das leis pelas classes dirigentes. O valor literário dos profetas tem sido fonte de inspiração para escritores, poetas, pintores e compositores.

¹¹ ALTAVILA, Jayme de. **Origem dos direitos dos povos**. 5. ed. São Paulo: Ícone, 1989. p. 17 et seq. Conforme Altavila, na p. 35, após citar Michelet, Stuart Mill e Will Durante: “[...] dos judeus saiu a idéia de justiça social e dos direitos humanos [...]”.

de 1947 nas cavernas de Qumram, situadas em agrestes montanhas salitradas, de difícil acesso, às margens do Mar Morto, ao sul de Jerusalém.

Ali viveu uma comunidade sectária denominada de essênios, que produziu uma biblioteca com cerca de 1.100 livros, em forma de rolos, escondidos em ânforas nas cavernas quando o exército imperial, sob o comando de Vespasiano e seu filho Tito, após terem destruído o Templo e arrasado a cidade Jerusalém, se aproximava da localidade onde existia um monastério e as demais instalações comunitárias e ritualísticas no ano 70 d. C.

Alguns desses livros são coincidentes com os livros do Velho Testamento, outros correspondem às regras da comunidade essênia ou são apocalípticos, contendo também hinos e material lítero-religioso.

Interessa, sobretudo, a extraordinária descoberta do livro do profeta Isaías, um rolo praticamente intacto pelas condições do esconderijo e para o qual foi erguido um museu em Jerusalém, denominado de Santuário do Livro, que guarda a forma das ânforas e exposto permitindo a sua perfeita leitura.

No Livro, Isaías faz referências às normas antigas e acusa governantes e povo de descumprirem-nas.

A existência desse livro¹², copiado entre 150 a. C. e 100 d. C., é a prova documental (a mais importante descoberta arqueológica até o presente) de um sistema jurídico que iniciado em período tribal e nômade, portanto com tradição oral, torna-se uma codificação, à qual os textos proféticos serão incluídos, e são perfeitamente permeadas por normas de administração pública e seu controle peculiar.

¹² O Livro de Isaías, encontrado em uma caverna do *wadi*, em Qumram, é produto de cópia de um original codificado no séc. V a. C. Muitos dos livros, em forma de rolo, com duas hastes nas extremidades dos manuscritos, que são giradas para desenrolar e permitir a leitura, são cópias dos livros bíblicos, mas outros são próprios da seita essênia, cujo ritual é bastante assemelhado ao do cristianismo primitivo, especialmente pelo despojamento e comunitarismo dos bens, refeições rituais e preocupação com a higiene e saúde.

O rei Josias¹³ tinha mandado codificar esses textos, considerados sob várias faces, religiosa, nacional e jurídica, dando-lhes a conformação pela qual hoje são conhecidos.

O principal princípio inscrito no texto bíblico dos hebreus é a preponderância da lei sobre todas as vontades humanas, do rei ao mais modesto dos pastores. A lei outorgada por Moisés, além da imposição universal, tinha outra característica: a sua imutabilidade.

Isso significava que o rei ou o Sinédrio (em realidade um Conselho de Estado ou Senado) não tinham o poder de alterá-la: ela, a lei, estava posta para ser estudada e cumprida.

Significativamente, o Pentateuco inclui os dez mandamentos, os quais podem ser considerados como fundantes da nação e definidos como a primeira constituição conhecida.

O Deuteronomio, versículos 17, 14 a 20 dispõe:

14 Quando entrares na terra, que te dá o Senhor teu Deus, e a possuíres, e n'ella habitares, e disseres: Porei sobre mim um rei, *assim como teem* todas as gentes que estão em redor de mim:

15 Porás certamente sobre ti como rei aquelle que escolher o Senhor teu Deus: d'entre teus irmãos porás rei sobre ti: não poderás pôr homem estranho sobre ti, que não *seja* de teus irmãos.

16 Porém não multiplicará para si cavalos, nem fará voltar o povo ao Egypto, para multiplicar cavalos; pois o Senhor vos tem dito: Nunca mais voltareis por este caminho.

17 Tão pouco para si multiplicará mulheres, para que o seu coração se não desvie: nem prata nem oiro multiplicará muito para si.

18 Será também *que*, quando se assentar sobre o throno do seu reino, então escreverá para si *um* traslado d'esta lei n'um livro, do *que está* diante dos sacerdotes levitas.

19 E o terá comsigo, e n'elle lerá todos os dias da sua vida; para que aprenda a temer ao Senhor seu Deus, para guardar todas as palavras d'esta lei, e estes estatutos, para fazel-os;

¹³ O rei Josias, por volta do século V a. C., diz a narrativa bíblica, encontrou a arca da aliança com livros de cuja existência havia apenas a tradição oral. Escoimados de material alheio ao judaísmo, são codificados e ordenados; essa versão é a conhecida como Bíblia Hebraica.

20 Para que o seu coração não se levante sobre os seus irmãos, e não se aparte do mandamento, nem para a direita nem para a esquerda: para que prolongue os dias no seu reino, ele e seus filhos no meio de Israel.¹⁴

Em 17, 24, no mesmo livro deuteronomico, onde é narrada a crítica mordaz do profeta Samuel, consta que os hebreus adotam a monarquia, mas o nome do magistrado, como rei, não tem o significado que os outros povos orientais lhe davam.

Para os hebreus, o rei era um homem comum, cuja escolha pelo Sinédrio o tornava um “fiscal” e “executor” da lei.

O escolhido somente será rei por vontade do povo.

O rei não pertencia a nenhuma família privilegiada; o trono não era resultado de um determinismo.

Sua escolha dependia, em primeiro lugar, de “ser um irmão entre irmãos”, o que excluía estranhos ou estrangeiros.

Os hebreus não adotavam o voto amplo e generalizado¹⁵.

A um grupo de sábios, cuja vida pública e privada era irrepreensível, conhecedores das leis e das tradições e que formavam o Sinédrio, competia a eleição.

Fílon de Alexandria, citado por Samuel Belkin¹⁶ entendia que o versículo 33,5 do Deuteronomio (“Houve um rei em Ieshurun,

¹⁴ **BÍBLIA sagrada.** Tradução de João Ferreira de Almeida. Rio de Janeiro: Sociedade Bíblica do Brasil, s.d. p. 193.

¹⁵ Distintamente dos gregos e romanos, a democracia hebraica não se exercia pelo sufrágio. O Sinédrio era formado por pessoas letradas e consideradas justas, aceitas pelo conjunto do povo; seus membros elegiam o rei e tinham controle político, financeiro, tributário e administrativo sobre ele. Quando o rei se deparava com uma situação sob sua competência, mas que lhe faltava conhecimento para decidir, transferia ao Sinédrio a solução.

¹⁶ BELKIN, Samuel. **A filosofia do Talmud.** São Paulo: Exodus/Séfer, 2003. p. 16. Samuel Belkin (1911-1976) nasceu na Polônia, ordenado rabino aos 17 anos. Logo depois, emigrou para os Estados Unidos, recebendo o título de Ph.D. pela Brown University. Sob a sua gestão, a Yeshiva University (para a formação teológica judaica) amplia o ensino para Medicina, Psicologia e Serviço Social, tornando-se a primeira universidade norte-americana fundada pela comunidade judaica. Em 1976, liderou a criação da Faculdade de Direito Benjamin N. Cardozo School of Law, em N. York, como homenagem ao primeiro judeu a integrar a Suprema Corte norte-americana. Seus estudos sobre

quando os chefes do povo se reuniram”)¹⁷, referia-se à escolha de Moisés, o primeiro profeta que se torna rei, pelo conselho dos anciãos.

O Sinédrio formado pelos “chefes”, em realidade, conselheiros de estado, reuniu-se em nome do povo.

A escolha, mesmo não sendo direta, era plenamente legitimada porque obedecia às normas já postas para o próprio conselho.

A escolha dos oficiais e funcionários, assim como os decretos, seguiam a mesma norma, e explicitamente consigna-se a aceitação comunitária para a sua legitimação.

Segundo o historiador Flávio Josefo, assim como para Fílon de Alexandria, referidos por Samuel Belkin¹⁸, esse corpo de práticas públicas (e privadas) sustentado pela lei imutável pode ser conceituado como uma “teocracia democrática”¹⁹.

A função do rei, do Sinédrio e do aparato judiciário era a concretização da justiça.

No Deuteronomio há uma norma paradigmática e esclarecedora (versículo 16,18, como ordem aos que forem eleitos juízes, posteriormente denominados de reis)²⁰:

A justiça e apenas a justiça seguirás; para que vivas e possuas a terra que te dará o Senhor teu Deus²¹.

O versículo, composto de força poética, impõe a condição nacional ao povo hebreu. Sua terra onde viverá e dela será

o Talmude levaram Belkin aos textos de Flávio Josefo, cuja denominação de “teocracia democrática” é, pela primeira vez, cunhada por Fílon de Alexandria e adotada por Josefo.

¹⁷ **BÍBLIA sagrada.** Tradução de João Ferreira de Almeida. Rio de Janeiro: Sociedade Bíblica do Brasil, s.d. p. 210.

¹⁸ *Ibid.*, p. 17.

¹⁹ Flávio Josefo e Fílon de Alexandria cognominam, comparando o corpo jurídico hebreu ao grego e ao romano, como um corpo denominado de teocracia democrática. Conquanto se atribua origem divina à lei (ela é imutável para os governantes) ao mesmo tempo ela é igualitária.

²⁰ BELKIN, Samuel. **A filosofia do Talmud.** São Paulo: Exodus/Séfer, 2003. p. 16-17.

²¹ **BÍBLIA sagrada.** Tradução de João Ferreira de Almeida. Rio de Janeiro: Sociedade Bíblica do Brasil, s.d. p. 193.

possuidor dependerá da condição de ser justo, efetivar a justiça e somente a ela se dedicar.

A norma, uma exortação positiva aos juízes, primeira denominação dos governantes, tem o sentido de que a justiça é a finalidade do próprio poder, sem o qual a nação não se estabelece na terra, nela não viverá e dela não será possuidora.

Praticar a justiça, como imposição aos governantes, resultava na garantia afirmada como outorga divina de ter o elemento nacional plenamente configurado²².

Ao povo, portanto, cabia penalizar, por seus juizes quando os mandatários a justiça e apenas a justiça não seguiam.

O destinatário da justiça era o próprio povo, quando ela não era efetiva, na penalização não era apenas contra o injusto, mas tinha o significado muito mais amplo quanto à sua própria identidade e história nacional.

O povo, nessas condições, jamais aceitaria manter-se governado por um juiz que descumprisse essa norma. Ela, como a liberdade e a igualdade, era essencial ao povo.

Esses princípios nascem com a constituição da nação e são a sua base nacional.

Perpassa dos textos bíblicos o primeiro dos direitos humanos: o direito à vida, mantido e garantido pela lei por um peculiar sistema de igualdade (democracia), escolha do rei (república) e que para a concretização do direito de liberdade.

Aos hebreus era vedada a escravidão dos seus iguais e rigidamente regradada para os estrangeiros.

Incluía-se, em relação aos escravos a determinação de tratamento sem tirania, repouso semanal, tratamento no âmbito familiar. Aliás, pode-se indagar sobre a palavra "eved", como escravo, mas também aquele que trabalha, assim como em

²² O corpo jurídico hebreu é também a crônica da formação nacional do povo e a essência desse corpo é a prática da justiça.

inúmeras passagens o povo hebreu é cognominado de "eved" de Deus.

A escravidão tinha tempo fixado e os escravos eram libertados aos anos sabáticos.

Suas práticas públicas e privadas, emolduradas de ideologia religiosa, encimadas pela liberdade, fez com que Ambrogio Donini²³, surpreendido, afirmasse, quanto à vedação de escravidão entre os hebreus que “esta é uma norma judaica que não tem comparação na Antiguidade”.

Fixou um dia da semana para descanso absoluto das pessoas, cessando toda a atividade, especialmente as que envolvessem trabalho ou lides com a natureza, estabeleceu normas relativas à proteção das viúvas, órfãos, pobres e hospitalidade com os estrangeiros.

A cada sete anos (sabáticos) os escravos e as dívidas eram liberados e a cada cinquenta ano (jubilares) todas as propriedades sobre a terra e as dívidas fundiárias eram extintas.

O sistema ainda previa proteção aos estrangeiros, fugitivos e escravos foragidos, mediante a cidade de refúgio. Igual refúgio era

²³ DONINI, Ambrogio. **Breve história das religiões**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1965. p. 150.

Donini utiliza abordagem marxista com método dialético. Sua observação denotando surpresa quanto à proibição de escravidão entre os hebreus, reconhecendo nesta norma um valor que a caracterizava como exceção entre os povos antigos mereceu do autor uma citação face à relevância das suas observações. Acresce Donini (ainda na página 150 da obra referida): “Na vida do povo hebreu, pelo menos no que se refere aos membros do mesmo grupo, a escravidão não teve um peso capaz de torná-la um fator determinante e socialmente importante; e isso contribuiu para o surgimento em Israel de um poderoso sentimento de solidariedade nacional, acima das próprias considerações de classe, reforçado posteriormente pelos desastres militares, pelo exílio e pelas perseguições raciais. Mas a explicação disso não deve ser procurada em motivos particulares de índole moral ou religiosa. Trata-se da sobrevivência de leis e costumes que remontam ao período inicial da história de Israel, quando predominavam as regras de uma vida nômade e pastoril”. Ao que acresce o autor: perfeitamente conservadas e observadas quanto à nação atinge um grau mais elevado de organização política e social. Não se conhece registro de um conjunto tão extenso e elaborado de normas que tenham atravessado um período primitivo pastoral e nômade e mantidas quando a sociedade se torna urbana.

destinado aos acusados de crime capital não-doloso, enquanto não fosse julgado em sua nação.

Na cidade era escolhido um local onde aqueles que necessitavam proteção eram acolhidos, com sua família, bens e seus livros.

O simbolismo da instituição é paradigmático: fugitivos ou exilados, estrangeiros em terras estranhas, a Lei determinava que eles se lembrassem eternamente de que "foram estrangeiros e escravos no Egito", agindo assim em solidariedade para com aqueles que buscavam abrigo.

A Lei determinava haver para os hebreus e estrangeiros uma única e mesma Lei, com a mesma sentença para o nacional ou o estrangeiro que imigrou à terra.

Os direitos humanos determinavam a realização da justiça e o direito a um processo justo.

São inúmeras as exortações, dos profetas, inclusive relativas à integridade dos juízes. Ninguém seria condenado à pena capital por maioria simples, tampouco por unanimidade. Os juízes eram escolhidos, requisitados e pagos pelo valor que haviam deixado de ganhar nas suas atividades rotineira, apenas pelo tempo necessário ao processo. A sacralidade resultava em que a palavra "Elohim" (Deus em hebraico) tinha o mesmo significado para Deus e os juízes.

Eles estão no Deuteronômio, 16,18 a 20:

Deveres dos juízes

18 Juízes e officiaes porás em todas as tuas portas que o Senhor teu Deus te der entre as tuas tribos, para que julguem o povo com juízo de justiça.

19 Não torcerás o juízo, não farás acepção de pessoas, nem tomarás peitas; porquanto a peita cega os olhos dos sábios, e perverte as palavras dos justos.

20 A justiça, a justiça seguirás; para que vivas, e possuas a terra que te dará o Senhor teu Deus.²⁴

²⁴ **BÍBLIA sagrada.** Tradução de João Ferreira de Almeida. Rio de Janeiro: Sociedade Bíblica do Brasil, s.d. p. 192-193. Quando o texto bíblico, no versículo 20 diz: "A justiça, a justiça seguirás;" além da

No âmbito do direito humano ao trabalho, as normas sobre a jornada, remuneração e pagamento justo ao jornaleiro, assim como a rigidez do direito ao pagamento no prazo eram valores adotados como igualmente divinos.

A solidariedade era reforçada por práticas obrigatórias, como alimentar os pobres, acolhê-los nas datas festivas, ceder-lhes o "canto do campo", onde pudessem criar e cultivar em destinação ao seu sustento.

A tributação era dividida em contribuição ao templo e aos sacerdotes, assim como o pagamento de parte do tributo diretamente aos pobres e necessitados, o que se realizava periodicamente nas portas das cidades.

No ano jubilar todas as propriedades retornavam aos seus antigos donos: isso evitava a excessiva acumulação de propriedades.

Quando Moisés divisa Canaã, mas nela não entra, decide dividir a terra entre as tribos, como a primeira experiência conhecida de reforma agrária. O fundamento: O Senhor era o criador de tudo, portanto, o domínio lhe pertencia, sejam as terras, os animais, as plantações, os rios, enfim tudo que estivesse acima, sobre ou abaixo da terra e das águas. O Homem é hóspede divino na terra segundo a constituição dos hebreus.

Os direitos humanos - de políticos a individuais, centravam o sistema jurídico dos hebreus.

Eles atravessam suas fronteiras, mesmo porque eram proclamados para todas as nações e todos os homens e resultam na adoção posterior pelos povos mais desenvolvidos, como os atenienses e os romanos.

Flávio Josefo, com a autoridade de historiador contemporâneo do povo hebreu, exercendo importantes funções públicas e último

preciosa forma poética, a repetição (tantas vezes utilizadas) de uma palavra dá-lhe um sentido de cogência. No texto acima, a palavra justiça é repetida para demonstrar o imperativo aos juízes. Ao mesmo tempo, a forma impressiona como cântico.

general hebreu a enfrentar o invasor romano, vencido em 70 d. C., no seu Livro Segundo, “Resposta às críticas de Ápio”, registrou:

Eu digo, pois, que aqueles que por seu amor pelo bem público estabeleceram leis para o regimento dos costumes são muito mais estimáveis do que os que vivem sem ordem e disciplina. Assim, todos devem conformar-se com as mesmas, não fazer novas leis, pela vaidade de passar por criadores e não por imitadores. O dever do legislador consiste em nada ordenar que não seja justo, e cujo uso seja útil aos que observam as causas preceituadas; vice-versa o dever dos povos consiste em jamais se afastar delas, nem na prosperidade nem na adversidade.

Ora, eu digo que nosso legislador, em antiguidade, precede a Licurgo, a Solon, a Zaleuco de Locres e a outros, tanto antigos como modernos de quem os gregos tanto se ufanam e que o nome de lei entre eles não era conhecido outrora, como parece, pois, Homero nunca o usou. Os povos eram governados por máximas e ordens dos reis, das quais se usavam, segundo a oportunidade, sem que algo houvesse escrito. Mas nosso legislador, que, aqueles mesmos que falam contra nós, não podem negar ser muito antigo, mostrou que ele era um guia provecto de um grande povo, porque depois de lhe ter dado excelentes leis, ele o persuadiu a recebê-las e observá-las inviolavelmente.

[...]

As diversas nações, que existem no mundo, governam-se de maneiras diferentes: Umbras abraçam a monarquia; outras, a aristocracia, outras, a democracia. Mas nosso divino legislador não estabeleceu nenhuma dessas espécies de governo. Escolheu uma república, à qual podemos dar o nome de Teocracia, pois que a fez inteiramente dependente de Deus e ao qual nós consideramos como o único autor de todo bem, que provê às necessidades gerais de todos os homens, Só a Ele recorremos em nossas aflições e estamos persuadidos de que não somente todas as nossas ações lhe são conhecidas, mas do que penetra mesmo todos os nossos pensamentos.

[...]

Não houve poder, por maior que fosse, nem consideração qualquer, que jamais nos pudesse afastar da observância de nossas leis. O único desejo de as conservar e não o de nos engrandecermos, nos fez empreender generosamente grandes

guerras. Nós sofremos com paciência todos os outros males; mas, quando quiseram tocar nessas santas leis, para defendê-las, praticamos atos de valor que parecem superiores às nossas forças, sem que o extremo a que nos vimos reduzidos tivesse podido afrouxar nosso ardor e enfraquecer nossa coragem.

[...]

O que é, porém, muito mais admirável ainda é que, assim como Deus governa o mundo com sua sabedoria e com seu poder, nossa lei age por si, mesmo nos espíritos e nos corações, sem que seja necessário, para fazê-la observar, que se obrigue a quem quer que seja; e aqueles que refletirem no que se passa em seu país e em suas casas, não terão dificuldade em prestar fé ao que estou dizendo. [...] já falei muito difusamente, delas, bem como também da antiguidade de nossa nação e da forma de nossa república na minha história dos judeus; foi somente por necessidade que voltei a fazê-lo agora aqui, sem intenção de censurar os outros, nem de nos louvar, mas somente para mostrar a malícia dos que nos atacam e nos atribuem tantas coisas contrárias à verdade.²⁵

Igual adoção ocorre na Revolução Francesa de 1789, cuja Declaração, e as posteriores adotam a liberdade e a igualdade, assim como a solidariedade (caridade) legada pelos hebreus à civilização ocidental.

O sistema jurídico hebreu, a partir do Pentateuco e dos textos proféticos, interpretado pelos sábios talmudistas (Talmude da Babilônia e Talmude de Jerusalém) e os ensinamentos dos seus preeminentes filósofos - Fílon de Alexandria, Flávio Josefo e Maimônides, são o legado de valores normatizados encontrados também na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.

Conclusão

Ao longo desse trabalho buscou-se emoldurar e demonstrar que os direitos humanos inscritos na DECLARAÇÃO UNIVERSAL

²⁵ JOSEFO, Flávio. **História dos Hebreus**. Obra completa. Rio de Janeiro: CPAD, 1990. p. 734-735, 740-741.

DOS DIREITOS HUMANOS DE 1948, proclamada pela Organização das Nações Unidas para todas as nações, tem um cenário de revelação documentado historicamente da barbárie ocorrida durante a II^a Guerra Mundial: 2.000 campos de concentração, trabalho escravo ou extermínio, além do assassinato e escravização de eslavos, ciganos, deficientes físicos ou mentais e todos opositores a um insano regime baseado em supremacia racial-ariana instaurado pela Alemanha nazista e seus aliados do Eixo.

Os sobreviventes, as montanhas de cadáveres esqueléticos, as cidades destruídas e 70 milhões de mortos, civis e soldados lançam uma exigência de restauração civilizatória a todas as nações organizadas em Assembleia Geral: uma lei universal para prevenir e evitar a repetição dessa tragédia - para a qual não existem palavras nem poesia possível.

O holocausto de seis milhões de judeus e os genocídios de outros povos e grupos assim como a destruição e assassinatos massivos exigiram uma resposta nova de uma organização nova, que não mais tolerasse a barbárie.

Na elaboração da Declaração, no Palais Chaillot, em Paris, um notável grupo de juristas, democratas e humanistas, valeu-se de profundos conhecimentos de três de seus membros judeus, com destaque para Cassin, partisan e sobrevivente de Auschwitz, sobre a antiguidade hebraica para adotar os valores inscritos na Bíblia Hebraica, nos discursos dos profetas, nas interpretações talmúicas (Talmude da Babilônia e de Jerusalém) assim como na extraordinária compilação, catalogação e organização de 613 preceitos bíblicos na obra do filósofo medieval e cordobês Moses bem Maimon, conhecido por Maimônides.

O primeiro dos direitos humanos dos hebreus afirma que eles estão inscritos na Lei, perene, imutável e insubstituível, obrigatória para o rei, sumo sacerdote e ao mais modesto e humilde dos pastores.

Declara a sacralidade da vida, da liberdade, da igualdade, da caridade.

Também sacraliza a natureza e o meio ambiente, vedando o trabalho no "sabá" para que homens e a natureza tenham seu repouso

Reconhece o direito de exílio e a proteção dos fugitivos e estrangeiros nas "cidades de refúgio".

Veda a escravidão entre os hebreus e inscreve um estatuto de proteção aos escravos, com direitos e liberdade no ano sabático.

Proíbe o acúmulo de propriedades, liberando-as no ano jubilar.

Determina a caridade aos pobres, viúvas e órfãos, com alimentação, um "canto da propriedade", bem como a entrega de uma parte dos tributos diretamente aos necessitados.

Fixa direitos sociais e trabalhistas aos jornaleiros, com salário e repouso semanal.

Esses direitos se realizam, séculos antes da Ágora ou de Roma, sob valores democráticos (o rei era escolhido entre seus iguais) e sob valores republicanos (a lei era imposta a todos e o rei governará com justiça, discrição na vida pessoal, leitura e conhecimento da lei).

Os valores hebreus perpassam, literalmente, tanto a Declaração Francesa de 1789 como a Declaração de 1948.

Um complexo e profundo processo histórico de desenvolvimento de valores, adotados a partir de Atenas e Roma, pelos revolucionários de Paris e, no que se objetiva, na Declaração de 1948 da ONU.

A Declaração de 1948 insere-se nas mais profundas e agudas experiências históricas: adota valores hebreus milenares legados ao ocidente; visa organizar as nações com o compromisso de prevenir e não permitir a repetição da barbárie de 1939-1945 e, por fim, ingressa na História como o diploma explícito de afirmação e defesa dos direitos do homem, em um círculo harmônico e ético, desde tempos imemoriais à atualidade.

Esse processo se filia ao que de mais profundo existe nos direitos do homem: a sua dignidade humana.

Do legado hebreu à afirmação universal dos direitos humanos.

É para comemorar.

Referências

ALTAVILA, Jayme de. **Origem dos direitos dos povos**. 5. ed. São Paulo: Ícone, 1989.

ANCEAU, Eric. O novo regime. **História Viva**, São Paulo: Duetto, Edição Especial Temática, n. 2, p. 57, s.d.

ARMSTRONG, Karen. **A Bíblia**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2007.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito financeiro e de direito tributário**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BELKIN, Samuel. **A filosofia do Talmud**. São Paulo: Exodus/Sêfer, 2003.

BÍBLIA sagrada. Tradução de João Ferreira de Almeida. Rio de Janeiro: Sociedade Bíblica do Brasil, s.d.

BLAY, Abrão; SUCUPIRA FILHO, Eduardo. **Do trabalho à civilização**. São Paulo: Fulgor, 1962.

BLOOM, Harold. **Jesus e Javé**: os nomes divinos. Tradução de José Roberto O'Shea. Rio de Janeiro: Objetiva, 2006.

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

_____. **A teoria das formas de governo**. 9. ed. Brasília: UnB, 1997.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Tradução de Carmen C. Varrialle, Gaetano Lo Mônaco, João Ferreira, Luís Guerreiro Pinto Cacaís e Renzo Dini. 4. ed. Brasília: Unb, 1992.

CANETTI, Elias. **Massa e poder**. São Paulo: Melhoramentos, Brasília: Universidade de Brasília, 1983.

CHOURAQUI, André. **A vida cotidiana: os homens da Bíblia**. São Paulo: Companhia das Letras, 1990.

_____. **Os homens da Bíblia**. São Paulo: Companhia das Letras, 1990.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2001.

CRÜSEMANN, Frank. **A Torá: teologia e história social da lei do Antigo Testamento**. Tradução de Haroldo Reimer. Petrópolis: Vozes, 2001.

DAHL, Robert A. **Sobre a democracia**. Brasília: Universidade de Brasília, 2001.

DONINI, Ambrogio. **Breve história das religiões**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1965.

GILISSEN, John. **Introdução histórica ao Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

GIORDANI, Mário Curtis. **Direito romano**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1991.

GOLDMAN, Lucien. **Dialética e cultura**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1967.

HADAS-LEBEL, Mireille. **Flávio Josefo, o judeu de Roma**. Rio de Janeiro: Imago, 1991.

HOBSBAWN, Eric. **A era das revoluções**. 2. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1985.

_____. **A revolução francesa**. Tradução de Maria Tereza Lopes Teixeira e Marcos Penchel. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1996.

_____. **Ecos da Marselhesa**. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

JOSEFO, Flávio. **História dos Hebreus**. Obra completa. Rio de Janeiro: CPAD, 1990.

LOWENSTEIN, Karl. **Teoria de la Constitución**. Barcelona: Ariel, 1970.

O TALMUD. Tradução, estudos e notas de Moacir Amâncio. Coleção Menorah. São Paulo: Iluminuras, 2000.

OCTAVIANO, Ernomar e GONZÁLEZ, Átila J. **Citações jurídicas na Bíblia** (anotadas). 3. ed. São Paulo: Universitária, 1994.

PINSKY, Jaime e PINSKY, Carla Bassanezi (Org.). **História da cidadania**. 2. ed. São Paulo: Contexto, 2003.

SCLIAR, Wremyr. **Democracia e controle externo da administração pública**. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2007.

TEORIA política. **Cadernos da UnB**, Brasília: Universidade de Brasília, 1979.

TOURAINÉ, Alain. **O que é a democracia**. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1996.

WEIL, Prosper. **O direito administrativo**. Coimbra: Almedina, 1997.

As origens do Estado moderno

*Yuri Restano Machado*¹

1. Introdução.

O ano de 2018 marca o aniversário de 70 anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos. Aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, a declaração foi redigida sob o impacto das atrocidades cometidas durante a Segunda Guerra Mundial. No espírito dos ideais revolucionários franceses a declaração resgata os valores supremos da igualdade, da liberdade e da fraternidade. Dentre o rol de direitos proclamados está o reconhecimento da democracia como único regime compatível com o pleno respeito aos direitos humanos².

A democracia é tratada especificamente no artigo XXI, ao prescrever que todo o homem tem o direito de tomar parte no governo de seu país, diretamente ou por intermédio de representantes livremente escolhidos, que todo homem tem igual direito de acesso ao serviço público do seu país e que a vontade do povo será a base da autoridade do governo e que esta será expressa

¹ Professor de Direito Administrativo e de Direito Constitucional da Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Mestre em Direito Público pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Procurador do Banco Central do Brasil lotado na Procuradoria Regional do Banco Central no Rio Grande do Sul (PRERS). E-mail: yuri.mahcado@bcb.gov.br.

² COMPARATO, Fábio Konder. *Afirmção histórica dos Direitos Humanos*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 246.

em eleições periódicas e legítimas, por sufrágio universal, por voto secreto ou processo equivalente que assegure a liberdade do voto. O tema ainda é abordado na alínea 2 do artigo XXIX, onde consta que no exercício de seus direitos e liberdades, todo homem 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 às justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática.

Em alusão à data comemorativa da Declaração, o texto que segue tratará do processo de institucionalização e racionalização do poder político, o qual se deu através do processo de formação do que se convencionou chamar de Estado Moderno. A partir de alguns recortes históricos, faremos o resgate das principais etapas de formação do Estado Moderno e, com isso, apresentaremos os elementos que marcaram a passagem do poder de fato para o poder baseado no direito.

Dividido em três partes, o presente estudo apresenta um capítulo preliminar em que será abordada a institucionalização do poder, com especial enfoque para o fenômeno político e para o problema conceitual do termo Estado. Na sequência será feita uma análise sobre a Idade Média, correspondendo ao período em que o Estado Moderno foi “gestado”. É nesse período que são lançadas as sementes que gerarão os frutos colhidos na Idade Moderna. Esta, por sua vez, será abordada no capítulo final, em que se tratará do “nascimento” do Estado Moderno, um Estado que nasce absolutista, mas que se faz de Direito, num processo de constante avanço e transformação.

Dadas as limitações próprias do estudo, o texto encerra na “primeira infância” do fenômeno estatal. Terminamos com algumas referências ao absolutismo. O Estado Liberal, o Estado Social, o Estado Democrático e o Estado de Direito, para citar algumas das formas alcançadas pelo fenômeno estatal, não serão abordados no presente trabalho.

2. A institucionalização do poder

a) Considerações preliminares

Forma usual de organização política na atualidade, o Estado é ao mesmo tempo uma ideia e um fato, uma abstração e uma organização. Ainda que não se mostre como uma realidade concreta, sua presença é uma constante³. Nada obstante a naturalidade com que nos deparamos hoje com tal situação, importante assinalar que se trata de um fenômeno que pode ser delimitado no tempo e no espaço. Como assinala Giorgio Del Vecchio, o Estado não é um fenômeno social constante e permanente, senão uma forma histórica transitória. A palavra “Estado” não indica uma categoria histórica de validade universal⁴. Seu surgimento operou-se num determinado momento e num dado espaço geográfico⁵.

Fruto de uma lenta e gradual evolução, a história do fenômeno estatal está diretamente relacionada com a institucionalização da vida política. Trata-se do processo constante de regulação do exercício do poder. As relações sociais primitivas, amparadas na força física, aos poucos foram sendo substituídas por regramentos mais complexos de disciplina social. A repetição de comportamentos, que se opera de maneira quase instintiva, deu origem à tradição e ao costume⁶. Com o passar do tempo, na busca por maior segurança jurídica, o costume deu lugar à norma escrita,

³ ARDANT, Philippe. *Institutions Politiques et Droit Constitutionnel*. 11. ed. Paris: L.G.D.J., 1999, pp. 17-18.

⁴ DEL VECCHIO, Giorgio. *Teoría del Estado*. Barcelona: Bosch, 1956, p. 29.

⁵ O que tratamos aqui como Estado Moderno é um fenômeno originariamente europeu. O tempo e a expansão europeia serão elementos difusores desse modelo específico de organização política. A propósito, ver MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo I. 6. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, pp. 63-64.

⁶ Como ensina o professor Castanheira Neves, o costume converte-se numa “segunda natureza”, afastando a ideia de criação e modificação no nível da consciência explícita, pois passa a identificar-se com o próprio ser (NEVES, A. Castanheira. “Fontes do Direito”. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Estudos em homenagem aos profs. Doutores M. Paulo Merêa e G. Braga da Cruz*. Vol. LVIII, 1982, p. 184).

cuja última etapa evolutiva é representada pelas constituições modernas⁷.

b) O poder político

Toda a sociedade se organiza a partir de um ideal de vida comum, que floresce num estado de consciência nascido da solidariedade pela qual seus membros se sentem unidos. Todavia, ela não pode viver e transformar-se numa realidade histórica se não for estimulada por um impulso que desencadeia e controla os movimentos sociais. Esta força que faz mover a teia social é o “poder político”. Poder e sociedade nascem juntos. Entretanto, não se trata de encará-los como institutos em oposição, como um aspecto da antítese liberdade *versus* autoridade. O poder é uma condição da ordem e a liberdade não é possível sem a ordem. O poder político é fenômeno social por excelência. De uma parte, porque não se concebe o poder fora da sociedade e, de outra, pelo fato de que sem um poder propulsor, uma sociedade é um corpo inerte, próximo do seu declínio⁸.

Inserido em tal sistemática, o Estado surge como o ente que produz a despersonalização do poder político. Como titular abstrato do poder, o Estado substitui a figura do governante enquanto tal. Como assinala Georges Burdeau, o Estado é o titular abstrato e permanente do poder, cujos governantes não são mais que agentes de exercício essencialmente passageiros⁹. Com a ideia de Estado surge a noção de impessoalidade na prerrogativa do exercício do poder político. Ele não pertence a nenhuma pessoa em particular, senão ao próprio Estado. Além do elemento de impessoalidade, que associa o poder ao Estado e não ao governante enquanto tal, a sua institucionalização também implica em estabilidade: o exercício do

⁷ ARDANT, Philippe. Ob. cit., p. 9.

⁸ BURDEAU, Georges. *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*. 16. ed. Paris: L.G.D.J., 1974, p. 11.

⁹ Idem, p. 13.

poder é perene – as pessoas passam, o Estado fica. A institucionalização do poder é elemento básico para a compreensão do fenômeno político em geral e do Estado Moderno em particular.

O Estado, enquanto fenômeno político de abrangência universal, territorialmente concentrado e unitário, fruto de racionalização da gestão do poder, é forma de organização política que irrompe no cenário histórico com a modernidade. Dotado de peculiaridades que lhe distinguem das demais organizações sociais, o Estado, tal qual o conhecemos nos dias de hoje, com os alicerces que lhe servem de elementos básicos de sustentação, surgiu como um fato territorial e historicamente datado: trata-se de um fenômeno europeu e moderno. Tal afirmação ganha algum tipo de relevância científica quando esclarecemos que o critério metodológico levado a efeito para se chegar a tal conclusão é o método histórico-crítico, entendido este como “método destinado a dar ao fenômeno que se quer estudar a necessária espessura conceitual”, bem como “a marcar as exatas fronteiras dentro das quais se pode utilizar homogeneamente tal conceito.”¹⁰ Por ora, eis nosso propósito: identificar e isolar o nosso objeto de estudo.

c) O problema conceitual

Conceituar o Estado é tarefa árdua. Plena razão assiste a Santi Romano quando menciona que o conceito de Estado é dos mais controvertidos, não só porque se imiscui com outros não menos incertos, mas principalmente pelo fato de que se trata de instituto de extrema complexidade¹¹. Nesse sentido, considerando que, por vezes, se utiliza o mesmo termo para identificar realidades distintas, oportuno que se esclareça qual o “tipo” de Estado estamos a referir. Essa é a razão pela qual optamos pela expressão composta “Estado

¹⁰ SCHIERA, Pierangelo. Verbete: “Estado Moderno”. In: BOBBIO, Norberto. MATTEUCCI, Nicola. PASQUINO, Gianfranco. [Orgs.] *Dicionário de Política*. Vol. I. Trad. de Carmen C. Varriale et al. 7. ed. Brasília: UnB, 1995, p. 425.

¹¹ ROMANO, Santi. *Princípios de Direito Constitucional Geral*. São Paulo: RT, 1977, p. 59.

Moderno”. O adjetivo que segue ao substantivo afasta quaisquer ilações sobre formas estatais distintas daquela, tais quais, “Estado Grego” ou “Estado Romano”¹². Como pretendemos deixar claro, estamos a tratar de um espécime de fenômeno forjado, aproximadamente, ao longo dos séculos XIII e XVIII. Como diz Pierangelo Schiera, é algo que “nos aparece como uma forma de organização do poder historicamente determinada e, enquanto tal, caracterizada por conotações que a tornam peculiar e diversa de outras formas, historicamente também determinadas e interiormente homogêneas, de organização do poder.”¹³

Nada obstante os diversos posicionamentos existentes, o debate em referência não tem certo ou errado. A questão fundamental é estabelecer as bases para o que se compreende por Estado. Se tomarmos como referência o Estado atual, sua origem remonta ao fim da Idade Média e início da Idade Moderna. Um Estado baseado num povo, num território e sujeito a um governo soberano é criação da modernidade¹⁴.

Não resta dúvida de que o termo “Estado” ganhou projeção com o prestígio adquirido pela obra de Maquiavel, “O Príncipe”¹⁵.

¹² Propugnando pela existência de um Estado Oriental, Grego, Romano e Medieval, Georg Jellinek (JELLINEK, Georg. *Teoría General del Estado*. México: Fondo de Cultura Económica, 2000, pp. 282 e segs.) e Dalmo de Abreu Dallari (DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoría Geral do Estado*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 68 e segs.). Em sentido contrário, Mario de la Cueva (CUEVA, Mario de la. *La idea del Estado*. 5. ed. México: Fondo de Cultura Económica, 1996, pp. 17 e segs.).

¹³ SCHIERA, Pierangelo. Verbete: “Estado Moderno”. Ob. cit., pp. 425-426. Eis a lição de Hermann Heller: “Para compreender lo que há llegado a ser el Estado actual no es preciso, (...) rastrear sus ‘predecesores’ hasta tempos remotos, cuando no hasta la época primitiva de la humanidad. Siempre que se intento hacer tal cosa, se desatendió, em general, aquello que a nuestro objeto principalmente interessa: la consciéncia histórica de que el Estado, como nombre y como realidade, es algo, desde el punto de vista histórico, absolutamente peculiar y que, en nesta su moderna individualidade, no puede ser trasladado a los tiempos passados.” (HELLER, Hermann. *Teoría del Estado*. 12. reimpr. México: Fondo de Cultura Económica, 1987, p. 141)

¹⁴ DALLARI, Dalmo de Abreu. Ob. cit., pp. 81 e segs.; ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. *Teoría Geral do Estado*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, pp. 33 e segs.; GROPPALI, Alexandre. *Doutrina do Estado*. São Paulo: Saraiva, 1962, pp. 109 e segs.

¹⁵ Assim dispõe a célebre obra de Maquiavel: “Todos os Estados, todos os domínios que tem havido e que há sobre os homens foram e são repúblicas ou principados. Os principados ou são hereditários, cujo senhor é príncipe pelo sangue, por longo tempo, ou são novos, como Milão com Francesco Sforza, ou são como membros acrescentados a um Estado que um príncipe adquire por herança, como o reino

Todavia, isso não significa que a palavra foi introduzida pelo pensador florentino. Pesquisas apontam para o fato de que em períodos anteriores já ocorrera a alteração de significação do termo *status*, passando de “situação” para “Estado”, na acepção moderna da palavra. Tal teria decorrido, possivelmente, do isolamento do primeiro termo da clássica expressão *status rei publicae*. Certo, porém, é que a ampla divulgação e aceitação da obra de Maquiavel foi determinante na consagração do termo que, pouco a pouco, foi substituindo os termos tradicionalmente utilizados para designar a máxima organização de um grupo de indivíduos sobre um território e em virtude de um poder de comando¹⁶. Paulatinamente, o Estado foi deixando para trás a *polis*, a *civitas* e a *res publicae*. Realidades distintas tratadas de formas distintas.

Pois bem, o problema relativo ao nome “Estado”, como bem assinala Norberto Bobbio, não teria maiores repercussões e não ensejaria maiores digressões se a introdução do novo termo não tivesse conduzido ao debate de saber se ele corresponderia à busca por uma maior “clareza lexical” ou representaria mais uma necessidade advinda de uma nova realidade, qual seja, “a realidade do Estado precisamente moderno, a ser considerado como uma forma de ordenamento tão diverso dos ordenamentos precedentes que não podia mais ser chamado com os antigos nomes.”¹⁷ O questionamento que emerge é o seguinte: teria existido Estado antes da modernidade? A resposta para essa pergunta vai depender exclusivamente dos critérios utilizados para a definição de Estado. Nesse sentido, oportuna a lição de Bobbio de que sejam quais forem os argumentos favoráveis ou contrários à continuidade de uma determinada organização política da sociedade, a questão de saber

de Nápoles ao rei de Espanha. Estes domínios assim adquiridos são, ou acostumados à sujeição a um príncipe, ou são livres, e são adquiridos com tropas de outrem ou próprias, pela fortuna ou pelo mérito.” (MAQUIAVEL, Nicolau. *O Príncipe e Escritos Políticos*. São Paulo: Nova Cultural, 1996, p. 33)

¹⁶ BOBBIO, Norberto. *Estado, governo, sociedade. Por uma teoria geral da política*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987, pp. 65-66.

¹⁷ BOBBIO, Norberto. Ob. cit., p. 67.

se o Estado sempre existiu ou surgiu em dada época é algo cuja resposta depende exclusivamente do entendimento acerca do que vem a ser o Estado. “A escolha de uma definição depende de critérios de oportunidade e não de verdade. Sabe-se que quanto mais numerosas são as conotações de um conceito tanto mais se restringe o campo por ele denotado, isto é, a sua extensão.”¹⁸ Seguindo essa linha, sobressai que o verdadeiro problema a ser enfrentado, então, não é o de saber se o Estado nasce com a Era Moderna, mas sim o de saber quais as semelhanças e diferenças existentes entre o Estado Moderno e as sociedades políticas precedentes e, a partir daí, saber se devem ser postas umas em detrimento de outras, independentemente da nomenclatura utilizada¹⁹.

Em sendo assim, na busca pela identidade do Estado Moderno, Luciano Gruppi destaca que tal formação histórica apresenta dois elementos que a diferem dos Estados do passado, ausentes, por exemplo, nas organizações políticas grega e romana. As referências são à autonomia, a qual não permite que sua autoridade dependa de nenhuma outra, e à distinção entre Estado e sociedade civil. “O Estado torna-se uma organização distinta da sociedade civil, embora seja expressão desta.”²⁰

Não fosse isso suficiente, há uma terceira característica que diferencia o Estado Moderno das organizações existentes no período medieval. “O Estado Medieval é propriedade do senhor, é um Estado patrimonial: é patrimônio do monarca, do marquês, do conde, do barão, etc. O senhor é dono do território, bem como de tudo que nele se encontra (homens e bens); pode vendê-lo, dá-lo de presente, cedê-lo em qualquer momento, como se fosse uma área de caça reservada.”²¹ Já no Estado Moderno, “existe uma identificação absoluta entre o Estado e o monarca, o qual representa a soberania

¹⁸ Idem, p. 69.

¹⁹ Idem, p. 69.

²⁰ GRUPPI, Luciano. *Tudo começou com Maquiavel*. 15. ed. Porto Alegre: L&PM, 2000, p. 10.

²¹ Idem, p. 10.

estatal.”²² Semelhante entendimento expressa Eduardo Kroeff Machado Carrion ao esclarecer que o Estado Moderno representa, no plano histórico, o momento em que se deu a institucionalização do poder político. Diz ele que, em certo sentido, o político destaca-se da sociedade, concentrando-se numa esfera distinta. Instaure-se aí a clássica dicotomia entre Estado e Sociedade, “interiorizada no indivíduo pela separação entre o homem e o cidadão.”²³ Possível falar, pois, como o fazem Lenio Luiz Streck e José Luiz Bolzan de Moraes, que com o Estado Moderno opera-se a chamada dominação legal-racional²⁴.

Ainda a propósito da distinção entre as formas históricas de sociedade política, Georg Jellinek menciona que esta diferenciação se mostra mais significativa quando se toma por base a situação do indivíduo frente ao Estado. Diz o professor da Universidade de Heidelberg que na Antiguidade faltava a consciência clara de uma exigência jurídico-positiva para que se reconhecesse ao particular uma esfera de liberdade perante o Estado. Na época moderna, ao contrário, inclusive quando reinou o absolutismo, jamais deixou de existir a convicção de que o indivíduo era um ser de direitos frente ao Estado e que, portanto, haveria de ser reconhecido moral e juridicamente por este²⁵.

Jorge Miranda assinala que o Estado moderno de tipo europeu possui características muito próprias²⁶:

(a) é um Estado nacional, tendendo a corresponder a uma comunidade histórica de cultura;

²² Idem, p. 10.

²³ CARRION, Eduardo Kroeff Machado. *Apontamentos de Direito Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 62.

²⁴ STRECK, Lenio Luiz. MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 26.

²⁵ JELLINEK, Georg. Ob. cit., p. 315.

²⁶ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo I. 6. ed. Coimbra: Coimbra, 1997, pp. 63-64.

- (b) secular ou laico, onde o poder temporal e o poder espiritual se afirmam como esferas distintas; e
- (c) soberano, poder supremo que se impõe às resistências internas e firma a autonomia externa.

Os Estados europeus combinariam, em certa medida, as virtudes das sociedades políticas da antiguidade, os impérios e as cidades-estados. “Seriam suficientemente vastos, mas conseguiriam envolver no processo político uma boa parte de seus habitantes e criar um certo sentido de identidade comum.”²⁷

Na busca por uma síntese, podemos dizer que o Estado Moderno é uma organização política fundada no exercício central e racional do poder, dotada de soberania que se estende por sobre um determinado território e sobre um grupo também determinado de pessoas. Esses os seus elementos de composição: soberania/governo autônomo, território e povo.

Uma vez identificado o que chamamos de Estado Moderno, cumpre-nos a tarefa de situá-lo historicamente, apontando os fatos decisivos na sua formação. Tal intento tem por objetivo assinalar o momento de transformação da sociedade política. Importante tentar compreender o que conduziu a passagem da sociedade medieval para a sociedade moderna e, conseqüentemente, das estruturas políticas da Idade Média para o Estado Moderno.

3. A idade média e a “gestação”

a) Um pouco sobre a Idade Média

Embora não seja possível estabelecer uma data precisa para o nascimento do Estado Moderno, trata-se de instituto forjado e consolidado ao longo da Idade Média. Para que possamos melhor compreendê-lo, oportuno que façamos uma reflexão, ainda que

²⁷ Idem, pp. 63-64.

breve, sobre esse período tão conturbado e ao mesmo tempo extremamente rico da história universal.

A Idade Média, de uma maneira geral, tem sido dividida pelos historiadores em dois momentos distintos. Um primeiro, que vai do século V ao século X, denominado Alta Idade Média, e outro, que se fixou entre os séculos X e XV, chamado Baixa Idade Média. As expressões “Idade Média” e “Idade Moderna” são criações do pensamento renascentista, datadas do século XV, com conteúdo tipicamente pejorativo, numa clara demonstração de desprezo em relação ao mundo feudal. Foi com o Renascimento que se concebeu a Idade Média como “uma longa noite de mil anos”, a “Idade das Trevas” em que a cultura clássica sucumbiu após a queda do Império Romano. Na prática esse desprezo diz respeito tão somente à adoção de novos valores culturais, em nítida contraposição àqueles até então vigentes²⁸.

Característica fundamental da Idade Média, o feudalismo representou uma forma peculiar de estrutura que envolvia aspectos econômicos, sociais, políticos e culturais. O feudalismo começou a se formar a partir das profundas transformações decorrentes da queda do Império Romano do Ocidente e das invasões bárbaras, tendo

²⁸ Jean Delumeau inicia seu estudo sobre o período renascentista com a seguinte passagem: “A nossa compreensão do período que vai de Filipe, o Belo, a Henrique IV ficaria muito facilitada se fossem suprimidos dos livros dois termos solidários e solidariamente inextricáveis: ‘Idade Média’ e ‘Renascentismo’. Com isso se abandonaria todo um conjunto de preconceitos. Ficar-se-ia, especialmente, livre da ideia de ter havido um corte brusco que veio separar uma época de luz de um período de trevas.” (DELUMEAU, Jean. *A Civilização do Renascimento*. Vol. I. Lisboa: Editorial Estampa, 1994, p. 19) Acerca da visão que os renascentistas e iluministas tinham da Idade Média, explica Hilário Franco Júnior: “Admirador dos clássicos, o italiano Francesco Petrarca (1304-1374) já se referia ao período anterior como *tenebrae*: nascia o mito historiográfico da Idade das Trevas. Em 1469, o bispo Giovanni Andrea, bibliotecário papal, falava em *media tempestas*, literalmente ‘tempo médio’, mas também no sentido figurado de ‘flagelo’, ‘ruína’. A ideia enraizou-se quando em meados do século XVI Giorgio Vasari, numa obra biográfica de grandes artistas do seu tempo, popularizou o termo ‘Renascentismo’. Assim, por contraste, difundiram-se em relação ao período anterior as expressões *media aetas*, *media antiquitas* e *media tempora*.” (FRANCO JR. Hilário. *A Idade Média: o Nascimento do Ocidente*. São Paulo: Brasiliense, 2006, p. 11) No mesmo sentido Armindo Trevisan: “As expressões *medium tempus* ou *media tempora*, traduzidas por *Idade Média*, procedem do poeta Petrarca e dos humanistas italianos do século XIV. A expressão, em si, é atribuída ao bibliotecário pontifício Giovanni Andrea, que distinguia ‘os antigos da Idade Média dos modernos de nosso tempo.’” (TREVISAN, Armindo. *Uma viagem através da Idade Média: o que a Europa deve à Idade Média*. Porto Alegre: AGE, 2014, p. 26)

alcançado seu apogeu na Alta Idade Média. O seu declínio teve início no século X e se estendeu até o século XV. Foi nesse ambiente histórico que se estruturou o Estado Moderno, exatamente como reação a um conjunto de forças sustentadas pelo sistema agrário-feudal. O fortalecimento de um poder central foi fundamental para romper as amarras que suportavam uma estrutura voltada exclusivamente para o poder exercido em face da propriedade rural. Como já assinalado anteriormente, o Estado Moderno é fruto de um processo histórico que remonta ao final do século XII e início do século XIII. É a partir desse momento que alguns grandes senhores de terras, bem como alguns reis, conseguem reforçar seu poder. O fortalecimento deste poder, no dizer de John Gilissen, “tendente para a soberania”, vai implicar no conseqüente enfraquecimento do sistema feudal²⁹.

A Idade Média foi marcada por complexas relações que envolviam, no plano externo, controles supranacionais, como o exercido pelo Sacro Império e a influência temporal do papado, e, no plano interno, o poder exercido pelos principados territoriais constituídos com base em intrincadas relações feudo-vassálicas. Nesse período começaram a surgir, progressivamente, instituições que, fundadas sob uma determinada base territorial, reuniam grupos etnicamente homogêneos³⁰. Aos poucos foram sendo fixados os pilares sobre os quais se ergueria o “novo” Estado³¹.

b) O feudalismo

A sociedade feudal era uma sociedade estratificada, dividida em classes bem definidas e fundada numa intrincada teia de relações

²⁹ GILLISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986, p. 130.

³⁰ THIREAU, Jean-Louis. *Introduction historique au droit*. Paris: Flammarion, 2001, pp. 154-155.

³¹ Como explicou Paolo Grossi, no período medieval tínhamos uma sociedade sem Estado (“A Society Without State”). Nesse sentido: GROSSI, Paolo. *A History of European Law*. Wiley-Blackwell: Chicester (UK), 2010.

obrigacionais baseadas no costume³². Em realidade, o senhor feudal, tal qual o servo, também não era proprietário da terra, mas um mero arrendatário. O servo, aldeão ou cidadão, a base da pirâmide social, arrendava sua terra do senhor do feudo que, por sua vez, arrendava a terra de um conde e, este, na mesma linha, já arrendara de um duque que, por seu turno, arrendara do rei. Casos há em que um rei era arrendatário de outro rei³³. A nobreza que mantinha terras em troca de serviço militar, fazia a concessão dessas mesmas terras a outros em idênticas condições. Os direitos e deveres convencionados podiam variar conforme o local em que eram firmados. Contudo, na Europa ocidental e em grande parte da Europa central os pactos reproduziam um rol de obrigações e, como tal, alcançavam um alto grau de uniformidade na cadeia de mando e obediência. Os arrendatários não tinham plenos poderes sobre a terra arrendada. Nas hipóteses de sua transferência era necessário obter a autorização dos seus respectivos senhores e pagar certos tributos. Assim como o herdeiro das terras arrendadas a um serviço tinha que pagar uma taxa ao senhor do feudo ao tomar posse de sua herança, também o herdeiro de um senhor tinha que pagar uma taxa de herança ao seu senhor imediato. No caso de falecimento de um arrendatário sem herdeiros com idade suficiente para entrar na posse da herança, era atribuição do senhor tomar conta da terra até que implementasse a condição de alcance da maioridade. A tese era

³² Explica Leo Huberman: “As obrigações que os servos tinham para com os senhores, e as que o senhor devia ao servo – por exemplo, proteção em caso de guerra – eram todas estabelecidas e praticadas de acordo o costume. Acontecia, sem dúvida, que às vezes o costume era transgredido, tal como, hoje em dia, as leis. Uma briga entre dois servos seria resolvida no tribunal do senhor – de acordo com o costume. Uma briga entre servo e senhor tendia sempre a ser solucionada favoravelmente ao senhor, já que este podia ser o juiz da disputa. Não obstante, houve casos em que um senhor, que frequentemente violava os costumes, era chamado a se explicar, por sua vez, a seu senhor imediato. Esse fato se verificava particularmente na Inglaterra, onde os camponeses podiam ser ouvidos no tribunal real.” (HUBERMAN, Leo. *História da riqueza do homem*. 21. ed. Rio de Janeiro: LTC, 1986, p. 9)

³³ HUBERMAN, Leo. Ob. cit., p. 9.

de que o herdeiro menor não teria capacidade para cumprir com suas obrigações.³⁴

Explica-se o surgimento de um sistema dessa natureza pelo fato de que a crise instaurada pela queda de Roma fez com que se desestabilizasse o quadro social então fixado. O caos decorrente das invasões bárbaras gerou uma enorme insegurança na população e praticamente aniquilou a estrutura econômica sob a qual se fundava o Império. A dificuldade no trânsito de mercadorias, a falta de estradas e rotas seguras para os mercadores, fez com que o poder econômico migrasse para a terra. Dela a população extraía praticamente tudo o que necessitava. Houve uma supervalorização da propriedade rural e, conseqüentemente, a concentração do poder político nas mãos do titular do imóvel. Tendo em vista o poder outorgado ao senhor feudal, não havia uma centralização política. O rei, nesses casos, acabava por dividir seu poder com uma série de outros senhores, cada qual exercendo, nos seus domínios, jurisdição plena. Daí decorre a afirmação de muitos de que o “Estado Medieval” não era um Estado, na acepção restrita do termo. Não existia um poder central efetivo que se impusesse sobre os demais. Em última instância, pode-se dizer que o Estado Medieval não era um Estado Soberano, convivendo com vários poderes equivalentes e sobrepostos.

O ressurgimento de um poder central, firmando os pilares para a construção do Estado Moderno, imprimiu mudanças consideráveis no ambiente europeu, especialmente no que concerne ao estudo jurídico. No campo específico do Direito a formação destes novos reinos vai determinar o surgimento de ordenamentos jurídicos próprios para cada território, estruturados com base nos costumes locais e na jurisdição e legislação reais³⁵. Importante ressaltar, nesse desenrolar histórico, que esses ordenamentos, extremamente numerosos, não tiveram uma mesma evolução. Os

³⁴ Idem, p. 11.

³⁵ Sobre a influência do pensamento dogmático na formação do Estado Moderno, veja-se FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Função social da dogmática jurídica*. São Paulo: Max Limonad, 1998, em especial pp. 40-41.

elementos políticos, econômicos e sociais de cada território vão ter um papel significativo, tanto no que se refere à unificação do Direito, quanto no que toca ao particularismo local, ou, ainda, com relação ao aparecimento de instituições novas³⁶.

c) O cristianismo

Outro dado importante em relação ao período em comento é a influência que o cristianismo vai exercer sobre a sociedade. Como diz Dalmo de Abreu Dallari, o “cristianismo vai ser a base da aspiração à universalidade”.³⁷ Como teoria o cristianismo firma a ideia de que os homens são iguais, independentemente de sua origem. Tal pensamento é revolucionário em uma sociedade estratificada baseada em castas bem definidas, cujo principal fundamento é exatamente a origem de cada um de seus membros. Os não cristãos eram considerados simplesmente como temporariamente desgarrados. Não bastasse isso, numa sociedade politicamente pulverizada, a Igreja afirmava-se como exemplo de unidade. Motivos ao mesmo tempo religiosos e pragmáticos pregavam a doutrina de que todos os cristãos deveriam integrar uma só comunidade política. Na medida em que o entendimento então vigente era de que toda a humanidade deveria tornar-se cristã,

³⁶ Ocorre que, em meio a tantas transformações, um fato vai se mostrar determinante na história do pensamento jurídico moderno: o renascimento do Direito Romano. Firma-se, nesse momento, aquele que se pode chamar de marco inicial do estudo do Direito Moderno. Jacques Verger, ao tratar das universidades na Idade Média, faz a seguinte referência com relação à “redescoberta” do Direito Romano: “Num outro domínio, o do Direito, o século XII também enriqueceu consideravelmente o estoque de textos estudados nas escolas do Ocidente. Não se trata aqui de traduções, e a respeito do que foi dito, os textos de Direito antigo nunca haviam sido propriamente *perdidos* no Ocidente. Mas até o século XI, o Ocidente conheceu por toda a parte o trunfo das leis bárbaras, do Direito consuetudinário ou, mesmo onde o Direito romano sobrevivia, como na Itália, de mediocres compilações extraídas do Código teodosiano. Mas o *Corpus juris civilis*, tal como fora constituído no século VI, por ordem de Justiniano, pela reunião do *Código*, das *Institutas*, do *Digesto* e das *Novelas*, não era mais utilizado; sua parte mais rica, o *Digesto*, que reunia as opiniões dos grandes jurisconsultos da época imperial, nunca é citada antes do século XI.” (VERGER, Jacques. *As Universidades na Idade Média*. São Paulo: UNESP, 1990, p. 25)

³⁷ DALLARI, Dalmo de Abreu. Ob. cit., p. 74.

a ideia de um Estado universal, capaz de congregiar todos os homens e guiá-los pelos mesmos princípios, era um desdobramento lógico e naturalmente desejado.

Foi com esse propósito que a Igreja estimulou a afirmação do Império como unidade política e, através do Papa Leão III, conferiu a Carlos Magno, no ano de 800, o título de Imperador. Estava lançada a semente para a fundação de um Império da Cristandade. Com a pretensão de resgatar a glória e o poder de Roma, estava instalado o Sacro Império Romano-Germânico. Todavia, dois fatores acabaram por minar as pretensões do Estado Cristão Universal. O primeiro foi a dificuldade em lidar com os diferentes centros de poder instaurados na Europa Ocidental. Como já vimos o sistema feudal implicava num complicado jogo de poder. O poder do Império deparava-se, então, com uma série de outros poderes, como os reinos, os senhorios, as comunas, as corporações e as organizações religiosas, que jamais se submeteram materialmente à vontade do Imperador. O segundo foi a recusa dos imperadores de se submeterem ao poder eclesiástico. O problema se mostra maior quando se observa que imperadores pretenderam influir em assuntos da Igreja e que, de sua parte, papas também pretenderam dispor sobre assuntos do Império. A confusão entre o poder temporal e o poder espiritual encarregou-se de sepultar, na prática, o Império. Assim, ainda que formalmente o Império representasse a unidade política, de fato, não havia uma autoridade e uma ordem correspondentes³⁸.

Foi a partir do ano 1000 que os ventos começaram a soprar de maneira diferente na Europa. Tendo atingido um certo grau de segurança política, a atividade cultural do Ocidente passou a animar-se e o mundo de então viu o aumento de sua população, o aperfeiçoamento da agricultura e o crescimento do comércio interno e externo do continente. Os contatos com a cultura islâmica e com a cultura bizantina tornaram-se mais frequentes, surgiram cidades maiores e menores com uma classe instruída, formaram-se

³⁸ DALLARI, Dalmo de Abreu. Ob. cit., p. 59.

corporações de trabalhadores e o acréscimo na vontade de aprender levou à fundação das Universidades. Sobre essas mudanças, oportunas as reflexões de Richard Tarnas³⁹:

“As novas formações sociais – guildas, comunas, fraternidades – desenhavam-se mais em linhas horizontais e fraternais do que na anterior autoridade paternalista e vertical de senhores e vassallos; seus rituais de concordância baseavam-se no consenso democrático, ao contrário dos juramentos da vassalagem feudal, sancionados pela Igreja. As instituições e os direitos políticos foram redefinidos, assumindo uma feição mais secular. Os processos legais orientavam-se mais pela prova racional do que pela prova física do juízo divino, em que o suspeito deveria enfiar a mão em água fervente ou segurar um ferro em brasa. O mundo da natureza assumiu uma realidade amplificada para a mente medieval, visível tanto no novo erotismo e realismo do *Romance da Rosa* de Jean de Meun como no uso comum da palavra *universitas* para significar o Universo concreto como um conjunto homogêneo único, uma harmonia divina da diversidade natural. A literatura e o pensamento antigo, desde *Timeu* de Platão à *Ars Amatoria* de Ovídio, encontravam grande público. Os trovadores e os poetas de corte celebravam um novo ideal de amor romântico transfigurador da alma entre as pessoas livres, numa rebelião implícita contra a generalizada convenção do casamento como arranjo político-social ratificado pela Igreja. Despertou-se um sentido mais profundo de História e dinamismo histórico, expresso não apenas nos relatos de fatos políticos contemporâneos dos novos cronistas, mas também da nova consciência dos teólogos do progresso evolucionário da cristandade no tempo. Os horizontes medievais expandiram-se rapidamente em muitos lugares ao mesmo tempo.”

Tal efervescência política, econômica e social produziu rachaduras nas estruturas da sociedade medieval que nunca mais puderam ser consertadas. O mundo tal qual havia existido estava fadado ao desaparecimento.

³⁹ TARNAS, Richard. *A Epopeia do Pensamento Ocidental: para compreender as ideias que moldaram nossa visão de mundo*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1999, p. 195.

d) A ruptura do pensamento medieval

Foi a contar do século XIV que Idade Média sofreu os traumas que iriam representar a derradeira ruptura com a forma de pensar e agir então vigentes. Contribuíram para a mudança do perfil da sociedade quatro grandes eventos:

- (a) o renascimento italiano;
- (b) o humanismo;
- (c) a reforma luterana; e
- (d) o avanço das ciências.

O renascimento italiano dos séculos XV e XVI promoveu o ressurgimento do interesse pela cultura secular dos antigos, marcando a ruptura com as tradições clericais do pensamento medieval. Desloca-se o eixo da atenção de Deus para o homem. Daí o denominado movimento humanista, que tomou conta dos sábios e pensadores de então. A reforma, por sua vez, rompe com o pensamento católico ao sustentar que o homem se acha em contato direto com Deus, dispensando a atuação de intermediários. A Igreja de Roma nunca mais seria a mesma. Por fim, os avanços no campo científico, com o retorno aos estudos empíricos, transformaram por completo a vida no Ocidente. O dado marcante neste ponto é que a tradição científica, além dos benefícios materiais conferidos, foi a grande promotora do pensamento independente. Como diz Bertrand Russel: “Onde quer que a civilização ocidental se estenda, seus ideais políticos costumam acompanhar o rastro de sua expansão material.”⁴⁰

Fundamental na construção do pensamento político moderno foi a invenção da imprensa, instrumento extremamente útil da difusão de novas ideias. Anota Russel, nesse sentido, que esse

⁴⁰ RUSSEL, Bertrand. *História do pensamento ocidental: a aventura dos pré-socráticos a Wittgenstein*. Rio de Janeiro: Ediouro, 2001, p. 241.

processo ajudou a abalar as antigas autoridades. Tome-se como exemplo a Bíblia. No momento em que ela passou a ser traduzida para as línguas vulgares e tornou-se facilmente acessível através da imprensa, a Igreja perdeu o monopólio das questões relativas à fé. O mesmo pode ser dito quanto à instrução em geral. As mesmas causas implicaram num retorno ao secularismo. A imprensa não só forneceu meio para difundir novas doutrinas políticas que criticavam a antiga ordem, como também permitiu que os sábios humanistas publicassem edições das obras dos antigos. Isto estimulou um estudo mais amplo das fontes clássicas e tendeu a melhorar, em geral, os padrões de educação⁴¹.

Finalmente, não se pode deixar de mencionar, os primeiros passos na direção da unidade nacional foram dados no último período medieval pelas cidades organizadas em Estados. Na Itália, aliás, o pluralismo medieval jamais chegou a criar raízes definitivas, tendo as cidades republicanas da Idade Média conservado o caráter monista. A tirania que se mantém nas cidades italianas dos séculos XIV e XV oferece a imagem de uma comunidade unitária governada por uma vontade poderosa. Com o renascimento a Itália vê nascer em seu solo, já devidamente preparado pela história, a moderna concepção de Estado⁴².

4. A Era Moderna e o “nascimento”

a) A passagem para a Modernidade

No trilhar da História não há um momento preciso de ruptura na passagem da Idade Média para a Idade Moderna. A maior parte dos aspectos políticos e sociais característicos da Idade Moderna

⁴¹ Idem, p. 242. A propósito da invenção da imprensa, datada do século XV, oportuno ressaltar, de acordo com a lição do referenciado pensador, que tal “invento” representou novidade tão somente no Ocidente, uma vez que os chineses já empregavam o processo de “tipos móveis” quinhentos anos antes.

⁴² JELLINEK, Georg. *Teoría General del Estado*. Ob. cit., p. 311.

aparecem já no século XIV, desenvolvendo-se progressivamente nos séculos XV e XVI e estabilizando-se nos séculos XVII e XVIII⁴³.

A Era Moderna foi marcada pela significativa mudança na maneira de pensar. Dentre tantos fatores que conduziram a essa mudança, um dos mais importantes foi a ascensão de uma nova classe: a classe média. “Modificações nas formas de vida provocaram o crescimento dessa nova classe e seu advento trouxe novas modificações no modo de vida da sociedade. As antigas instituições, que haviam servido a uma finalidade na velha ordem, entraram em decadência; novas instituições surgiram, tomando seu lugar.”⁴⁴ O surgimento dessa nova classe veio acompanhado de uma pauta de reivindicações, entre as quais figuravam ordem e segurança. Decorrência natural dessas exigências era a busca por uma autoridade que fosse capaz de fazer vingar tais demandas sociais. Considerando a multiplicidade dos focos de poder identificados na sociedade feudal, a figura do monarca aparece como aquela capaz de, unificando o poder, proporcionar a tão perseguida paz social. Paz esta que permitiria a prosperidade da classe ascendente. A revolução comercial amparou-se na autoridade real.

Essa caminhada, entretanto, não se fez regular. Como diz Leo Huberman, os passos dados pela autoridade central para tornar-se capaz de exercer o poder nacional foram lentos e irregulares. “Não se assemelharam a uma escada, com um degrau sobre o outro, levando firmemente a uma direção definida, mas sim uma estrada acidentada, com muitas curvas e brechas. O processo não levou um, dois ou cinquenta ou cem anos. Levou séculos – mas, finalmente, tornou-se realidade.”⁴⁵ Ao longo dos anos os senhores feudais foram perdendo parte de seus bens e de seu poder em detrimento das cidades. Vários conflitos daí decorreram. Com o objetivo de reduzir o poder dos barões e fortalecer a monarquia, os reis postaram-se ao

⁴³ GILLISSEN, John. Ob. cit., p. 244.

⁴⁴ HUBERMAN, Leo. Ob. cit., p. 70.

⁴⁵ Idem, p. 71.

lado das cidades. Em troca do apoio, os moradores dos burgos prontificaram-se a auxiliar o monarca com empréstimos em dinheiro. Com o patrocínio da burguesia, os reis podiam dispensar o auxílio militar de seus antigos vassallos. Era possível, agora, manter um exército profissional e permanente. Sem depender dos antigos juramentos de fidelidade, o rei passou a ter um exército pago para combater, disciplinado, treinado e sempre pronto para agir. Na longa estrada percorrida em busca da unidade nacional, esse foi, sem dúvida, um grande avanço⁴⁶.

No mesmo passo, na medida em que se cria, com o correr do tempo, um sistema regular de impostos, abre-se passagem para a contratação de funcionários reais pagos com dinheiro e não com terras. Dispostos ao longo do território do Estado, essa burocracia realizava a tarefa de governar em nome do rei, o que durante o período feudal tinha de ser feito pela nobreza, remunerada em terras.

b) O Estado Absolutista

Os Estados modernos nasceram, em sua maioria, sob a forma de monarquias absolutas. A crise econômica e social que a Europa vivenciou ao longo dos séculos XIV e XV assinalou os limites do modo de produção feudal. A reação ao sistema então vigente fez emergir o Estado absolutista no ocidente. As monarquias centralizadas da França, Inglaterra e Espanha representaram uma ruptura decisiva com a estrutura piramidal e parcelada das formações sociais medievais⁴⁷. A concentração de poderes nas mãos do monarca foi a solução encontrada para a superação da pluralidade de forças que convergiam para o Estado.

⁴⁶ Idem, pp. 71-72.

⁴⁷ ANDERSON, Perry. *Linhagens do Estado Absolutista*. São Paulo: Brasiliense, 2004, p. 15.

Da aliança firmada entre o poder econômico (burguesia) e o poder bélico (monarca), nasceu o Estado Moderno, em sua feição absolutista. Ensina Pierangelo Schiera⁴⁸:

“É fácil de entender, nesse processo, o papel desenvolvido pelas chamadas premissas necessárias para o nascimento da nova forma de organização. A unidade de comando, a territorialidade do mesmo, o seu exercício através de um corpo qualificado de auxiliares ‘técnicos’ são exigências de segurança e eficiência para os estratos da população que de uma parte não conseguem desenvolver suas relações sociais e econômicas no esquema das antigas estruturas organizacionais e por outra individualizam, com clareza, na persistência do conflito social, o maior obstáculo à própria afirmação. Desde a sua pré-história, o Estado se apresenta precisamente como a rede conectiva do conjunto de tais relações, unificadas no momento político da gestão do poder. Mas é só com a fundação política do poder, que se seguiu às lutas religiosas, que os novos atributos do Estado – mundaneidade, finalidade e racionalidade – se fundam para dar a este último a imagem moderna de única e unitária estrutura organizativa formal da vida associada, pelo autêntico aparelho de gestão do poder, operacional em processos cada vez mais próprios e definidos, em função de um escopo concreto: a paz interna do país, a eliminação do conflito social, a normalização das relações de força, através do exercício monopolístico do poder por parte do monarca, definido como *soverain* enquanto é capaz de estabelecer, nos casos controversos, de que parte está o direito, ou, como se disse, de decidir em casos de emergência.”

O novo modelo de organização política tem por base a ideia de soberania. Surgida juntamente com a ideia de Estado moderno, a noção de soberania indica o poder de mando de última instância numa sociedade política. Ela pretende ser a racionalização jurídica do poder, no sentido de transformação da força em poder legítimo, do poder de fato em poder de direito⁴⁹. Vista sob o plano interno, a

⁴⁸ SCHIERA, Pierangelo. Verbete: “Estado Moderno”. Ob. cit., p. 427. É com Bodin e, mais tarde, com Hobbes, que se lançam as rigorosas bases da fundação “mundana” do poder unitário e concentrado.

⁴⁹ MATEUCCI, Nicola. Verbete: “Soberania”. In: BOBBIO, Norberto. MATEUCCI, Nicola. PASQUINO, Gianfranco. [Orgs.] *Dicionário de Política*. Vol. II. 7. ed. Brasília: UnB, 1995, p. 1179.

soberania representa o predomínio que o ordenamento estatal exerce sob um determinado território e sob uma determinada população. O Estado aparece, então, como explica Paulo Bonavides, como o portador de uma vontade suprema e soberana que deflui de seu papel privilegiado de ordenamento político monopolizador da coação incondicionada na sociedade⁵⁰.

Para o alcance de seus objetivos, o absolutismo utilizou-se de dois mecanismos especiais: (a) a disciplina monárquica e (b) a autoridade estatal. Criados pelo nascente Estado Moderno, estes mecanismos mostraram-se ferramentas importantes na conformação do poder político. Ao princípio feudal, fundado nas liberdades corporativas, o Estado absoluto opôs uma sujeição e domesticação de todas as atividades públicas e privadas num processo até então poucas vezes observado⁵¹. Devemos ressaltar, todavia, que o conceito de absolutismo, criação dos círculos liberais do século XIX, não pode ser confundido com totalitarismo⁵². Anota Gerhard Oestreich que a investigação histórica está a caminho de demonstrar a multiplicidade e especificidade da vida política que a monarquia absoluta deixou intocada, seja no Estado, seja na sociedade.⁵³

c) O despotismo esclarecido e a racionalização do poder

O absolutismo pode ser dividido em dois períodos (ou subperíodos) distintos. O critério para tal divisão é o fundamento do poder real. Num primeiro momento o fundamento da monarquia absoluta é o poder divino. A autoridade real encontra sua razão de

⁵⁰ BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 123.

⁵¹ OSTREICH, Gerhard. Problemas estruturais do absolutismo europeu. In: HESPANHA, António Manuel. [Org.] *Poder e instituições da Europa do Antigo Regime*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1984, p. 190.

⁵² Ver: SCHIERA, Pierangelo. Verbete: “Absolutismo”. In: BOBBIO, Norberto. MATTEUCCI, Nicola. PASQUINO, Gianfranco. [Orgs.] *Dicionário de Política*. Vol. I. Trad. de Carmen C. Varriale et al. 7. ed. Brasília: UnB, 1995, pp. 1-7.

⁵³ OSTREICH, Gerhard. Ob. cit., p. 182.

ser em Deus e em nome d'Ele é que o monarca governa. “O Rei pretende-se escolhido por Deus, governa pela graça de Deus, exerce uma autoridade que se reveste de fundamento ou de sentido religioso.”⁵⁴ Nesta fase, o altar é colocado ao lado do trono e a ele dá sustentação⁵⁵.

Num segundo momento, em meio à ascensão do iluminismo, o poder passa a amparar-se numa explicação racional. É o “despotismo esclarecido”, que lança sob o Estado o dever de perseguir o interesse público. O poder monárquico sustenta-se no dever que tem o chefe da nação de promover o bem público. Ao príncipe, primeiro e principal servidor do Estado, é outorgada plena liberdade para alcançar tal intento⁵⁶. Este segundo momento testemunha a secularização do absolutismo em bases filosóficas e consensuais. O contratualismo de Hobbes indica uma nova fundamentação do poder, que já não deriva da divindade, mas do homem e de sua razão prática, dos imperativos racionais que afixam a sobrevivência ameaçada da espécie humana⁵⁷. O homem abre mão de sua liberdade para receber, em troca, a certeza da conservação⁵⁸.

A racionalização do poder vai conduzir a significativas mudanças, identificadas sobretudo a partir do século XVIII, quando a lei prevalece sobre o costume como fonte de Direito, surge o movimento de codificação, reforma-se a justiça, consolida-se a função pública, criam-se exércitos nacionais e o Estado passa a intervir em setores até então ignorados da cultura, economia e

⁵⁴ MIRANDA, Jorge. Ob. cit., p. 80.

⁵⁵ BONAVIDES, Paulo. *Teoria Geral do Estado*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 38.

⁵⁶ Explica Jorge Miranda: “O critério principal de ação política torna-se a razão de Estado, a conveniência, o bem público, e não a justiça ou a legalidade, apesar de a religião cristã oficialmente professada necessariamente contrariar o maquiavelismo. E enaltece-se o poder pelo poder, posto ao serviço do Estado soberano.” (MIRANDA, Jorge. Ob. cit., p. 81)

⁵⁷ BONAVIDES, Paulo. Ob. cit., p. 38.

⁵⁸ Idem, p. 39.

assistência social. No plano econômico incrementa-se o capitalismo, primeiro comercial, depois industrial⁵⁹.

Acerca do papel crucial desempenhado pelo absolutismo na formação do Estado Moderno, vale reproduzir, por oportuno, o texto de Pierangelo Schiera⁶⁰:

“Se, portanto, na sua primeira fase, o Estado ocidental moderno foi, antes de mais nada um Estado absoluto, ele não foi só isso e o Absolutismo foi apenas nele um componente essencial juntamente com outros. Foi um elemento característico mas não exclusivo das constituições ocidentais, podendo ser reduzido, em sua essência, a dois princípios fundamentais, o da secularização e o da racionalização da política e do poder. De tal processo, o Absolutismo representou certamente, no plano teórico e prático, uma das contribuições mais eficazes do espírito europeu e merece ser estudado debaixo desta luz.”

Reconhecendo o contributo do absolutismo, chegamos ao fim de uma jornada. Todavia, trata-se do encerramento apenas de um ciclo que culminou com o surgimento de uma nova concepção de poder e uma nova conformação da sociedade política. O “novo” Estado que emerge do absolutismo segue seu curso e, pode-se dizer, está em constante transformação. O Estado que nasceu absoluto fez-se liberal, social, democrático e de direito.

5. Considerações finais.

Temos a plena consciência que os assuntos aqui abordados comportam distintos e aprofundados estudos, cada qual com a intensidade derivada do enfoque pretendido pelo pesquisador. De nossa parte a pretensão foi bastante singela. Estabelecendo alguns recortes históricos tivemos por intenção destacar os principais

⁵⁹ MIRANDA, Jorge. Ob. cit., p. 81.

⁶⁰ SCHIERA, Pierangelo. Verbete: “Absolutismo”. Ob. cit., p. 2.

eventos que conduziram à formação estatal que hoje ganhou projeções planetárias.

Ao tempo em que se comemoram os 70 anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos, o texto que ora apresentamos buscou resgatar um processo histórico-evolutivo que, em última análise, diz respeito ao controle do poder. Em largas passadas percorremos o caminho que conduziu à institucionalização do poder político. Sem a pretensão de esgotar os temas ora suscitados, esperamos ter contribuído para a compreensão deste processo que, em última análise nada mais é do que o próprio processo de racionalização do Direito.

É sempre importante lembrar que a construção do Direito engloba um conjunto de conquistas forjadas em lutas que, não raro, ultrapassaram o campo estritamente das ideias. Conhecer o passado é fundamental para compreender o presente e apontar melhorias para o futuro.

Referências

- ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. *Teoria Geral do Estado*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- Anderson, Perry. *Linhagens do Estado Absolutista*. São Paulo: Brasiliense, 2004.
- ARDANT, Philippe. *Institutions Politiques et Droit Constitutionnel*. 11. ed. Paris: L.G.D.J., 1999.
- AZAMBUJA, Darcy. *Introdução à Ciência Política*. 11. ed. São Paulo: Globo, 1998.
- _____. *Teoria Geral do Estado*. 40. ed. São Paulo: Globo, 2000.
- BOBBIO, Norberto. MATTEUCCI, Nicola. PASQUINO, Gianfranco. [Orgs.] *Dicionário de Política*. Vol. I. 7. ed. Brasília: UnB, 1995.
- BOBBIO, Norberto. *Estado, governo, sociedade. Por uma teoria geral da política*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

- BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.
- _____. *Teoria Geral do Estado*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- BURDEAU, Georges. *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*. 16. ed. Paris: L.G.D.J., 1974.
- CARRION, Eduardo Kroeff Machado. *Apontamentos de Direito Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
- COMPARATO, Fábio Konder. *Afirmção histórica dos Direitos Humanos*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- CUEVA, Mario de la. *La idea del Estado*. 5. ed. México: Fondo de Cultura Económica, 1996.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Teoria Geral do Estado*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- DEL VECCHIO, Giorgio. *Teoría del Estado*. Barcelona: Bosch, 1956.
- DELUMEAU, Jean. *A Civilização do Renascimento*. Vol. I. Lisboa: Editorial Estampa, 1994.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Função social da dogmática jurídica*. São Paulo: Max Limonad, 1998.
- FRANCO JR. Hilário. *A Idade Média: o Nascimento do Ocidente*. São Paulo: Brasiliense, 2006.
- GILLISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986.
- GROPPALI, Alexandre. *Doutrina do Estado*. São Paulo: Saraiva, 1962.
- GROSSI, Paolo. *A History of European Law*. Wiley-Blackwell: Chicester (UK), 2010.
- GRUPPI, Luciano. *Tudo começou com Maquiavel*. 15. ed. Porto Alegre: L&PM, 2000.

HELLER, Hermann. *Teoría del Estado*. 12. reimpr. México: Fondo de Cultura Económica, 1987.

HESPANHA, António Manuel. [Org.] *Poder e instituições da Europa do Antigo Regime*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1984.

HUBERMAN, Leo. *História da riqueza do homem*. 21. ed. Rio de Janeiro: LTC, 1986.

JELLINEK, Georg. *Teoría General del Estado*. México: Fondo de Cultura Económica, 2000.

MAQUIAVEL, Nicolau. *O Príncipe e Escritos Políticos*. São Paulo: Nova Cultural, 1996.

MATEUCCI, Nicola. Verbete: “Soberania”. In: BOBBIO, Norberto. MATTEUCCI, Nicola. PASQUINO, Gianfranco. [Orgs.] *Dicionário de Política*. Vol. II. 7. ed. Brasília: UnB, 1995.

MENEZES, Aderson de. *Teoria Geral do Estado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1972, p. 117.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo I. 6. ed. Coimbra: Coimbra, 1997.

NEVES, A. Castanheira. “Fontes do Direito”. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Estudos em homenagem aos profs. Doutores M. Paulo Merêa e G. Braga da Cruz*. Vol. LVIII, 1982.

OSTREICH, Gerhard. Problemas estruturais do absolutismo europeu. In: HESPANHA, António Manuel. [Org.] *Poder e instituições da Europa do Antigo Regime*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1984.

ROMANO, Santi. *Princípios de Direito Constitucional Geral*. São Paulo: RT, 1977.

RUSSEL, Bertrand. *História do pensamento ocidental: a aventura dos pré-socráticos a Wittgenstein*. Rio de Janeiro: Ediouro, 2001.

SCHIERA, Pierangelo. Verbete: “Absolutismo”. In: BOBBIO, Norberto. MATTEUCCI, Nicola. PASQUINO, Gianfranco. [Orgs.] *Dicionário de Política*. Vol. I. Trad. de Carmen C. Varriale et al. 7. ed. Brasília: UnB, 1995

- _____. Verbete: “Estado Moderno”. In: BOBBIO, Norberto. MATTEUCCI, Nicola. PASQUINO, Gianfranco. [Orgs.] *Dicionário de Política*. Vol. I. 7. ed. Brasília: UnB, 1995.
- STRECK, Lenio Luiz. MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
- TARNAS, Richard. *A Epopeia do Pensamento Ocidental: para compreender as ideias que moldaram nossa visão de mundo*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1999.
- Thireau, Jean-Louis. *Introduction historique au droit*. Paris: Flammarion, 2001.
- TREVISAN, Armindo. *Uma viagem através da Idade Média: o que a Europa deve à Idade Média*. Porto Alegre: AGE, 2014.
- VERGER, Jacques. *As Universidades na Idade Média*. São Paulo: UNESP, 1990.