

ANTÔNIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE
CÉSAR BARROS LEAL

Coordenadores

O RESPEITO À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

IV

Curso Brasileiro
Interdisciplinar em
Direitos Humanos

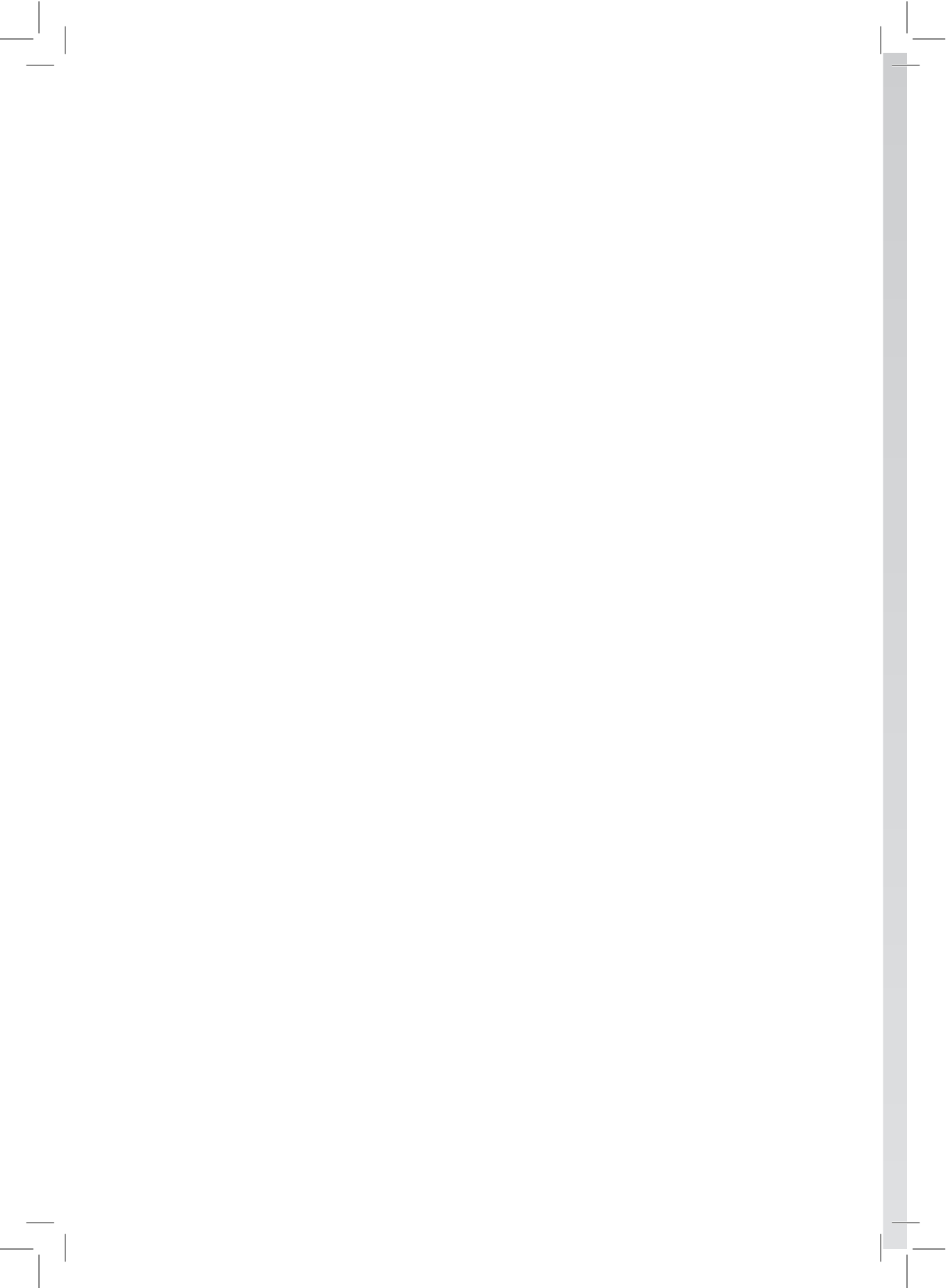




Antônio Augusto Cançado Trindade e César Barros Leal
Coordenadores

O RESPEITO À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Fortaleza
2015



Sumário

PREFÁCIO	7
DIREITO AO DESENVOLVIMENTO: O RECONHECIMENTO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NA INTEGRAÇÃO DA AMÉRICA DO SUL Alex Ian Psarski Cabral	9
O DIREITO DE PROTEÇÃO DA NATUREZA: EM NOME DE QUE DIGNIDADE? André Olavo Leite e Valter Moura do Carmo.....	43
MEMORIAL EM DEFESA DA DIGNIDADE HUMANA: REFLEXÕES CRÍTICAS SOBRE A REFERÊNCIA A “NAÇÕES CIVILIZADAS” NO ARTIGO 38 DO ESTATUTO DA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA Antônio Augusto Cançado Trindade.....	63
ESCASSEZ HÍDRICA E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA Antônio Celso Alves Pereira	127
REVISITANDO PASÁRGADA: IGUALDADE, NÃO DISCRIMINAÇÃO E SUBINTEGRAÇÃO NA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS Bárbara Pincowska Cardoso Campos e Carina Calabria	149
RESPEITO À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NA JUSTIÇA CRIMINAL BRASILEIRA DO ESTADO DEMOCRÁTICO Cândido Furtado Maia Neto.....	185
O DIREITO À DIFERENÇA: A PERMISSÃO DAS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA A CASAS HOMOSSEXUAIS EM FACE DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA Catarina Araújo Silveira Woyames Pinto e Gabriela Maciel Lamounier.....	215
OS DIREITOS HUMANOS E O RESPEITO À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NO CONTEXTO DOS PRINCÍPIOS DA JUSTIÇA RESTAURATIVA César Barros Leal	237

A IGUALDADE E A NÃO DISCRIMINAÇÃO COMO FUNDAMENTO DA DIGNIDADE HUMANA: A LUTA ANTIRRACISTA E O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Danielle Annoni e Fernanda da Silva Lima 253

DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DIREITOS HUMANOS

Emmanuel Furtado 281

A OMISSÃO DA CIJ NA APLICAÇÃO DA CONVENÇÃO PARA A PREVENÇÃO E A REPRESSÃO DO CRIME DE GENOCÍDIO NO CASO CROÁCIA VS. SÉRVIA (2015) SOB A ÓTICA DO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS: UMA QUESTÃO DE DIGNIDADE HUMANA

Érika Braga Justo 317

O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO FUNDAMENTO PARA A PRESERVAÇÃO DA IDENTIDADE CULTURAL

Francisco Luciano Lima Rodrigues e Martonio Mont'Alverne Barreto Lima 339

O RESPEITO À DIGNIDADE HUMANA DOS IMIGRANTES NO CONTEXTO DA GLOBALIZAÇÃO: TRABALHO, CIDADANIA E POLÍTICAS PÚBLICAS

Gina Vidal Marcílio Pompeu e Nardejane Martins Cardoso 353

DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O DIREITO AO MÍNIMO VITAL

Lilian Márcia Balmant Emerique e Sidney Guerra 381

SOLUÇÕES DURADOURAS: O RESPEITO À DIGNIDADE DOS REFUGIADOS E OS AVANÇOS NA AMÉRICA LATINA

Luisa Helena Lemos da Cruz 397

RESTAURANDO A DIGNIDADE HUMANA: A IMPORTÂNCIA DO DIREITO À REPARAÇÃO

Luisa Maria S. Merico 419

A DIGNIDADE HUMANA COMO FUNDAMENTO DA PROIBIÇÃO DE CRIMES INTERNACIONAIS Maitê de Souza Schmitz.....	439
TRANSEXUALIDADE E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA Maria Amália de Figueiredo Pereira Alvarenga e Edwirges Elaine Rodrigues.....	473
REFLEXÕES CRÍTICAS SOBRE A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NO PROCESSO PENAL: O DIREITO DE DEFESA COMO RESISTÊNCIA AO PODER PUNITIVO Renan Posella Mandarinó e Marisa Helena D´Arbo Alves de Freitas	491
O RESPEITO À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: REFLEXÕES À LUZ DO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS Renato Zerbini Ribeiro Leão.....	509
A REPERCUSSÃO GERAL DOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE HUMANA René Ariel Dotti.....	529
REPENSANDO UM VELHO TEMA: A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA Ricardo Maurício Freire Soares.....	547
OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA Valdirene Ribeiro de Souza Falcão	561
SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO: UM ESTUDO À LUZ DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA Zuenir de Oliveira Neves	577
ANEXO.....	593
DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS.....	595



PREFÁCIO

Dando sequência a um extraordinário projeto cultural, que se renova todos os anos, estamos lançando cinco livros (com artigos originalmente escritos em português, espanhol, francês, inglês e italiano) sobre “O Respeito à Dignidade da Pessoa Humana”, temática central do *IV Curso Brasileiro Interdisciplinar em Direitos Humanos*, organizado pelo Instituto Brasileiro de Direitos Humanos e pelo Instituto Interamericano de Direitos Humanos, em Fortaleza, Ceará, Brasil, no período de 3 a 14 de agosto de 2015.

Os tomos, de distribuição gratuita, reúnem um grupo de estudiosos de diversas áreas de especialização e nacionalidades, que tratam da questão proposta sob as mais diferentes perspectivas, objeto muitas delas das conferências, painéis e oficinas que compõem esta que é certamente uma das mais prestigiadas atividades acadêmicas, no âmbito dos direitos humanos, que se levam a cabo na América Latina, com a participação de alunos/as e observadores/as de diferentes estados do Brasil e de outros países da região.

A escolha da temática levou em conta a atualidade, a relevância e a amplitude do princípio da dignidade humana, verdadeiramente universal (e com muitas implicações), alçado a fundamento da República nos termos da Constituição brasileira de 1988, a Constituição-Cidadã, e presente em inumeráveis debates e estudos – a exemplo destes – sobre temas como a promoção e proteção dos direitos fundamentais, o mínimo existencial, a bioética, a não-discriminação, o Estado Democrático de Direito, assim como a aplicação da justiça e a conformidade das leis com a normativa internacional de proteção, o que nos remete à jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

O leitor/A leitora, ante a pluralidade dos textos, terá a ocasião não apenas de confirmar a dimensão dos valores singulares e incondicionados que sedimentam a dignidade *de* todo ser humano (e que o diferencia dos demais seres, consoante Emanuel Kant, cabendo aqui distinguir, a nosso juízo, a dignidade do comportamento moral de uma pessoa da dignidade da pessoa em si mesma), bem como a riqueza das ideias e das reflexões daqueles que, atendendo à nossa convocação, escreveram com competência, objetividade e compromisso. Isto faz da leitura desses cinco livros uma fabulosa

viagem pelo reconhecimento da condição humana e do respeito que, para a teologia cristã, deve ser-lhe outorgado sem distinção de qualquer espécie, posto que, criados à imagem e semelhança de Deus, somos todos – de acordo com o próprio Kant, – dotados da máxima dignidade entre os seres da terra. A essa linha de raciocínio agrega-se a percepção, nutrida pela transparência dos fatos, de que a dignidade é continuamente violada no mundo contemporâneo, alargando o enorme fosso entre o plano ideal – das letras de ouro da deontologia – e a perversa realidade do cotidiano.

Adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, aos 10 de dezembro de 1948, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, constante por sua importância como anexo nos tomos, destaca, em seu Preâmbulo, que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo. E agrega que os povos das Nações reafirmaram, na Carta, sua fé nos direitos fundamentais, na dignidade e no valor da pessoa humana e na igualdade de direitos dos homens e das mulheres. Jamais nos esqueçamos de seu artigo 1º: Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos.

Titular de direitos, o homem deve ser respeitado em sua essência e dignidade, seja por seu grupo comunitário, seja pelo Estado, preservando-se teleologicamente sua condição intrínseca de pessoa humana, o que se realça com a ênfase devida na doutrina, nos textos constitucionais, nas convenções, nos tratados e nas sentenças (acompanhadas de votos) emanados dos tribunais e órgãos internacionais e regionais de proteção dos direitos humanos. Ao leitor/À leitora, especialmente o/a que terá a oportunidade de participar do IV Curso Brasileiro Interdisciplinar em Direitos Humanos, impõe-se, em conclusão, o dever irrenunciável de refletir sobre os temas abordados nesta coleção e estimular seu debate em múltiplas instâncias, disseminando esta mensagem coletiva, tão vigorosa quanto instigante, de fé no respeito à dignidade da pessoa humana, a mesma fé que nos move a lutar também pela afirmação de nossas crenças e pela realização de nossos sonhos.

Um registro especial de agradecimento se deve a Juana María Ibáñez Rivas, ilustre advogada peruana, pelo apoio inestimável que nos deu.

Antônio Augusto CANÇADO TRINDADE e César BARROS LEAL
Haia/Fortaleza, 13 de junho de 2015

DIREITO AO DESENVOLVIMENTO: O RECONHECIMENTO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NA INTEGRAÇÃO DA AMÉRICA DO SUL

Alex Ian Psarski Cabral

Doutorando em Direito Público Internacional pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais; Mestre em Ciências Jurídico-Internacionais pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa; Professor universitário.

Cristiane Helena de Paula Lima Cabral

Doutoranda em Direito Público Internacional pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais; Mestre em Ciências Jurídico-Internacionais pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa; Professora universitária.

INTRODUÇÃO

Há tempos que os internacionalistas reconhecem a substituição do paradigma estatal clássico pela concepção individualista nas relações internacionais. Existe, no entanto, quem afirme que desde as primeiras manifestações do constitucionalismo moderno, o indivíduo sempre figurou como elemento essencial das teorias jurídicas.

Sem desprezar o protagonismo estatal como sumo artífice da justiça, impõe-se resgatar as teorias que, voltadas para os indivíduos, reconhecem suas diferenças, e, pautadas na pluralidade, portam-se como instrumentos na garantia dos direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais distinguem-se dos chamados direitos do homem, que são os direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos, e são adotados numa dimensão jusnaturalista-universalista. Já os direitos fundamentais propriamente ditos são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espacio-temporalmente¹. Ou seja, os direitos fundamentais representam os direitos humanos positivados no sistema jurídico.

¹ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª ed. Coimbra, 2003.

Os primeiros momentos do processo de construção do constitucionalismo moderno são marcados por documentos que assinalam a proteção aos direitos e liberdades numa lógica preponderantemente individualista².

A transição da Era Pré-Moderna para a Era Moderna teve como antecedentes a Magna Charta Libertatum (1215/1225), a Petition of Rights ou Petição de Direitos (1628), o Habeas Corpus Act (1679), o Bill of Rights ou Declaração dos Direitos dos Cidadãos (1689), a Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia (1776) e seu ápice histórico na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão (1789).

No século XVIII, essa mesma ética individualista foi referida por Bernard de Mandeville (1714), filósofo e economista holandês famoso pela associação dos indivíduos da época às abelhas, descrevendo em versos o egoísmo e outros vícios do capitalismo como instrumentos inconscientes de promoção do interesse público.

A filosofia de Mandeville serviu de influência para o utilitarismo de Bentham e Hume e, posteriormente, para a Teoria do Desenvolvimento Econômico de Adam Smith. Smith compartilhava com Mandeville a ideia de que a ação coletiva dos indivíduos em face dos próprios interesses trazia consigo benefícios públicos.

Junto com John Locke, Voltaire e Montesquieu, Adam Smith foi expoente do liberalismo clássico que, em geral, ressaltou a importância do livre mercado e das liberdades civis no período histórico Pós-Revolução Americana (1776) e Pós-Revolução Francesa (1789)³.

Durante o século XIX, o desenvolvimento de técnicas que substituíram o método artesanal por máquinas que produziam em larga escala resultou no crescimento econômico sustentado. Mas a transição do capitalismo comercial para o capitalismo industrial da Revolução Industrial logo deu lugar às desigualdades econômicas.

Somando-se a isso o início da Primeira Guerra Mundial e a Grande Depressão de 1929, não demoraria até que a insatisfação do

2 “No embrião dos direitos humanos, portanto, despontou antes de tudo o valor da liberdade. Não, porém, a liberdade geral em benefício de todos, sem distinções de condição social, o que só viria a ser declarado ao final do século XVIII, mas sim liberdades específicas, em favor, principalmente, dos estamentos superiores da sociedade – o clero e a nobreza - com algumas concessões em benefício do “Terceiro Estado”, o povo. COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 46

3 BOBBIO, Norberto. *Dicionário de política*. 5ª ed. Brasília: Ed. UNB, 2000.

proletariado se transformasse numa reivindicação da intervenção estatal na vida política, social e econômica do país.

Ao contrário do Estado Liberal, o Estado Social vai reclamar uma prestação estatal positiva, promovendo os direitos sociais, econômicos e culturais conforme o ideal de igualdade. Nele, o Estado é o agente regulador de toda vida e saúde social, política e econômica do país.

Após a década de sessenta, com os processos de globalização e independência das antigas colônias africanas e, sobretudo após as duas Guerras Mundiais, os Estados começaram a despertar para a necessidade de uma nova perspectiva de direitos.

Pautada no espírito de fraternidade, que alcançava a todos os indivíduos, sem qualquer distinção, até mesmo as fronteiras estatais cederam ante o argumento irrefutável da solidariedade como reação natural de proteção à raça humana.

Esses fenômenos proporcionaram profundas transformações nas relações internacionais, com repercussão direta sobre a organização interna dos Estados.

A globalização e a diminuição das fronteiras e, posteriormente, a abertura das economias, incentivou a cooperação entre os Estados e teve grande influência na formação de compartimentos regionais de integração, os denominados blocos econômicos.

E é nesse contexto que é possível visualizar a necessidade de proteção ao homem, não só enquanto ser humano, mas também que ele seja capaz de viver com dignidade, figurando, nessa seara, o denominado princípio da dignidade da pessoa humana, especialmente porque para o Estado é de fundamental importância alcançar a fraternidade e a solidariedade.

Na sequência dos processos de descolonização, os projetos de integração política e econômica dos Estados demonstram uma possível tendência global ao regionalismo, acentuando a participação dos atores não estatais na vida dos indivíduos.

Impulsionadas pelos ideais de solidariedade, as grandes potências, especialmente as europeias, as primeiras a despertar para a necessidade de se preparar para os desafios da regionalização, passaram a recorrer ao aprofundamento dos laços de cooperação como tática defensiva⁴.

4 DINH, Nguyen Quoc, DAILLIER, Patrick e PELLET, Alain. *Direito internacional público*. trad. Vítor Marques Coelho. 2^a ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.

Vale dizer, a cooperação ainda está aquém do status comunitário. Segundo o sociólogo e filósofo alemão Ferdinand Tönnies, citado por Elizabeth Accioly, a depender da relação que os Estados mantêm entre si, subsistem pelo menos dois modelos diferentes⁵.

O Modelo Comunitário é dotado de bases com estrutura vertical, impondo-se limites à soberania dos Estados. É esse limite que assegurará o poder de integração, dando substância ao poder comunitário, ou poder supranacional, como no caso da União Europeia.

A chamada 'supranacionalidade', definida como ordem das soberanias subordinadas normativamente, tem lastro, segundo Fausto de Quadros, na superioridade hierárquica do poder supranacional sobre o poder estadual. Desafia o conceito clássico de soberania e impõe uma série de medidas no sentido de regulamentar esse poder supranacional⁶.

Por outro lado, o Modelo Societário ou de Cooperação refere-se à cooperação de soberanias nacionais. Está inserido no contexto da comunidade internacional clássica, formada por Estados sob a égide do respeito à soberania desses Estados.

É o caso da integração da América do Sul, que prima pela afirmação do individualismo de cada Estado parte, sobrepondo-o aos interesses comuns. Ali não há nenhum poder superior aos Estados, havendo uma relação horizontal de coordenação de soberanias.

A concepção nacionalista individualista contrasta com a própria concepção de democracia. E os processos regionais de integração da América do Sul parecem padecer das mesmas chagas dos primórdios do constitucionalismo, esquecendo-se do sentido de coletividade que orienta a humanidade e que deve necessariamente acompanhar o direito, desrespeitando, veementemente, o princípio da dignidade da pessoa humana.

Mas em que consiste, efetivamente, o Estado Democrático? Atualmente, quais são os parâmetros de democracia na América do Sul? Há quem afirme que o próprio conceito de democracia precisa ser

5 ACCIOLY, Elizabeth. Poderá Exportar-se o Modelo da União Europeia! *Revista de Estudos Europeus*, Ano I, nº 2, Coimbra: Almedina, 2007.

6 QUADROS, Fausto de. *Direito da União Europeia*. Almedina. Coimbra, 2004.

revisto, substituindo-se os mecanismos representativos majoritários por métodos alternativos consensuais⁷.

Diante dessas considerações, esse artigo pretende analisar o denominado direito ao desenvolvimento face ao regionalismo contemporâneo que marca as relações interestatais e a incapacidade cada vez mais evidente do Estado em prover os direitos sociais; é provável que seja o momento de voltar os olhos (mais uma vez?) à ordem social, nomeadamente nos Estados que compõem a América do Sul e Latina, com vista a demonstrar que é possível ao direito ao desenvolvimento ter uma matriz essencialmente social, tanto na ordem nacional quanto na ordem internacional e, por consequência, é razoável aceitar o indivíduo como o objeto principal dessa relação, partindo-se da ótica da ideia de proteção e respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Assim, através de uma breve análise da teoria do reconhecimento, apresentada por Hegel e desenvolvida por Axel Honneth, espera-se ao final do artigo demonstrar que a própria concepção de solidariedade, os elementos inspiradores e impulsionadores para a integração na América do Sul e, no direito ao desenvolvimento, a justificativa jurídica para conduzir as vontades políticas dentro dos projetos integracionistas do Cone Sul, têm como ponto de partida a ótica do indivíduo e a proteção do mesmo enquanto tal, efetivando, assim, a dignidade da pessoa humana.

1. O DESENVOLVIMENTO COMO DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL

Para Arjun Sengupta, o direito ao desenvolvimento é um processo específico que possibilita a realização de todas as liberdades e de todos os direitos fundamentais. Vai além do direito aos frutos do desenvolvimento e tampouco significa a soma dos direitos humanos existentes. Refere-se mais à operacionalização dos direitos fundamentais e concretização do desenvolvimento de uma maneira geral⁸.

Como um direito humano universal, o desenvolvimento traduz norma de *ius cogens*, ultrapassa a fronteira dos Estados, estendendo-

7 MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *O Estado plurinacional e o direito internacional moderno*. Curitiba: Juruá, 2012.

8 SENGUPTA, Arjun. "Fifth Report of the Independent Expert on the Right to Development". E/CN.4/2002/WG.18/6. 18 set. 2002. Disponível em: <<http://www.unhcr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/0/bc51cabde398c157c1256c4b002a0051?OpenDocument>>. Acesso em 24 fev. 2014.

se a todos os entes e organismos internacionais influentes, criando obrigações erga omnes nos planos normativo e operacional.

Como direito transindividual (ou supraindividual), ultrapassa a esfera de um único indivíduo, afetando-o tanto isoladamente quanto em coletividade⁹. Sintetiza uma gama de direitos difusos¹⁰ interligados nos planos político e econômico, social, civil, cultural, científico-tecnológico, ambiental e espiritual¹¹.

Assim como o direito à paz e à autodeterminação dos povos, o direito ao desenvolvimento se insere no rol dos “novos direitos”, uma síntese dos direitos da terceira geração (ou dimensão) dos direitos fundamentais, que encontram o seu fundamento na fraternidade e na solidariedade.

Efetivamente, o termo desenvolvimento, tem origem das agendas das organizações internacionais. Desde a criação da Organização das Nações Unidas (ONU), em 1945, o direito ao desenvolvimento foi referido várias vezes, direta e indiretamente, em documentos internacionais¹².

A Carta da ONU, assinada em 26 de junho do mesmo ano, dedicou o capítulo IX à “cooperação econômica e social internacional”. Especialmente, o artigo 55 afirma a intenção das Nações Unidas de promover:

- a) a elevação dos níveis de vida, o pleno emprego e condições de progresso e desenvolvimento econômico; b) a solução dos problemas internacionais econômicos, sociais, de saúde e

9 Vasco Pereira da Silva adverte que “o caráter difuso destes direitos, contudo, só repercute sobre a legitimação para exigí-los e não sobre a exigibilidade em si, que continua sendo atribuída aos próprios indivíduos como titulares”. Segundo ele, a consagração de um direito supraindividual e, por tal razão, indivisível, não o tira o conteúdo de um direito individual. In SILVA, Vasco Pereira da. *Verde Cor de Direito – Lições de Direito do Ambiente*. Coimbra: Almedina, 2002.

10 Os direitos difusos pertencem a um número indeterminado de pessoas que se encontram na mesma situação fática, mas não têm entre si nenhuma relação jurídica pré-definida. Cf. BARROSO, Luis Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas* (Estudo: A proteção do meio ambiente na Constituição brasileira). 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996, p. 254. In *Comentários à Constituição do Brasil*. Coord. Científica J.J. Gomes Canotilho, Gilmar Ferreira Mendes, Ingo Wolfgang Sarlet e Lenio Luiz Streck. Editora Saraiva. 2013.

11 Todas essas partes “são indivisíveis e interdependentes, e cada um deles deve ser considerado no contexto do todo”. Artigo 9º 1 da Declaração sobre Direito ao Desenvolvimento de 1986.

12 A Carta da ONU, assinada em 26 de junho do mesmo ano, dedicou o capítulo IX à “cooperação econômica e social internacional”.

conexos, bem como a cooperação internacional, de caráter cultural e educacional; c) o respeito universal e efetivo dos direitos de homem e das liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião.

E o dispositivo vai além. Segundo a Carta, esses objetivos são fundamentais para criar a condição de estabilidade e bem-estar, necessárias às relações pacíficas e amistosas entre as Nações, baseada no respeito ao princípio de igualdade de direitos e de autodeterminação dos povos¹³.

Daí em diante o desenvolvimento tornou-se questão fundamental para a ONU. Sobretudo durante a década de 60, quando antigas colônias já reivindicavam a independência de outras nações perante a Assembleia Geral e a cooperação internacional para o desenvolvimento desses povos, resultando nas Resoluções nº 1.514 e nº 1.710.

Segundo Fernando Antônio Amaral Cardia (CARDIA, 2005), durante a década de 60 o desenvolvimento tornou-se “um programa normativo de cooperação em diversas áreas das relações econômicas, com vistas a superar as profundas diferenças de desenvolvimento existentes entre os povos do mundo”.

Inclusive, há quem entenda esse momento histórico como marco de um novo sistema jurídico, com regras próprias, voltadas para a inauguração de uma nova ordem econômica internacional, pautada no Direito Internacional do Desenvolvimento.

Durante a década de 70, a ONU continuou a estipular metas, na forma de Resoluções, aprovadas por meio da Resolução pela Assembleia Geral, a exemplo da Resolução nº 2.626, que previa ações coordenadas voltadas ao desenvolvimento.

Os anos 80 são marcados pelo enfraquecimento dos debates interestatais, predominantemente econômicos, em torno da questão do desenvolvimento. Ganha força o enfoque jurídico da construção do direito ao desenvolvimento, migrando definitivamente para o campo do direito internacional dos direitos humanos.

13 Vide Artigo 55 - Capítulo IX – Cooperação Internacional Econômica e Social da Carta da ONU, assinada na cidade de São Francisco em 26 de Junho de 1945. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Carta das Nações Unidas*. 26 de junho de 1945. Disponível em: <<http://http://www.onu-brasil.org.br/>>, acessado em 02 de fevereiro de 2014.

A Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento, aprovada pela Resolução 41/128 da Assembleia Geral da ONU, em 4 de dezembro de 1986, define o desenvolvimento como:

um processo econômico, social, cultural e político abrangente, que visa o constante incremento do bem-estar de toda a população e de todos os indivíduos com base em sua participação ativa, livre e significativa no desenvolvimento e na distribuição justa dos benefícios daí resultantes.

Ao invocar a Declaração Universal dos Direitos Humanos, afirmou que “todos têm direito a uma ordem social e internacional em que os direitos e as liberdades consagrados nesta Declaração possam ser plenamente realizados”.

Considerando-se o inegável caráter histórico, principiológico e universalista da Declaração Universal dos Direitos Humanos era natural que a palavra “desenvolvimento” referida na Declaração de 1986 proporcionasse grandes debates políticos e jusinternacionalistas.

A ideia mais comum de desenvolvimento é aquela que o relaciona a crescimento e à evolução do Estado.

O crescimento de um país é um fenômeno da macroeconomia. Considera a produção de renda e riquezas – soma de bens e serviços finais produzidos –, traduzindo-se basicamente no aumento no Produto Interno Bruto (PIB) daquele Estado.

Já a evolução é uma das formas de transformação estrutural do Estado. Em sentido positivo, pressupõe a participação popular e o gradativo aperfeiçoamento estatal na proteção aos direitos e garantias fundamentais. E no sentido negativo impõe limites à intervenção Estatal se a sua atuação não for imprescindível ou não implicar melhor desempenho na prestação da atividade.

A outra maneira de modificação do Estado é a revolução. Enquanto a evolução implica modificação pacífica, lenta e paulatina, a revolução pode ser armada, não é necessariamente positiva e pressupõe alteração brusca e profunda do *status quo*.

O direito ao desenvolvimento é o crescimento que resulta em evolução. Ou seja, é o direito ao aproveitamento dos índices de riqueza em prol do bem-estar social, refletindo-se nas liberdades¹⁴ e direitos elementares, como saúde, segurança, educação e cultura.

14 Referindo-se a “liberdades básicas”, é impossível mensurar o crescimento ou o desenvolvimento de um país sem considerar o que realmente acontece na vida

Arjun Sengupta interpreta o direito ao desenvolvimento como um processo específico que possibilita a realização de todas as liberdades e de todos os direitos fundamentais. Vai além do direito aos frutos do desenvolvimento e tampouco significa a soma dos direitos humanos existentes. Refere-se mais à operacionalização dos direitos fundamentais e concretização do desenvolvimento de uma maneira geral¹⁵.

Como um direito humano universal, o desenvolvimento traduz norma de *ius cogens*, ultrapassa a fronteira dos Estados, estendendo-se a todos os entes e organismos internacionais influentes, criando obrigações *erga omnes* nos planos normativo e operacional.

Como direito transindividual (ou supraindividual), ultrapassa a esfera de um único indivíduo, afetando-o tanto isoladamente quanto em coletividade¹⁶. Sintetiza uma gama de direitos difusos¹⁷ interligados nos planos político e econômico, social, civil, cultural, científico-tecnológico, ambiental e espiritual.

Assim como o direito à paz e à autodeterminação dos povos, o direito ao desenvolvimento se insere no rol dos “novos direitos”, uma síntese dos direitos da terceira geração (ou dimensão) dos direitos fundamentais, que encontram o seu fundamento na fraternidade e na solidariedade.

Internamente, os debates sobre o direito ao desenvolvimento cabem ao Direito Constitucional nacional, envolvendo o controle

das pessoas, que são agentes importantes do desenvolvimento. In SEN, Amartya. *Desenvolvimento como Liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

15 SENGUPTA, Arjun. Fifth Report of the Independent Expert on the Right to Development. E/CN.4/2002/WG.18/6. 18 set. 2002. Disponível em: <<http://www.unhchr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/0/bc51cabde398c157c1256c4b002a0051?OpenDocument>>. Acesso em 24 fev. 2014.

16 Vasco Pereira da Silva adverte que “o caráter difuso destes direitos, contudo, só repercute sobre a legitimação para exigí-los e não sobre a exigibilidade em si, que continua sendo atribuída aos próprios indivíduos como titulares”. Segundo ele, a consagração de um direito supraindividual e, por tal razão, indivisível, não o tira o conteúdo de um direito individual. Cfr SILVA, Vasco Pereira da. *Verde Cor de Direito – Lições de Direito do Ambiente*. Coimbra: Almedina, 2002.

17 Os direitos difusos pertencem a um número indeterminado de pessoas que se encontram na mesma situação fática, mas não têm entre si nenhuma relação jurídica pré-definida. Cf. BARROSO, Luis Roberto. O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas (Estudo: A proteção do meio ambiente na Constituição brasileira). 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996, p. 254. In *Comentários à Constituição do Brasil*. Coord. Científica J.J. Gomes Canotilho, Gilmar Ferreira Mendes, Ingo Wolfgang Sarlet e Lenio Luiz Streck. Editora Saraiva. 2013.

judicial das políticas públicas na busca da efetivação dos direitos fundamentais.

No plano internacional, o debate sempre teve campo fértil na chamada análise econômica do Direito. A estratégia era identificar os limites jurídicos a que se submetiam os agentes econômicos e promover a distribuição dos recursos através dos ideais de maximização da riqueza.

A partir da década de 60, a teoria social passou a enfrentar o binômio desenvolvimento versus subdesenvolvimento noutra perspectiva. De influência marxista, fazia duras críticas ao capitalismo para explicar que havia uma dependência indevida das economias periféricas em relação às economias centrais.

Nos anos 70, a corrente liberal-democrática contestava o modelo industrial da América Latina, alertando para a necessidade de uma aliança entre desenvolvidos e subdesenvolvidos como alternativa à concentração de renda desse regime.

O fato é que, debruçada sobre uma visão econômica do Direito, a comunidade internacional nunca explicou por que, no cenário de aceleração do crescimento sistemático das economias mundiais, o desenvolvimento socioeconômico não se democratizou com a mesma proporção com que se deu a interdependência global entre os Estados.

O que se sabe é que o desenvolvimento não tem sido prioridade nas políticas públicas da maioria das nações mais pobres, sobretudo na América Latina. Assim como os acordos internacionais de cooperação não têm demonstrado resultados expressivos na implementação desse direito nas nações desfavorecidas, conforme veremos.

Essas contradições demandam, ao mesmo tempo, uma análise do Estado e do indivíduo, concomitantemente sujeitos ativo e passivo no processo de desenvolvimento. Este último, aliás, deve ser concebido como elemento essencial sobre o qual orbita o direito ao desenvolvimento.

2. RECONHECIMENTO E SOLIDARIEDADE: A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NA PERSPECTIVA DA INTEGRAÇÃO NA AMÉRICA DO SUL

Conforme destacado anteriormente, após as atrocidades cometidas durante as duas grandes Guerras, houve a necessidade de

rediscutir a aplicação dos direitos humanos e, especialmente, inserir o indivíduo e os direitos sociais dentro da ótica de desenvolvimento do Estado.

Nesse sentido, é importante, analisar, num primeiro momento, mesmo que de forma breve, a integração na América do Sul e, posteriormente, o respeito à dignidade da pessoa humana como corolário da efetivação do direito ao desenvolvimento.

A análise será a partir da teoria do reconhecimento, conforme será demonstrado a seguir.

2.1 A Integração na América do Sul

A integração na América do Sul teve os primeiros requíscios com a tentativa de Simon Bolívar em instaurar uma América bolivariana, e, especialmente, em promover a independência das colônias espanholas.

A despeito destes auspícios, é possível verificar, de forma mais concreta, a integração latino-americana com a Associação Latino-Americana de Livre Comércio (ALALC), na década de 60, que foi substituída, vinte anos depois, pela Associação Latino-Americana de Integração (ALADI)¹⁸.

Ambas as organizações almejavam a instituição de uma zona de livre comércio em toda a América Latina.

Impulsionados pelos primeiros caminhos trilhados pela ALADI, Argentina e Brasil iniciam a instituição de diversos acordos econômicos bilaterais, que serviram de bases, para a criação, em 1991, do Mercado Comum do Sul (MERCOSUL).

Um documento importante para o estabelecimento do bloco econômico da América do Sul foi o Acordo de Complementação Econômica nº 14 (Ata de Buenos Aires)¹⁹, que teria como objetivo principal facilitar as condições necessárias para a implementação de um mercado comum entre os dois países, conforme descrito no parágrafo 1º do presente acordo. Porém, privilegiou-se a área de livre comércio e a união aduaneira.

18 ACCIOLY, Elizabeth. *Mercosul e União Europeia: estrutura jurídico constitucional*. 3ª ed. atual. Curitiba: Juruá Editora.

19 Cfr em *Acordo de Complementação Econômica nº 14*. 20 de dezembro de 1990. Disponível em: <www.mdic.gov.br/arquivos/dwnl_1199818252.doc>. Acesso em 10 de dezembro de 2014.

Posteriormente, em 1991, Paraguai e Uruguai também resolveram assinar juntamente com Argentina e Brasil, o Acordo Parcial de Complementação nº 18 que institui o Tratado de Assunção (TA), dispondo ainda sobre a criação do Mercado Comum entre as referidas nações²⁰.

Estava instituído, então, o Mercado Comum do Sul, doravante denominado Mercosul: o bloco de integração do Cone Sul formado por Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai, com o intuito de instituição de um mercado comum em 31 de Dezembro de 1994, conforme artigo 1º do Tratado de Assunção²¹.

Posteriormente, em 1994, é assinado, na cidade de Ouro Preto – Brasil, o Protocolo de Ouro Preto (POP), que estabelece a personalidade jurídica (vide artigo 34) do Mercosul e delimita o papel institucional dos órgãos do bloco.

Foi criado no intuito de redefinir as funções relativas aos órgãos componentes da estrutura institucional do Mercosul e permitir também a criação, a longo prazo, de um Parlamento eleito democraticamente pelos cidadãos do bloco.

Considerando-se os obstáculos experimentados pelos Estados da América do Sul para alcançar os objetivos de ordem social e a emergência dos modelos regionais de integração, tudo indica que é preciso retomar o espírito de solidariedade que convida a refletir sobre a relação de fraternidade que deve orientar os governos nacionais na revelação das suas prioridades sociais.

Diante das várias mudanças globais – mais recentemente a crise nos EUA e na Europa e a instabilidade no mundo Árabe – nunca foi tão necessário discutir o aprofundamento das relações de cooperação no projeto de integração dos Estados da América do Sul e América Latina.

Enquanto os Estados Unidos ainda regurgitavam o seu sistema financeiro, a Europa passou a amargar o seu próprio drama, contemplando países como Portugal, Grécia, Espanha e Itália. Antes pioneira e visionária, a Europa integracionista não foi capaz de evitar

20 *Acordo de Complementação nº 18*, celebrado entre Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai, 23 de fevereiro de 2005. Disponível em: <<http://www.receita.fazenda.gov.br/legislacao/acordosinternacionais/AcordosComplEconomica/2005/Dec54552005.htm>>. Acesso em 10 de dezembro de 2014.

21 MERCOSUL. *Tratado de Assunção*. Assunção, 26 de março de 1991. Disponível em: <<http://www.mercosur.int/show?contentid=10&channel=secretaria>>. Acesso em 10 de dezembro de 2014.

a própria crise em 2011, e, desde então, tem convivido com a antiga sombra da desconfiança em relação à chamada Zona Euro.

Esses episódios não devem ofuscar o rompante de democracia vivido pelo Mundo Árabe. Inaugurados pela Tunísia e favorecidos pelas redes sociais do mundo virtual, os movimentos populares disseminaram-se por países como Egito, Líbia e Síria, exigindo respeito à liberdade e profundas reformas sociais contra a tendência repressora das teocracias absolutistas que há décadas perpetuam-se no poder.

Esbarrando em governos heterogêneos e nacionalistas, o Mercado Comum do Sul não está imune aos acontecimentos. Ao contrário, após a suspensão do Paraguai e a controvertida adesão da Venezuela, é provável que esteja enfrentando o ápice de sua própria tragédia.

Criado, conforme supracitado, em 1991, após longas negociações entre Argentina e o Brasil, o projeto de integração que inclui ainda Paraguai, Uruguai e Venezuela, nunca conseguiu alcançar seus principais objetivos: o mercado comum e a integração entre os povos sul-americanos.

Com arquitetura extremamente simples e estrutura minimalista, o modelo intergovernamental do Mercosul não se aperfeiçoou como pretendido. O avanço que se esperava do bloco ficou impedido por uma série de problemas institucionais, a exemplo do processo decisório, que ainda adota o consenso dos Estados Parte.

Ademais, inobstante sua trajetória antiga de esforços de integração, a opção política pela intergovernabilidade teve como consequência o adiamento do início dos trabalhos de elaboração de um sistema definitivo de composição de divergências.

Dificuldades de ordem política e obstáculos gerados pelas assimetrias econômicas de seus Estados Partes explicam em parte esse atraso. Mas a questão pode ser ainda mais profunda, passando pela própria concepção de poder político por parte dos Estados que compõem o bloco.

Diante dessas considerações, faz-se necessário analisar o princípio da dignidade da pessoa atrelado ao direito ao desenvolvimento dentro dessa ótica de integração no âmbito da América do Sul.

2.2 O direito ao reconhecimento atrelado ao princípio da dignidade da pessoa humana e ao direito ao desenvolvimento

Primeiramente, antes de nos adentrar na questão objeto do presente estudo, faz-se necessária uma breve abordagem acerca do princípio da dignidade da pessoa humana na esfera internacional.

O período pós-guerras foi de fundamental importância, não só, conforme já demonstrado, de proteção ao indivíduo e às suas individualidades, de mudança do paradigma de Estado Liberal para Estado Social, como também para o aprimoramento do princípio da dignidade da pessoa humana.

Diante disso, dois importantes textos internacionais, a Carta das Nações Unidas (1945) e a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), trouxeram em seu preâmbulo a necessidade de observância, em qualquer relação, do princípio da dignidade da pessoa humana.

Nós, os povos das Nações Unidas, resolvimos a preservar as gerações vindouras do flagelo da guerra, que por duas vezes, no espaço da nossa vida, trouxe sofrimentos indizíveis à humanidade, e a reafirmar a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor do ser humano, na igualdade dos direitos dos homens e das mulheres, assim como nas nações grandes e pequenas... (ONU, 1945)

Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo...

(...)

Artigo 1º - Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade de direitos. São dotados de razão e de consciência e devem agir uns para com os outros num espírito de fraternidade (ONU, 1948).

Assim, a dignidade da pessoa humana passa a ser considerada como um direito supremo e fundamental e é transformada em princípio jurídico, passando a integrar os textos constitucionais dos Estados que foram promulgados posteriormente aos referidos tratados internacionais.

Importante destacar que é possível verificar, em diversos textos constitucionais, a alusão, mesmo que de forma indireta, ao princípio da dignidade da pessoa humana, com as diversas expressões inseridas nas constituições dos Estados e nos mais diversos tratados internacionais como, por exemplo, fraternidade, solidariedade, direitos civis, políticos, econômicos, dentre outros (FROTA, 2005, p. 11).

Desta feita, e conforme o que fora apresentando no item anterior, é importante fazer uma análise acerca da importância da participação social dentro do direito da integração.

Tal como ocorre em relação ao direito ao desenvolvimento, a participação do indivíduo no processo de integração regional tem imensa relevância, sobretudo através da difusão da sua dimensão econômica e social. E grande parte da população do Mercosul ainda não está familiarizada com os efeitos que um projeto de integração pode provocar no cotidiano do cidadão.

Sucedo que, dentro do espírito de solidariedade, a democracia pode ser uma boa resposta do cidadão, ao impor ao Estado, por força da participação popular, o dever de elevar a integração à categoria de objetivo estatal, tudo em nome do direito fundamental ao desenvolvimento.

O fato é que o resgate do princípio da soberania popular, que orienta o Estado Democrático de Direito, é útil tanto para a integração na América do Sul quanto para a efetivação do direito ao desenvolvimento no continente.

Esse processo relaciona-se diretamente com a premissa da necessidade de redescobrimto da identidade do indivíduo e do seu papel perante a sociedade em que vive, já que é imprescindível pensá-lo a partir da ótica da coletividade.

É preciso registrar a diferença entre individualismo e individualidade. Enquanto a individualidade indica tudo aquilo que constitui o indivíduo ou o conjunto das qualidades que o caracterizam, o individualismo é posição de espírito oposta à solidariedade, ou seja, a capacidade de o indivíduo existir isoladamente²².

Friedrich Hegel (1997, p. 207) pontua a luta pelo reconhecimento dos indivíduos e a importância da consciência universal de si. Não há espaço, segundo ele, para o pensamento subjetivo sem a inserção

22 In Dicionário Michaelis On line. Disponível em: www.michaelis.uol.com.br. Acesso em: 18 de dezembro de 2014.

do indivíduo numa comunidade, sem o conhecimento, por parte de todos os destinatários, de seus direitos. Assim é que estes indivíduos passarão a reivindicar direitos de toda uma sociedade.

Mais do que isso. As lutas pelo reconhecimento adquirem dimensão de fundamento dos avanços normativos sociais²³.

Para Axel Honneth, o conflito é intrínseco à formação do sujeito e ele é que será capaz de promover a construção da imagem do indivíduo perante o outro e permitir a sua inserção dentro de uma comunidade na luta pela efetivação de direitos e garantias fundamentais²⁴.

Assim, deve-se entender a luta social como

o processo prático no qual experiências individuais de desrespeito são interpretadas como experiências cruciais típicas de um grupo inteiro, de forma que elas podem influir, como motivos diretores da ação, na exigência coletiva por relações ampliadas de reconhecimento. (HONNET, 2003, p. 126)

De uma maneira geral, a sociedade humana pode se organizar conforme o ciclo indivíduos-grupos sociais-Estados-grupos sociais-indivíduos.

Os indivíduos aspiram serem reconhecidos dentro dos grupos sociais onde se incluem. Os grupos sociais, que recebem os indivíduos, desejam ser reconhecidos pelo Estado, que reconhece, ao mesmo tempo, os grupos sociais e os indivíduos.

23 Cfr em NETO, José Aldo Camurça de Araújo. A categoria “reconhecimento” na teoria de Axel Honneth. *Argumentos Revista de Filosofia*, ano 3, nº 5, 2011, pp. 147; HONNETH, Axel. Reconhecimento e socialização: Mead e a transformação naturalista da ideia hegeliana. In: HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento – a gramática moral dos conflitos sociais*. Trad. de Luiz Repa. São Paulo: Ed. 34, 2003. pp. 125-154.

24 “A orientação para a emancipação que caracteriza a atividade do teórico crítico exige também que a teoria seja expressão de um comportamento crítico relativamente ao conhecimento produzido e à própria realidade social que esse conhecimento pretende apreender. Esses dois princípios fundamentais da Teoria Crítica, herdados de Marx, estão fundados na ideia de que a possibilidade da sociedade emancipada está inscrita na forma atual de organização social sob a forma de uma tendência real de desenvolvimento”. In HONNETH, Axel. Reconhecimento e socialização: Mead e a transformação naturalista da ideia hegeliana. In: HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento – a gramática moral dos conflitos sociais*. Trad. de Luiz Repa. São Paulo: Ed. 34, 2003. pp. 125-154

Da mesma forma, os Estados adotam a cooperação como forma de inter-relacionar-se com outros Estados e, assim, serem também reconhecidos, compondo espaços sociais específicos.

Consequentemente, nas relações internacionais, face à concepção individualista do Direito Internacional, os processos de aproximação devem igualmente reconhecer o papel dos nacionais e das suas nações.

Mas o Estado pode ir além da mera cooperação e, ao aprofundar os laços de solidariedade, passar a se integrar a outros Estados, em benefício dos indivíduos, que teriam reforçada a condição de elemento nuclear da humanidade.

Ao abordarem a relação do indivíduo com o outro, essas concepções trazem importante parâmetro para o resgate da perspectiva da solidariedade bem como para a compreensão dos indivíduos numa sociedade plural. A inserção do indivíduo na sociedade convida à implementação de uma política comum de defesa dos direitos transindividuais.

As relações internacionais não mais consideradas como uma ameaça à segurança e paz internas. É nesse sentido que se aplica a teoria apresentada por Hegel e discutida por Honneth.

A adoção do direito ao desenvolvimento na perspectiva dos direitos humanos universais enseja essa mudança de postura, argumentando favoravelmente aos processos de integração, caracterizados pelo cooptação de diversos grupos sociais que se comunicam na diversidade.

A partir da interação do sujeito com o outro e a necessidade de desenvolvimento das suas ações pautadas num sentimento de coletivo, onde o ordenamento jurídico não pode mais permitir distinções entre os indivíduos.

Quanto maior é a luta pelo reconhecimento de um determinado grupo, maior é desenvolvimento de sua consciência moral e da necessidade de mudanças. A gramática dos conflitos sociais é fundamental para compreendermos o direito ao desenvolvimento e sua relação com os processos de integração.

Daí que, para um processo de integração no Cone Sul, é imprescindível considerar os problemas e as assimetrias experimentadas pelos Estados sul-americanos.

Diante disso, é possível verificamos que, apesar de não existirem de maneira expressa, no Tratado de Assunção (que

instituiu o Mercosul), disposições acerca do princípio democrático e da participação individual no processo de integração, verifica-se que o objetivo do bloco foi a instituição de medidas que fossem suficientes para a criação de um espaço democrático na região como, por exemplo, a instituição do mercado comum e a livre circulação de bens, serviços, capitais e pessoas.

Um dos documentos mais importantes para a persecução desse objetivo foi o estabelecimento, em 1994, do Protocolo de Ouro Preto que serviu para aprimorar o funcionamento dos órgãos do Mercosul e definiu de forma precisa quais seriam as funções da Comissão Parlamentar Conjunta na adoção de medidas para acelerarem o processo de integração²⁵.

Direcionando a sua integração para um lado mais social, a “Declaração Presidencial de Las Leñas”²⁶, em 1992, estipulou a necessidade de se construir instituições democráticas como condição indispensável para a existência e desenvolvimento do Mercosul.

Dentre os itens da declaração, uma das mais importantes para consolidar o viés democrático foi o que disciplinou a possibilidade de um Estado parte ter o seu processo de integração prejudicado em virtude de uma alteração na ordem democrática²⁷.

Como consequência, em 1998, é estabelecido o Protocolo de Ushuaia sobre o Compromisso Democrático no Mercosul que institui de forma definitiva o compromisso do bloco com os ditames da democracia e a impossibilidade em se admitir que os Estados partes adotem governos autoritários e violem sistematicamente os direitos humanos.

25 Veja maiores informações em: MERCOSUL. *Protocolo Adicional ao Tratado de Assunção sobre a Estrutura Institucional do Mercosul - Protocolo de Ouro Preto*. 17 de dezembro de 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D1901.htm>. Acesso em 02 de dezembro de 2014.

26 Cfr informação em MERCOSUL. *Declaração Presidencial sobre Compromisso Democrático no Mercosul*, 25 de junho de 1996. Disponível em: <http://www.mercosur.int/innovaportal/file/4677/1/cmc_1996_acta01_declara-presiden_pt_compdemocratico.pdf>. Acesso em 04 de dezembro de 2014.

27 Cfr. Item 2, *Declaração Presidencial sobre Compromisso Democrático no Mercosul*: “2.- Toda alteração da ordem democrática constitui obstáculo inaceitável para a continuidade do processo de integração em curso para o Estado membro afetado”. MERCOSUL. *Declaração Presidencial sobre Compromisso Democrático no Mercosul*, 25 de junho de 1996. Disponível em: <http://www.mercosur.int/innovaportal/file/4677/1/cmc_1996_acta01_declara-presiden_pt_compdemocratico.pdf>. Acesso em 04 de dezembro de 2014.

O Protocolo reafirma mais uma vez que o Estado parte terá a sua participação suspensa no bloco sempre que houver uma ruptura na ordem democrática e, por conseguinte, uma inobservância dos preceitos do bloco²⁸.

Para reafirmar ainda mais o fato de que os Estados partes não aceitaram qualquer tipo de tentativa de golpe de Estado, com a decretação de ditaduras militares, o Protocolo de Ushuaia II, trouxe medidas ainda mais graves que serão aplicadas a qualquer Estado parte que estiver sofrendo ameaça ou ruptura em sua ordem democrática.²⁹

A evidência do déficit democrático da Venezuela, o aumento da taxa de violência no Brasil, o crescimento do sentimento de exclusão de alguns povos indígenas, oriundos da Bolívia e Peru, apenas ressaltam o valor da democracia para os povos da América do Sul, reforçando o alcance das conquistas nas lutas pelo reconhecimento.

Marilena Chauí (2008) explica que a cidadania exige instituições, mediações e comportamentos próprios, constituindo-se na criação de espaços sociais de lutas e na definição de instituições permanentes para a expressão política, como partidos, legislação e órgãos do poder público.

E como ampliar essa participação cidadã e fomentar o status de cidadania ativa? Já que a cidadania se define pelos princípios da democracia, isso significa necessariamente conquista e consolidação social e política (CHAUÍ, 2008).

28 Cfr em MERCOSUL. *Protocolo de Ushuaia sobre o Compromisso Democrático no Mercosul, Bolívia e Chile*. 24 de julho de 1998. Disponível em: <http://www.mercosur.int/innovaportal/file/4002/1/1998_protocolo_pt_ushuaiacomprodemocraticomcs-bech.pdf>. Acesso em 04 de dezembro de 2014..

29 Cfr artigo 1, Protocolo de Ushuaia II: “O presente Protocolo será aplicado em caso de ruptura ou ameaça de ruptura da ordem democrática, de uma violação da ordem constitucional ou de qualquer situação que ponha em risco o legítimo exercício do poder e a vigência dos valores e princípios democráticos”. As medidas a serem aplicadas estão descritas no artigo 6 e vão até a suspensão do direito de participar nos diferentes órgãos da estrutura institucional do MERCOSUL, à adoção de sanções políticas e democráticas e promoção da suspensão da Parte afetada no âmbito de outras organizações regionais e internacionais. Promover junto a terceiros países ou grupos de países a suspensão à Parte afetada de direitos e/ou benefícios derivados dos acordos de cooperação dos que for parte. MERCOSUL. *Protocolo de Montevideu sobre Compromisso com a Democracia no Mercosul (Ushuaia II)*, 20 de dezembro de 2011. Disponível em: <http://www.mercosur.int/innovaportal/file/2486/1/ushuaia_ii.pdf>. Acesso em 04 de dezembro de 2014.

Vale a pena diferenciar a cidadania passiva, aquela que é outorgada pelo Estado, com a ideia moral do favor e da tutela, da cidadania ativa, que institui o cidadão como portador de direitos e deveres, mas essencialmente criador de direitos para abrir novos espaços de participação política.

Logo, verifica-se que, uma vez cumpridos os direitos humanos pelo cidadão, a participação social alcança um status além das fronteiras dos países e passa a ser requisito a ser obtido pelos espaços comuns de integração, com a inserção de cláusulas democráticas não só nos textos constitucionais dos Estados, mas até mesmos nos próprios tratados instituidores dos blocos regionais de integração³⁰.

E nesse diapasão é que verificamos a dignidade da pessoa humana na perspectiva da integração, já que o indivíduo passará a ser ator principal de todo esse processo, ao exercer, de maneira ativa, a sua cidadania e, conseqüentemente, será reconhecido no grupo social em que vive.

Portanto, já não há dúvidas de que é preciso ir além da retórica das declarações de direitos e partir-se para os meios de sua fruição. Nesse ponto, um princípio com origens antigas vem obtendo lugar de destaque, sobretudo na construção europeia: o princípio da subsidiariedade.

3. A APLICAÇÃO DA SUBSIDIARIEDADE NO DIREITO AO DESENVOLVIMENTO: CONSAGRAÇÃO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Apenas a adoção de uma postura de cidadania ativa pode efetivamente reconduzir o indivíduo ao centro do processo de decisões políticas do Estado e dos Estados nos processos de integração.

Conseqüentemente, o desenvolvimento como direito humano de dimensão plural, pautado no direito à vida, às liberdades e à

30 Relacionando mais uma vez essas transformações com a teoria do reconhecimento de Axel Honneth, podemos afirmar que: “Do mesmo modo, a negativa de reconhecimento em uma dessas esferas propiciaria situações de desrespeito aos indivíduos de um modo geral, permeadas por maus tratados e violação da integridade física, privação de direitos e exclusão quanto à integridade social, degradação e ofensa quanto à honra e dignidade”. _____ . O reconhecimento social na visão de Axel Honneth: compreendendo a gramática moral dos conflitos sociais. *Puc-Rio*. Disponível em: <http://www2.dbd.puc-rio.br/pergamum/tesesabertas/1012878_2012_cap_2.pdf>. Acesso em 04 de dezembro de 2014.

igualdade, sempre irá decorrer de um processo de redemocratização, transformador das relações entre os indivíduos e entre os indivíduos e o Estado.

Trata-se de estabelecer mecanismos que promovam um novo equilíbrio nas relações de poder (*power-sharing arrangements*) nas três dimensões: entre os indivíduos, entre os nacionais e o Estado e entre os próprios Estados.

Inspirado nos paradigmas da América de sua época, Tocqueville (2012) rechaçava a ideia de centralização da administração, inadmitindo-a face à vastidão do território americano.

Visualizava uma América gerenciada por administrações periféricas, cujos governos locais teriam a possibilidade de incluir os indivíduos no processo de tomada de decisões nos seus próprios assuntos.

Segundo Tocqueville (2012), esse era o pressuposto que deveria reger a sociedade dos Estados Unidos: a individualidade a serviço do núcleo que o cerca, e esse núcleo, por sua vez, tem atuando em benefício das esferas maiores da organização política e territorial do país.

Esse crescente de competências harmonicamente interligadas em torno de um movimento “de dentro para fora” tem como pressuposto, segundo ele, a soberania do povo, ensejando a participação das instâncias intermédias, no sentido de viabilizar a eficiência dos meios e asseguram a liberdade em face do Estado.

Tocqueville referia-se ao princípio consagrado na construção do processo de integração europeu³¹, o Princípio da Subsidiariedade.

A ideia da subsidiariedade, no entanto, não é exatamente uma criação jurídica. Tem origem filosófica³², cujas referências remetem remotamente a ordens religiosas e apresenta contemporaneamente interessantes desdobramentos para as ciências políticas e as relações internacionais.

31 O projeto de integração europeu está constitucionalmente vinculado ao princípio da subsidiariedade. Introduzido pelo Tratado de Maastrich, guarda (juntamente com outros princípios) *status* fundamental no sistema de competências da União.

32 As raízes da subsidiariedade remontam à filosofia grega, bem como às manifestações cristãs medievais e à concepção germânica da sociedade. In MILLON-DELSOL, CHANTAL, *L'État subsidiaire, Ingérence et non ingérence de L'État: Le principe de subsidiarité aux fondements de l'histoire européenne*, Paris, 1992.

Etimologicamente, os termos subsidiário, subsidiariamente e subsidiariedade provêm de uma raiz comum: o termo latino *subsidium*, derivado de *subsidiarius*³³.

O adjetivo subsidiário aplica-se a subsídio, no sentido daquilo que reforça ou dá apoio, ajuda ou socorre³⁴, e, na sua forma substantiva, origina a palavra subsidiariedade.

Pode, portanto, designar o auxílio, a interferência, em caráter extraordinário, no sentido de prestar o apoio desejado, ou, para fins de reforçar aquele socorro que normalmente é prestado.

Pode ser interpretada com uma designação para tudo o que pode ser qualificado como secundário. Ou, como ensina José de Oliveira Baracho (2003, p. 24), pode traduzir, ao mesmo tempo, “as ideias de complementariedade e suplementariedade”.

No entanto, nenhum desses conceitos é suficiente para traduzir a real significação jurídica de subsidiariedade. O termo é poliédrico e sua etimologia sugere uma interpretação multifuncional dos seus significados, do ponto de vista filosófico, político e jurídico³⁵.

Consoante leciona Margarida Salema Martins (2003, p. 40), a subsidiariedade começa a repercutir na Antiguidade através da filosofia política aristotélica; na Idade Média, pela filosofia tomista; e na contemporaneidade, pela filosofia católica.

Para Aristóteles, a sociedade é o produto de um conjunto de grupos, formados sucessivamente. A natureza fez do homem um “ser político”, dotado de necessidade primitiva de viver socialmente (*appetitus societatis*).

A família é a principal das comunidades naturais, formada pela união do homem com a mulher, referindo-se às necessidades quotidianas, constituindo a casa. A sucessão de várias casas com necessidades menos quotidianas enseja a aldeia.

A cidade, por sua vez, seria o resultado da união de várias aldeias. Marcada pela autossuficiência, a cidade organizava-se em torno das necessidades da vida e em prol do bem-estar. Cada grupo

33 A subsidiariedade tem tradução para diversas línguas (subsidiarity, em inglês; subsidiarité, em francês; subsidiariedad, em espanhol, sussidarietà, em italiano; e subsidiarität, em alemão).

34 _____ .*Dicionários Michaelis e Houaiss da Língua Portuguesa*. In *Dicionário UOL*, disponível em: <<http://dic.busca.uol.com.br>>. Acesso 10 de dezembro de 2014.

35 Nesse sentido, IRIBANE, Manuel Fraga. *El Principio de Subsidiariedade en La Unión Europea*. Bruxelas: Fundación Galicia Europa, 1997, p. 36.

destes representaria uma camada que, por sua vez, coexistia com as demais. A depender da camada, toda camada superior atende aos anseios da camada imediatamente inferior.

O poder, segundo ele, está relacionado à sua utilidade, aos seus fins específicos. Não pode ultrapassar a idéia de remediar uma situação onde as diversidades – naturalmente existentes na sociedade – estão em conflito. Se a autoridade exerce o poder além desse limite, o faz fora de qualquer noção política.

Em síntese, a sociedade civil constituía, para Aristóteles, a um só tempo, uma resposta para as suas próprias necessidades, e um novo método através do qual uma comunidade (o indivíduo, inclusive) encontra a melhor maneira de aperfeiçoar a sua vida.

O discurso de Aristóteles soa como um aviso. Alerta para um Estado redutor e onipotente, perante o qual a subsidiariedade funciona como uma medida capaz de limitar a ingerência dos poderes públicos na esfera política e de liberdade do indivíduo.

Com base na teoria da origem natural da sociedade³⁶ e de acordo com a sua orientação organicista³⁷, Tomás de Aquino descreveu a sociedade como a necessária subordinação do bem da parte ao bem do todo.

Para ele, a antiga compreensão de cidadão parecia ter sido substituída pela entidade cristã “pessoa”. Cada um, na sua individualidade, é responsável pelo seu destino, recorrendo ao poder

36 Segundo esta teoria, apenas um indivíduo de natureza vil ou superior ao homem pode viver isolado: o ser superior, por ser dotado da capacidade divina de viver só (*excelentia naturae*), os mentalmente anormais (*corruptio naturae*) ou por acidente (*mala fortuna*). Os irracionais que se associam, constituem, pela teoria da origem natural da sociedade, meros agrupamentos formados pelo instinto, os denominados agrupamentos primários.

37 Na perspectiva do organismo (organicista), a sociedade é o conjunto de relações através dos quais os indivíduos vivem e atuam em ordem formando uma entidade nova e superior. Contrapõe-se, portanto, à perspectiva do mecanismo ou mecanicista. Grosso modo, é aquele que relaciona a sociedade a um grupo de indivíduos, formado a partir de um acordo de vontades e que buscam, através do vínculo associativo, obter um interesse comum impossível de ser obtido pelos esforços isolados dos indivíduos. Nesse sentido, ao contrário dos organicistas que consideram a sociedade como valor primário ou fundamental, como sujeito da ordem social, os mecanicistas pugnam pelo indivíduo, ele é a unidade fundamental, o centro irreduzível a toda assimilação coletiva, o verdadeiro sujeito da ordem social.

público, que se coloca a serviço das sociedades, para realizar a sua felicidade³⁸.

Tomás de Aquino desenvolveu suas ideias, juntamente com Althusius, com a influência do pensamento de Aristóteles, reverenciando o primado do bem comum sobre o bem particular. O homem, por seu turno, estava naturalmente inclinado a desejar, primeiro, o bem do próximo.

Isso não significava que este homem deixaria de perseguir os seus próprios fins, com liberdade. Embora necessariamente ligado à sociedade e a Deus, o homem é livre para realizar a si próprio.

Após o período medieval, Althusius foi pioneiro ao fazer apologia a uma autoridade subsidiária.

Na concepção organicista de Althusius, a sociedade constrói-se por pactos sucessivos, através de contratos públicos. Considerava imprescindível preservar a autonomia das comunidades em cada nível. As próprias comunidades, para ele, só existem porque são absolutamente necessárias.

Entretanto, a subsidiariedade só começou efetivamente a receber tratamento dogmático no discurso canônico, consagrado como princípio da Filosofia Social da Igreja Católica.

Embora presente na *Rerum Novarum* (1891), foi na Encíclica de Pio XI *Quadragesimo Anno* (1931)³⁹ que a subsidiariedade consagrou o primado da pessoa humana como valor essencial da vida em comunidade⁴⁰.

Constituiu princípio dedicado à função supletiva da coletividade, e sua aplicação implicou considerar o indivíduo e os grupos sociais menores da Comunidade.

38 TANCREDO, Fabrizio Grandi Monteiro de. O princípio da Subsidiariedade: As Origens e Algumas Manifestações. *Separata da Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*. Vol. XLVI nº1. Coimbra Editora, Coimbra, 2005, p. 178.

39 PIO XI. Encíclica *Quadragesimo anno*. 1931. Disponível em: http://www.vatican.va/phome_po.htm. Acesso 10 de dezembro de 2014.

40 No contexto de desorganização social da época, o Papa reavalia o papel da autoridade pública do Estado. "Assim como é injusto subtrair aos indivíduos o que eles podem efetuar com a própria iniciativa e trabalho, para confiar à Comunidade, do mesmo modo passar para uma comunidade maior e mais elevada o que comunidades menores e inferiores podem realizar é uma injustiça, um grave dano e perturbação da boa ordem social. O fim natural da sociedade e da sua acção é coadjuvar os seus membros, não destruí-los, nem absorvê-los". Encíclica de Pio XI *Quadragesimo Anno* (1931), in VILHENA, Maria do Rosário. *O Princípio da Subsidiariedade no Direito Comunitário*. Coimbra: Almedina, 2002.

O Estado havia esgotado a sua capacidade de cumprir com as suas funções e a conjuntura social era desfavorável. Chamando atenção para a existência dos corpos intermédios, a Encíclica sugeria uma via intermediária entre o Liberalismo e o coletivismo da doutrina marxista⁴¹.

Em seguida, o princípio da subsidiariedade e a função da autoridade pública na economia foram tema da Encíclica *Mater et Magister* de João XXIII, que louvou a intervenção do Estado como elemento de incentivo.

Em 1963 em *Pacem in Terris*, o tema da subsidiariedade foi adotado no âmbito das relações internacionais.

Segundo Maria do Rosário Vilhena, o princípio insculpido pela doutrina social da Igreja Católica contempla a existência de uma dimensão positiva e uma dimensão negativa.

É positiva, já que o Estado deve agir quando necessário e à medida que a comunidade inferior não reúna as condições ideais para desempenhar eficazmente as tarefas que lhe são cometidas, impondo-se à comunidade superior que o auxilie⁴².

E negativa, porque o Estado deve abster-se de agir se a sua presença não for imprescindível ou se a sua atuação não implicar maior eficiência no desempenho das funções.

Aliás, o critério de eficácia como justificativa da ação dos níveis superiores – poderes públicos e supragovernamentais – foi referido na *Centesimus Annus* de João Paulo II, em 1991. Nos casos onde não se verificasse esse critério, a função deveria ser cumprida pelos corpos intermédios⁴³.

Em suma, originalmente, a subsidiariedade pressupõe que tudo aquilo que pode ser realizado pelas comunidades inferiores não deve

41 SARAIVA, Rute Gil. *Sobre o Princípio da Subsidiariedade. Gênese, evolução, interpretação e aplicação*. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2001, p. 21.

42 “Não obstante, este auxílio não implica o afastamento total e imediato da comunidade inferior relativamente às tarefas em causa. De facto, o auxílio e a atuação do grupo de nível mais elevado e englobante deve cessar logo que a comunidade inferior se revele capaz e autônoma. A mera substituição, sem mais, de uma comunidade pela outra, não obedece ao espírito da subsidiariedade”, in VILHENA, Maria do Rosário. *O Princípio da Subsidiariedade no Direito Comunitário*. Coimbra: Almedina, 2002.

43 SARAIVA, Rute Gil. *Sobre o Princípio da Subsidiariedade. Gênese, evolução, interpretação e aplicação*. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2001, p. 21.

ser concretizado pela comunidade superior à qual pertencem. Implica uma inegável limitação da comunidade superior a um mínimo necessário.

Daí que a subsidiariedade tem vinculação com as ideias de liberdade e justiça. Já que o papel do Estado há de ser sempre subsidiário, competindo à própria sociedade promover a assistência mútua e recíproca para encerrar suas demandas, originalmente, mediante seus próprios esforços.

Segundo Fabrizio de Trancredo (2005, p. 188), é a liberdade que a subsidiariedade, enquanto princípio de competência, visa concretizar. A subsidiariedade almeja o equilíbrio social, seja quando o Estado intervém indevidamente em áreas próprias da sociedade, seja quando se presta a ajudar, coordenando e suprimindo as necessidades coletivas.

À subsidiariedade corresponde a fundamento de justiça à medida que reclama a competência originária dos indivíduos, das famílias e dos grupos sociais menores. A ameaça a essa competência, conforme Fabrizio de Tancredo (2005, p. 189), é pura injustiça.

A noção de subsidiariedade teria ainda alguns princípios estruturantes, a saber: o bem comum, a dignidade humana, o pluralismo social e a responsabilidade social.

Bem comum e subsidiariedade são os fundamentos da intervenção do Estado. Enquanto que, conforme explica Jorge Miranda (2000, p. 184), a Dignidade Humana é a fonte ética, fundamento e fim da própria sociedade.

O pluralismo social, por outro lado, constitui corolário da subsidiariedade. O primeiro indica o reconhecimento pelo Estado da existência dos grupos sociais, com autonomia de direitos e competências próprias.

A responsabilidade social nada mais é do que a consagração do vínculo solidário de convivência entre os indivíduos que compõem uma sociedade. Também não há que se pronunciar a subsidiariedade sem esse substrato.

Ademais, o termo subsidiariedade não se confunde com descentralização.

Jorge Miranda (2000, p. 184) adverte que “na descentralização parte-se do Estado para pessoas coletivas por ele criadas ou com poderes por ele outorgados, ao passo que na subsidiariedade o movimento é inverso (...)”.

Arremata concluindo que o aparente nexos entre os termos não se justifica tendo em vista que “a subsidiariedade não é suficiente garantia de descentralização; tudo depende do juízo que, em cada momento, se faça acerca das necessidades coletivas e acerca dos modos e dos meios de satisfazê-las” (MIRANDA, 2000, p. 184)

O que pode sugerir uma ligação é o fato de que, na ordem jurídica interna, a subsidiariedade está relacionada à preocupação dos governos dos Estados, sobretudo os membros de uma federação, com os exercícios das suas próprias atribuições nos quadros políticos, administrativos e econômicos.

A qualidade de uma administração pública muitas vezes não se coaduna com as tendências de centralização. Ao contrário, a concretização de políticas de descentralização favorece a desburocratização e o desenvolvimento, através da implementação de políticas públicas locais.

A maior facilidade para o diagnóstico dos problemas sociais em razão da maior proximidade entre os cidadãos e autoridade locais contribui positivamente para a implementação dos direitos fundamentais, além de estimular a participação solidária da sociedade, conforme se analisará mais profundamente adiante.

Com isso, verifica-se a completa relação entre o princípio da subsidiariedade e a dignidade da pessoa humana, encontrando-se aquele fundamento neste, uma vez que a participação social de forma ativa poderá direcionar a atuação do Estado e possibilitar a relação de todos que integram a comunidade.

Nesse sentido, os direitos sociais e a ideia de direito ao desenvolvimento poderão ser efetivados, já que estes não constituem mais uma barreira à atuação do Estado, mas são elevados à própria razão de ser do ente estatal, cabendo a este promover uma sociedade justa, digna, pautada no direito ao desenvolvimento e nos princípios da solidariedade, pluralismo, igualdade, liberdade e democracia.

CONCLUSÃO

O desenvolvimento não é apenas um direito de ordem constitucional. Como direito humano universal ultrapassa a fronteira dos Estados, estendendo-se a todos os entes e organismos internacionais.

Embora direito do homem, ultrapassa a esfera individual e, ao sintetizar direitos difusos, afeta-o isolada e coletivamente.

Sua origem nas agendas das organizações internacionais inseriu-o equivocadamente no rol dos compromissos morais dos Estados desenvolvidos com os Estados em desenvolvimento.

Sua verdadeira natureza, no entanto, é outra. Trata-se de uma nova dimensão de direitos, ligada à própria evolução das relações entre indivíduos, entre indivíduos e o Estado e entre os próprios Estados.

No plano nacional, exige uma das formas de transformação estrutural do Estado. No plano internacional, implica uma reflexão a respeito da própria noção de crescimento do Estado em face de suas relações internacionais.

Em sentido positivo, pressupõe a participação popular e o gradativo aperfeiçoamento das estruturas estatais na proteção aos direitos e garantias fundamentais. E, no sentido negativo impõe limites à intervenção estatal sempre que a sua presença não for imprescindível ou a sua atuação não implique maior eficiência na prestação da atividade.

Em face das dificuldades experimentadas na América do Sul, principalmente no que se refere aos índices sociais, um importante passo para a garantia do direito ao desenvolvimento se dá com o estímulo à cidadania ativa no contexto dos modelos regionais de integração.

A participação dos indivíduos nos processos decisório do Estado – e, conseqüentemente, dos Estados em processo de integração – pode contribuir decisivamente para a promoção e efetivação desse direito nos dois planos: nacional e regional. Aliás, esse compromisso democrático já encontra interessante parâmetro jurídico no Protocolo de Ushuaia, firmado no âmbito do Mercosul.

A integração deve buscar a consagração da democracia pois é nela que se encontra o fim para a efetivação das políticas públicas e o bem-estar de todos, sempre respeitando a individualidade do homem em benefício do coletivo.

A dignidade da pessoa humana será revestida nesse cenário do pilar central, juntamente com o princípio da subsidiariedade e o direito ao reconhecimento, haja vista que se faz necessária a transposição dos interesses estatais, além de considerar como protagonistas os indivíduos no processo de desenvolvimento dos Estados.

Comparando-se as iniciativas de integração da América do Sul com a experiência europeia resta demonstrado que, num processo

de integração, quanto mais próximos os sul-americanos estiverem dos centros de poder maior consciência haverá de sua dimensão econômica e social.

Entretanto, não se trata de tarefa fácil, considerando-se que isso só será possível através de um novo arranjo de poder nas relações entre os indivíduos, entre os indivíduos e o Estado e, entre os indivíduos e os poderes no processo de integração.

Daí a importância do resgate da identidade do indivíduo, que passa necessariamente pela consciência de sua função na coletividade.

É preciso retomar o espírito de solidariedade que convida a refletir sobre a relação de fraternidade que deve orientar os governos nacionais na revelação das suas prioridades sociais. E deixar para trás a memória individualista do direito constitucional através da predominância do espírito solidário do Estado Social é propor a superação do individualismo pela da reafirmação da individualidade.

Nesse processo, a reivindicação popular ao direito ao desenvolvimento também deve valer-se da influência do mesmo princípio de repartição de competências adotado na integração europeia: o princípio da subsidiariedade.

Conforme se anotou, desde o discurso canônico da Filosofia Social da Igreja Católica que a subsidiariedade se consagrava como princípio que eleva o indivíduo e os grupos sociais menores da Comunidade. E desde Aristóteles, sempre funcionou como freio à ingerência dos poderes públicos na esfera política e de liberdade do indivíduo.

Pressupondo que o que pode ser realizado pelas comunidades inferiores não deve ser concretizado pela comunidade superior, a subsidiariedade representa a limitação da comunidade superior ao mínimo necessário. Conseqüentemente, vai se associar às ideias de liberdade, justiça social, dignidade humana, pluralismo e responsabilidade social.

A intervenção equivocada dos poderes públicos – Estado e órgãos decisórios nos processos de integração – ou a ausência dela podem resultar em violação à liberdade e em injustiça.

Tendo como valor máximo a dignidade humana e o bem comum, a subsidiariedade reverencia o pluralismo social à medida que protege o indivíduo e, ao reconhecer os grupos sociais, exalta a individualidade. Já a responsabilidade social nada mais é do que a consciência do vínculo solidário entre os indivíduos numa sociedade.

Intimamente ligados, as teorias que exaltam o direito dos indivíduos a se conscientizar do seu papel na sociedade e o princípio da subsidiariedade, vão se encontrar como fundamento à cidadania ativa no processo de integração da América do Sul. E, ao promovê-la, acabam por cooperar com essa integração, através do reconhecimento do direito ao desenvolvimento para os povos do Cone Sul.

Assim sendo, podemos afirmar que há, sim, meios de se priorizar, nomeadamente nos quadros da integração na América do Sul, o direito ao desenvolvimento, definido como direito humano fundamental. E não se trata de compromisso moral, conforme já se anotou. Num projeto de integração sério há muitos meios para se estabelecer um compromisso em bases jurídicas para o desenvolvimento em prol dos indivíduos.

REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Elizabeth. *Mercosul e União Europeia: estrutura jurídico constitucional*. 3 ed. atual. Curitiba: Juruá Editora.

ACCIOLY, Elizabeth. Poderá Exportar-se o Modelo da União Europeia? *Revista de Estudos Europeus*, Ano I, nº 2, Coimbra: Almedina, 2007.

Acordo de Complementação Econômica nº 14. 20 de dezembro de 1990. Disponível em: <www.mdic.gov.br/arquivos/dwnl_1199818252.doc>. Acesso em 10 de dezembro de 2014.

Acordo de Complementação nº 18, celebrado entre Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai, 23 de fevereiro de 2005. Disponível em: <<http://www.receita.fazenda.gov.br/legislacao/acordosinternacionais/AcordosComplEconomica/2005/Dec54552005.htm>>. Acesso em 10 de dezembro de 2014

BOBBIO, Norberto. *Dicionário de política*. 5ª ed. Brasília: Ed. UNB, 2000.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *O Princípio da Subsidiariedade. Conceito e Evolução*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003

BARROSO, Luis Roberto. O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas (Estudo: A proteção do meio ambiente na Constituição brasileira). 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996, p. 254. In *Comentários à Constituição do Brasil*. Coord. Científica J.J. Gomes Canotilho, Gilmar Ferreira Mendes, Ingo Wolfgang Sarlet e Lenio Luiz Streck. Editora Saraiva. 2013.

BARROSO, Luis Roberto. *A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação*. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf>. Acesso em 10 de janeiro de 2015.

CANÇADOS TRINDADE, Antônio Augusto. *O esgotamento de recursos interno no direito internacional*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1984.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª ed. Coimbra, 2003.

CHAUÍ, Marilena. *Cultura e democracia*. São Paulo, Editora Moderna, 2008

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007

Dicionário Michaelis On line. Disponível em: <<https://www.michaelis.uol.com.br>>. Acesso em: 18 de dezembro de 2014.

DINH, Nguyen Quoc, DAILLIER, Patrick e PELLET, Alain. *Direito internacional público*. trad. Vítor Marques Coelho. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.

FROTA, Hidemberg Alves da. O princípio da dignidade da pessoa humana à luz do direito constitucional comparado e do direito internacional dos direitos humanos. *Revista Latinoamericana de Derecho*, ano II, n. 4, julio-diciembre 2005, pp. 1-26. Disponível em: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/revlad/cont/4/cnt/cnt1.pdf>>. Acesso em 05 de janeiro de 2015.

HEGEL, G. W. F. Enciclopédia das Ciências Filosófica em compêndio (1830) *A Filosofia do Espírito*, vol. III. Trad. MENESES, Paulo. Edições Loyola. p. 207.

HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento – a gramática moral dos conflitos sociais*. Trad. de Luiz Repa. São Paulo: Ed. 34, 2003.

HONNETH, Axel. Reconhecimento e socialização: Mead e a transformação naturalista da ideia hegeliana. In: HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento – a gramática moral dos conflitos sociais*. Trad. de Luiz Repa. São Paulo: Ed. 34, 2003. pp. 125-154.

IRIBANE, Manuel Fraga. *El Principio de Subsidiariedade en La Unión Europea*. Bruxelas: Fundación Galicia Europa, 1997.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2008.

LALANE, André. *Vocabulário Técnico e Crítico de Filosofia*. 3ª Edição. Martins Fontes. São Paulo, 1999.

LÚCIA, Carmen Rocha. *O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social*. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32229-38415-1-PB.pdf>>. Acesso em 10 de janeiro de 2015.

MAGALHÃES, Jose Luiz Quadros de. *Direito Constitucional: Curso de direitos fundamentais*. São Paulo: Método, 2008.

_____. *O Estado plurinacional e o direito internacional moderno*. Curitiba: Juruá, 2012.

MANDEVILLE. Bernard. *A Fábula das Abelhas: Ou Vícios Privados, Benefícios Públicos*. (*The Fable of the Bees*). 1714.

MARTINS, Margarida Salema D'Oliveira. *O Princípio da Subsidiariedade em Perspectiva Jurídico-Política*. Lisboa: Coimbra Editora, 2003, p. 40.

MERCOSUL. *Tratado de Assunção*. Assunção, 26 de março de 1991. Disponível em: <<http://www.mercosur.int/show?contentid=10&channel=secretaria>>. Acesso em 10 de dezembro de 2014.

MERCOSUL. *Protocolo de Ushuaia sobre o Compromisso Democrático no Mercosul, Bolívia e Chile*. 24 de julho de 1998. Disponível em: <http://www.mercosur.int/innovaportal/file/4002/1/1998_protocolo_pt_ushuaiacomprodemocraticomcs-bech.pdf>. Acesso em 04 de dezembro de 2014.

MERCOSUL. *Protocolo de Montevideu sobre Compromisso com a Democracia no Mercosul (Ushuaia II)*, 20 de dezembro de 2011. Disponível em: <http://www.mercosur.int/innovaportal/file/2486/1/ushuaia_ii.pdf>. Acesso em 04 de dezembro de 2014.

MERCOSUL. *Protocolo Adicional ao Tratado de Assunção sobre a Estrutura Institucional do Mercosul - Protocolo de Ouro Preto*. 17 de dezembro de 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D1901.htm>. Acesso em 02 de dezembro de 2014.

MERCOSUL. *Declaração Presidencial sobre Compromisso Democrático no Mercosul*, 25 de junho de 1996. Disponível em: <http://www.mercosur.int/innovaportal/file/4677/1/cmc_1996_acta01_declara-presiden_pt_compdemocratico.pdf>. Acesso em 04 de dezembro de 2014.

MILLON-DELSOL, CHANTAL, *L'État subsidiaire, Ingérence et non ingérence de L'État: Le principe de subsidiarité aux fondements de l'histoire européenne*, Paris, 1992.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV. Direitos Fundamentais. 3ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000

NETO, José Aldo Camurça de Araújo. A categoria "reconhecimento" na teoria de Axel Honneth. *Argumentos Revista de Filosofia*, ano 3, nº 5, 2011.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Carta das Nações Unidas. 26 de junho de 1945. Disponível em: <<http://www.onu-brasil.org.br/>>, acessado em 02 de fevereiro de 2014

PIO XI. Encíclica Quadragésimo anno. 1931. Disponível em: <http://www.vatican.va/phome_po.htm>. Acesso 10 de dezembro de 2014

QUADROS, Fausto de. *Direito da União Europeia*. Almedina. Coimbra, 2004.

SARAIVA, Rute Gil. *Sobre o Princípio da Subsidiariedade. Gênese, evolução, interpretação e aplicação*. Lisboa.: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2001.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como Liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SENGUPTA, Arjun. "Fifth Report of the Independent Expert on the Right to Development". E/CN.4/2002/WG.18/6. 18 set. 2002. Disponível em: <<http://www.unhchr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/0/bc51cabde398c157c1256c4b002a0051?Opendocument>>. Acesso em 24 fev. 2014

SILVA, Vasco Pereira da. *Verde Cor de Direito – Lições de Direito do Ambiente*. Coimbra: Almedina, 2002.

TANCREDO, Fabrizio Grandi Monteiro de. O princípio da Subsidiariedade: As Origens e Algumas Manifestações. *Separata da Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*. Vol. XLVI nº 1. Coimbra: Coimbra Editora, 2005

TOCQUEVILLE, Alexis de. *Democracy in America*. Vols. I e II. United States of America: Liberty Fund, 2012.

VILHENA, Maria do Rosário. *O Princípio da Subsidiariedade no Direito Comunitário*. Almedina: Coimbra, 2002

_____. *Dicionários Michaelis e Houaiss da Língua Portuguesa*. In *Dicionário UOL*, disponível em: <<http://dic.busca.uol.com.br>>. Acesso 10 de dezembro de 2014.

_____. O reconhecimento social na visão de Axel Honneth: compreendendo a gramática moral dos conflitos sociais. *Puc-Rio*. Disponível em: <http://www2.dbd.puc-rio.br/pergamum/tesesabertas/1012878_2012_cap_2.pdf>. Acesso em 04 de dezembro de 2014.

O DIREITO DE PROTEÇÃO DA NATUREZA: EM NOME DE QUE DIGNIDADE?

André Olavo Leite

Doutorando do Conservatoire National des Arts et Métiers (França), especialidade direito; Tese em cotutela com o PPGD da Universidade Federal de Santa Catarina (Brasil); Bolsista da École Doctorale Abbé Grégoire (França).

Valter Moura do Carmo

Doutorando em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC. Atualmente realiza doutorado sanduíche na Universidade de Zaragoza com bolsa do PDSE da CAPES.

Diz-se que Bartholomew Chassenée, um distinto jurista francês do século XVI [...] construiu sua reputação no meio jurídico por ter advogado para alguns ratos que tinham sido levados a julgamento perante a corte eclesiástica de Autun sob a acusação de terem criminosamente comido e desenfreadamente destruído a plantação de cevada daquela província. A acusação formalmente apresentada pelo magistrado local, o oficial ou vigário episcopal que exercia a jurisdição nesses casos, intimava os culpados a comparecerem com data e hora marcada, e indicava Chassenée para defendê-los¹.

1. INTRODUÇÃO

As últimas décadas foram marcadas pelo aumento da preocupação com o meio em que vivemos, catástrofes ambientais, a possibilidade de falta d'água e alimentos, contribuindo para que uma parcela da população rediscutisse o modo com que lidamos com o meio ambiente. Com o processo de modernização, guiado

¹ Trecho da obra *The Criminal Prosecution and Capital Punishment of Animals* de E. P. Evans (p. 18). No original lê-se: "It is said that Bartholomew Chassenée, a distinguished French jurist of the sixteenth century [...] made his reputation at the bar as counsel for some rats, which had been put on trial before the ecclesiastical court of Autun on the charge of having feloniously eaten up and wantonly destroyed the barley-crop of that province. On complaint formally presented by the magistracy, the official or bishop's vicar, who exercised jurisdiction in such cases, cited the culprits to appear on a certain day and appointed Chassenée to defend them".

pelo crescimento econômico e progresso tecnológico, adotamos a ideologia das liberdades individuais que privilegia os interesses privados, sendo a natureza transformada em mero recurso natural (LEFF, 2001, pp. 7-8). Nesse diapasão, “configura importante tarefa para o futuro próximo, se não para o presente, assegurar a adequada coordenação dos múltiplos instrumentos setoriais de proteção dos direitos humanos e de proteção ambiental adotados nas últimas décadas em nível global e regional” (CANÇADO TRINDADE, 2003, p. 164). Segundo James Lovelock (2007, p. 25):

Estamos tan obsesionados con la idea de progreso y con el bienestar [...] Ahora que somos más de seis mil millones de personas hambrientas y glotonas, todas aspirando al nivel de vida del primer mundo, nuestro modo de vida urbano invade el terreno de la Tierra Viva. La expoliamos de tal forma, que la estamos dejando sin medios para sostener el comfortable mundo al que estamos acostumbrados. Ahora la Tierra está cambiando, siguiendo sus propias reglas internas, hacia un estado en el que ya no seremos bienvenidos.

A doutrina vem tratando extensivamente de como um meio ambiente de qualidade é item indispensável à garantia de uma série de direitos humanos, que vão da alimentação à cultura, passando pela saúde, pelo trabalho, pela água, pela habitação e pela educação, dentre outros (PRIEUR, 2009), e de como a garantia no plano constitucional de um direito a um meio ambiente de qualidade contribui de diferentes maneiras para o respeito do princípio da dignidade da pessoa humana (FERNSTERSEIFER, 2008; LEÃO; LEVY, 2007; LINHARES; PIEMONTE, 2010; TELES DA SILVA, 2006). E, embora o nexo entre a proteção do meio ambiente e a dignidade humana nem sempre esteja explicitado na lei, muitos tribunais têm tido a oportunidade de reconhecê-lo em suas decisões (CIJ, 1996).

Nota-se que, embora a Convenção Americana dos Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) não possua normas que protejam o ambiente por si só, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos – CIDH e a Corte Interamericana de Direitos Humanos - CorteIDH acabam, devido ao diálogo das fontes, realizando uma análise favorável ao meio ambiente. Assim, por via reflexa ou indireta, ocorre a leitura de dispositivos da Convenção junto com a preocupação com o meio ambiente. Ocorrendo um “Greening” do Sistema Interamericano de Direitos Humanos (MAZZUOLI;

TEIXEIRA, 2012), como nos casos: 1 - Povo Yanomami vs. Brasil (CIDH, 1985), onde a CIDH, pela Resolução 12/85 de 5 de Março de 1985, discutiu a construção da BR-210 em território indígena levando em conta os seguintes direitos reconhecidos na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem de 1948²: Direito à vida, à liberdade e à segurança (artigo 1); Direito de residência e trânsito (artigo 8); Direito à preservação da saúde e ao bem-estar (artigo 9); 2 - Comunidade Indígena Awas Tingni Mayagna (Sumo) vs. Nicarágua (CorteIDH, 2001) sobre a exploração de terras indígenas. Importante ressaltar o voto razoado em conjunto dos juízes Antônio Augusto Cançado Trindade, Máximo Pacheco Gómez e Alirio Abreu Burelli (Corte IDH, 2001, p. 91):

De ahí la importancia del fortalecimiento de la relación espiritual y material de los miembros de la Comunidad con las tierras que han ocupado, no sólo para preservar el legado de las generaciones pasadas, sino también para asumir y desempeñar las responsabilidades que ellos asumen respecto de las generaciones por venir. De ahí, además, la necesaria prevalencia que atribuyen al elemento de la conservación sobre la simple explotación de los recursos naturales. Su forma comunal de propiedad, mucho más amplia que la concepción civilista (jusprivatista), debe, a nuestro juicio, ser apreciada desde este prisma [...] La preocupación por el elemento de la conservación refleja una manifestación cultural de la integración del ser humano con la naturaleza y el mundo en que vive. Esta integración, creemos, se proyecta tanto en el espacio como en el tiempo, por cuanto nos relacionamos, en el espacio, con el sistema natural de que somos parte y que debemos tratar con cuidado, y, en el tiempo, con otras generaciones (las pasadas y las futuras), en relación con las cuales tenemos obligaciones. (Grifos nossos).

Os juristas que buscam conceituar a Dignidade Humana tomam como base os escritos do filósofo prussiano Immanuel Kant (1724-1804), que entende o conceito como “princípio moral segundo o qual o ser humano deve ser tratado como um fim (Zweck) em si, e jamais

2 Como o Brasil só depositou à carta de adesão da convenção Interamericana de Direitos Humanos em 1992, à comissão analisou o pedido formulado tendo como base a declaração americana dos Direitos e Deveres do Homem de 1948 aprovada em Bogotá.

meramente como um meio que visa a um fim distinto e externo a ele mesmo” (KANT, 2003, p. 29).

A dignidade da pessoa humana vem ocupando um lugar central nas discussões sobre os direitos humanos desde pelo menos a II Grande Guerra, e pode ser encontrada em boa parte das Constituições ocidentais, na jurisprudência e em um sem número de leis. Além disso, como mostra Christopher McCrudden (2008), aparece em uma profusão de documentos de direito internacional³, onde sua utilização se dá ou de forma geral, através da afirmação de um princípio, ou através do reconhecimento de direitos, normalmente ligados à temática do documento onde é utilizado.

Esse último caso, contudo, é a exceção, sendo a regra a formulação da dignidade humana como princípio ou norma programática, tal qual no art. 1º, III, da Constituição brasileira. Mesmo assim, apesar dessa formulação generalista e de poucas vezes estar vinculada a direitos substantivos – questão essa que está intimamente relacionada à dificuldade de estabelecer-se com precisão seu conteúdo – sua grande difusão atesta ser “um dos grandes consensos éticos do mundo ocidental” (BARROSO, 2010).

O conceito estanque da Dignidade Humana e sua aplicação no campo jurídico devem ser rediscutidos. Viviana Monsalve e Javier Román (2009, p. 42) evidenciam que sua conceituação enfrenta contradições ou problemas, formuladas pelas seguintes perguntas:

i) ¿Es la dignidad humana un aspecto natural de los seres humanos o es, por el contrario, un aspecto consensual creado por la voluntad política y legislativas de los Estados? ii) ¿Es la dignidad humana un valor abstracto o, por el contrario, es posible definirlo en relación con aspectos concretos de la vida humana? Y iii) ¿Es la dignidad humana un valor absoluto y universal o, por el contrario, es un valor particular dependiente de contextos históricos, culturales e, incluso, individuales?

Eveline de Magalhães Werner Rodrigues (2014, p. 144), quando discute o “bem viver” no contexto do constitucionalismo latino-americano, denota que:

³ Segundo Jorge Carpizo (2011, p. 13) a Dignidade da Pessoa Humana é o fundamento do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

É importante perceber que não se pode dizer tudo por meio da ideia de dignidade humana, nem se poderia esperar isso, uma vez que esse não é o objetivo do conceito. Mas é possível, sim, dizer muito mais por meio da ideia de dignidade, se estivermos abertos à expansão do conceito, permitindo, dessa forma, que se alcance como resultado a proteção de projetos de vida coletivos, e o equilíbrio da vida em geral. Esse objetivo pode ser alcançado, não por meio da dignidade humana (que continua a ter seu valor para a proteção de outras realidades), mas por meio da dignidade pautada no valor intrínseco.

Apesar do amplo reconhecimento do liame entre a preservação dos diferentes elementos que compõem o meio ambiente e a garantia das condições necessárias para que o ser humano tenha sua dignidade assegurada, e dos inegáveis avanços em matéria ambiental que se observou nas últimas décadas, o direito permanece confrontado a uma série de limitações que põem em cheque a efetividade do direito – reconhecido nas constituições da maior parte dos países – a um meio ambiente de qualidade.

Como coloca de forma muito clara a jurista francesa Marie-Angèle Hermitte (2011), a proteção de elementos naturais como o ar, a água e a fauna e a flora selvagens, encontra dificuldades justamente pelo fato de serem bens que em sentido amplo não podem – e não devem poder – serem apropriados pelo homem e resguardados pelo direito de propriedade.

Essa dificuldade tem levado um número crescente de juristas e filósofos⁴ a questionar o modelo eminentemente antropocentrado, fruto do humanismo clássico, de formulação das preocupações com a natureza, e a afirmar que para que a dignidade humana seja garantida é preciso que, antes, se reconheça a dignidade da própria natureza enquanto tal. Em outra, para que o ser humano possa desfrutar de um meio ambiente condizente com a dignidade que se lhe quer atribuir, é preciso inverter a condição em que a natureza teria sido posta pela cultura – de mero ambiente ou meio que circunda o ser humano – e passar a tratá-la como entidade dona de sua própria dignidade e de alguns direitos que seriam inerentes a essa condição.

Sem dúvida, essa ideia soa original, mas, considerando-se que a atribuição de uma personalidade jurídica a empresas e instituições é fenômeno artificial e baseado em razões puramente pragmáticas,

4 Nesse sentido, ver Michel Serres (1990).

porque não estender essa mesma possibilidade a elementos cuja proteção ocupa o centro do debate contemporâneo?

Embora para filósofos como Luc Ferry (2009) esse discurso esteja associado à ecologia profunda e ao anti-humanismo que a caracteriza, como se observa pelo pequeno trecho que abre este trabalho a ideia de se atribuir à natureza ou a seus elementos constitutivos personalidade jurídica e a capacidade de se fazer representar perante o direito não é nem novidade nem deriva dos movimentos ecologistas do século XX⁵.

O que é novidade, sim, é a ideia de se utilizar esse tipo de artifício jurídico como mecanismo para se garantir indiretamente a dignidade humana, seja através do resgate de valores ancestrais que são incorporados pelo direito, como no caso da Pachamama na Constituição do Equador, seja através de inovações legislativas menos espontâneas – mas nem por isso menos inovadoras – como no caso da Constituição da Suíça.

Esses exemplos constituem inovações bastante significativas e oportunamente serão tratados em maior detalhe, mas é importante que se tenha em mente que não se trata de casos isolados ou de radicalismos. O próprio *mainstream* do direito vem consagrando essa ideia de diferentes formas, através de decisões judiciais, da doutrina ou mesmo de inovações legislativas.

5 Nem é também o caso dos movimentos de defesa dos direitos dos animais, e quanto a isso podemos citar o precursor Jeremy Bentham, fundador da filosofia utilitarista moderna, que já em 1781 argumentava nesse sentido em seu *Uma Introdução aos Princípios da Moral e da Legislação*: “Existe alguma razão pela qual deveríamos poder fazer-los [os animais] sofrer? Nenhuma que eu saiba. Existem razões pelas quais *não* deveríamos poder fazer-los sofrer? Sim, diversas. Ainda em nossos dias, e estou triste em dizer que em diversos lugares isso ainda não é passado, a grande maioria da espécie humana, sob a denominação de escravos, tem sido tratados pelo direito da mesma forma que, como na Inglaterra por exemplo, as raças inferiores de animais ainda o são. Chegará o dia em que a parte não-humana da criação animal adquirirá os direitos que nunca poderiam ter sido tirados deles a não ser pela tirania. Os franceses já descobriram que a negrura da pele não é razão pela qual um ser humano deva ser abandonado aos caprichos de seu algoz. Talvez algum dia se reconheça que o número de pernas, a textura da pele ou o tamanho da cauda são razões igualmente insuficientes para que se abandone ao mesmo destino uma criatura capaz de sentimentos. O que mais pode servir para se traçar uma linha divisora? Talvez ser dono de uma inteligência, ou mesmo possuir uma linguagem? Pois um cavalo ou cachorro adulto é indiscutivelmente um ser mais racional e capaz de se comunicar que uma criança de um dia, de uma semana ou mesmo de um mês de idade. Mas suponhamos que não fosse esse o caso, que diferença faria? A questão não é *podem eles pensar?* nem *podem eles falar?* Mas sim *podem eles sofrer?*” (BENTHAM, 1879, p. 143).

Alguns episódios são até mesmo célebres, como o do artigo de Christopher Stone (1972), depois utilizado pelo *Justice* da Suprema Corte americana William O. Douglas em seu voto dissidente no caso *Sierra Club v. Morton*⁶; ou como o caso do *habeas corpus* impetrado em favor da chimpanzé Suíça na Bahia em 2005, negado em sede liminar e que perdeu seu objeto antes do julgamento definitivo porque no ínterim a paciente morreu (BRASIL, 2005); ou ainda como o caso dos chimpanzés Hércules e Leo, que recentemente tiveram *habeas corpus* concedidos por uma corte americana, no primeiro caso em que a justiça do país reconheceu personalidade jurídica a um ente não-humano (ESTADOS UNIDOS, 2015).

Um outro caso oportuno de ser citado é o do Projeto de Lei 2833/2011, aprovado pela Câmara dos Deputados em 29 de abril de 2015 e encaminhado ao Senado, e que “criminaliza condutas praticadas contra cães e gatos, e dá outras providências” (BRASIL, 2015). Esse projeto, como sua ementa adianta, tipifica penalmente condutas praticadas que atentem contra a vida, a saúde ou a *integridade física ou mental* de cães e gatos, incluindo sacrificá-los se não se encontrarem em processo agônico irreversível; empregar meios de sacrifício que não sejam indolores e sem sofrimento, de forma controlada e assistida; sacrificá-los para fins de controle populacional ou sacrificá-los para controle zoonótico, salvo quando houver comprovação irrefutável de que são portadores de enfermidade infectocontagiosa não responsiva a tratamento; ou abandoná-los, deixando-os “desamparados e entregues à própria sorte”. Prevê ainda o aumento de pena em casos de cometimento de crime através do emprego de meio considerado cruel, como tortura, espancamento, veneno e asfixia. Do que trata esse projeto senão do reconhecimento fático de que essas espécies animais – elementos da natureza – têm direito a um pouco de dignidade?

6 Seu voto no caso afirmava que “a questão crítica do “interesse em agir” seria simplificada e também claramente posta em evidência se criássemos uma lei federal que permitisse às questões ambientais serem discutidas em juízo, em agências federais ou tribunais federais, em nome dos objetos inanimados que estão prestes a serem despojados, desfigurados ou invadidos por rodovias ou tratores, e onde esses prejuízos são motivo de ultraje para a sociedade. A preocupação contemporânea da sociedade com a proteção do equilíbrio ecológico da natureza deveria levar à atribuição de interesse de agir a objetos ambientais, permitindo-lhes representar-se em juízo em nome de sua própria proteção” (ESTADOS UNIDOS, 1972, nossa tradução).

Mas, cabe aqui perguntar, também, em que se baseia essa dignidade que se atribui a essas espécies. A resposta é a própria dignidade humana, e prova disso é que o projeto trata tão somente daquelas espécies que se encontram mais próximas às pessoas e para com as quais existe um sentimento familiar. O pano de fundo aqui é o direito das pessoas de saberem que não são cometidas atrocidades para com seres que são considerados *família*, e não o bem-estar de seres capazes de sentir; afinal, o grupo desses animais é muito mais amplo⁷.

Essa iniciativa, portanto, que, como dito, integra um quadro amplo de iniciativas de formas variadas, é particularmente uma característica de como o reconhecimento da dignidade da natureza pelo *mainstream* do direito, embora seja um processo ainda em andamento, permanece parcial e limitado em seu escopo. E também mostra com clareza a interessante relação de interdependência que começa a ser estabelecida entre a dignidade humana e a dignidade da natureza.

É interessante, por conseguinte, que tratemos dos já citados ordenamentos jurídicos que estão dando um passo à frente nessa discussão e incorporando de forma mais ampla o reconhecimento da dignidade da natureza.

2. A CONSTITUIÇÃO SUÍÇA E A DIGNIDADE DA NATUREZA

Um dos exemplos mais impressionantes do fenômeno de reconhecimento da dignidade da natureza pelo direito pode ser encontrado na Constituição da Suíça de 1999, sendo este provavelmente o primeiro caso de uma legislação que adota esse tipo de formulação.

Dito documento, a terceira Constituição do país, foi elaborado com o objetivo de substituir a Carta de 1874, atualizando-a, mas sem alterar sua substância. Um dos temas significativos que foram inseridos nessa Constituição trata da engenharia genética, tema que está no centro das preocupações do mundo contemporâneo.

⁷ Nesse sentido, ver a Declaração de Cambridge sobre a Consciência de 2012, subscrita por um grupo de cientistas internacionalmente famosos que incluem neurocientistas da cognição, neurofarmacologistas, neurofisiologistas, neuroanatomistas e neurocientistas computacionais. Esse documento trata da faculdade da consciência em “animais humanos e não humanos”, afirmando que existem evidências claras de que boa parte dos mamíferos e aves possuem consciência e os atributos que lhe acompanham, como sentimentos, inteligência e comunicabilidade (COLETIVO, 2012).

A bem da verdade, o tema já vinha sendo tratado desde 1998 pela Comissão Federal de Ética para a engenharia genética no âmbito não humano [CENH, no original], que, além do mais, é a responsável pela inserção do conceito de dignidade na discussão, o que seria depois assimilado pela Constituição.

Nos trabalhos dessa Comissão, a dignidade é tratada como a liame entre todas as formas de vida, humanas e não humanas, animais ou não. Maria-Ange Hermitte (2011) lembra que neles se examinou, por exemplo, como plantas agem, interagem, se comunicam, migram e sofrem, sendo que este último é facilmente constatável através de testes bioquímicos.

2.1 Atribuindo direitos à natureza: quais direitos?

O artigo 120 da Constituição suíça trata da “engenharia genética em âmbito não humano” em duas partes. Num primeiro momento, ele estabelece que “o ser humano e o seu ambiente são protegidos dos abusos da engenharia genética”. E, na sequência, determina que “A Confederação legisla sobre o emprego do patrimônio germinal e genético dos animais, plantas e outros organismos. Em tal âmbito, ela respeita a dignidade das criaturas e a segurança do ser humano, dos animais e do ambiente, e protege a variedade genética das espécies animais e vegetais” (SUIÇA, 1999b).

É interessante notar que a Suíça, enquanto país multilíngue, tem sua Constituição outorgada simultaneamente em italiano, alemão e francês. E surpreendentemente, enquanto nas versões italiana e alemã se pode observar o conteúdo da tradução acima, que fala em proteção da “dignidade” da natureza, na versão francesa o mesmo documento fala apenas de uma proteção à “integridade” da natureza (SUIÇA, 1999a).

De toda forma, o reconhecimento da dignidade ou integridade de elementos da natureza tem tido desdobramentos importantes no direito do país, mesmo que não tenha levado ao reconhecimento de uma personalidade jurídica à ela.

E também o exemplo suíço mostra que reconhecer a dignidade de animais e plantas não significa reconhecer que essa dignidade tenha o mesmo conteúdo da dignidade humana, sendo a dignidade um conceito cujo conteúdo mudaria em função daquele que a porta.

3. A CONSTITUIÇÃO EQUATORIANA E A PACHAMAMA

A Constituição possui uma importância ímpar dentro do arcabouço jurídico de um país, já que reúne leis que regulamentam a vida de uma nação, organização de um país etc. Ela “não deve ser tão somente uma matriz geradora de processos políticos, mas uma resultante de correlações de forças e de lutas sociais em um dado momento histórico do desenvolvimento da sociedade” (WOLKMER, 1989, p. 14).

A Constituição do Equador de 2008, se insere no chamado “novo constitucionalismo latino americano”, de que fazem parte a constituição da Venezuela de 1999 e a constituição da Bolívia de 2009. Qual o fio condutor que permeiam essas constituições que doutrinariamente são albergadas conjuntamente? Segundo Germana Moraes (2013, p. 126),

Emerge dos cenários, social, político e jurídico, na região dos Andes na América Latina, um constitucionalismo de feição ecocêntrica, o qual ostenta como bandeiras o reconhecimento dos direitos da natureza (Pachamama) e a cultura do Bem Viver, tendo como principais centros irradiadores de mudanças, o Equador e a Bolívia, cujas reformas constitucionais recentes, respectivamente, em 2008 e 2009, a partir da inclusão dos povos indígenas e de outras minorias étnico raciais, como atores sociais na atualidade, incorporaram vetustos valores resgatados das raízes pré-colombianas comuns, entre os quais sobressai o respeito à natureza e ao ambiente, vale dizer, o respeito prioritário à vida.

Segundo Roberto Viciano Pastor e Rubén Martínez Dalmau (2012, p. 173):

Ante la inhabilidad del viejo constitucionalismo para resolver problemas fundamentales de la sociedad, el nuevo constitucionalismo ha sido capaz de construir una nueva institucionalidad y determinadas características que, finalmente, cuentan como finalidad promover la integración social, crear un mayor bienestar y – posiblemente el rasgo más reconocible – establecer elementos de participación que legitimen el ejercicio de Gobierno por parte del poder constituido.

Em seu preâmbulo, a Constituição equatoriana já traz pistas do motivo pelo qual será estudada neste trabalho, pois celebra “a la naturaleza, la Pacha Mama, de la que somos parte y que es vital para nuestra existencia”, construindo “Una nueva forma de convivencia ciudadana, en diversidad y armonía con la naturaleza, para alcanzar el buen vivir, el *sumak kawsay*; Una sociedad que respeta, en todas sus dimensiones, la dignidad de las personas y las colectividades”.

3.1 Origens e sua originalidade

O nosso conceito de Direito surge no bojo de uma cultura eurocêntrica e de Direito Moderno, mais sua aplicação à natureza, concebida como Mãe Terra ou Pachamama, é uma contribuição da cultura andina originária (SANTOS, 2012, p. 37). O capítulo sétimo da Constituição do Equador, quando expressa os direitos da natureza ou Pachamama, “donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos” rompe com uma concepção “tradicional”, reconhecendo que a natureza possui direitos independentemente dos seres humanos.

Mais, o que seria a Pachamama evocada no texto constitucional? Segundo Eugenio Raúl Zaffaroni (2010, p. 122),

La Pachamama es una deidad protectora – no propiamente creadora, interesante diferencia – cuyo nombre proviene de las lenguas originarias y significa Tierra, en el sentido de mundo. Es la que todo lo da, pero como permanecemos en su interior, como parte de ella, también exige reciprocidad, lo que se pone de manifiesto en todas las expresiones rituales de su culto. Con ella se dialoga permanentemente, no tiene ubicación espacial, está en todos lados, no hay un templo en el que vive porque es la vida misma. Si no se la atiende cuando tiene hambre o sed, produce enfermedades. Sus rituales, justamente, consisten en proporcionarle bebida y comida (*challaco*).

Outra ruptura conceitual presente já no preâmbulo da Constituição (e posteriormente no segundo capítulo) é o do “*sumak kawsay*”, de origem quechua, que significa “buen vivir”. Para Zaffaroni (2010, pp. 120-121), nessa expressão:

cuyo contenido no es otra cosa que la ética –no la moral individual– que debe regir la acción del Estado y conforme a

la que también deben relacionarse las personas entre sí y en especial con la naturaleza. No se trata del tradicional bien común reducido o limitado a los humanos, sino del bien de todo lo viviente (si se prefiere, hoy se diría respeto por la biodiversidad), incluyendo por supuesto a los humanos, entre los que exige complementariedad y equilibrio, no siendo alcanzable individualmente.

A discussão sobre o meio ambiente está presente também na Constituição Boliviana, denotando um contexto distinto já que (GUDYNAS, 2011a, p. 89)

Mientras que el Buen Vivir ecuatoriano descansa sobre una amplia trama de derechos, incluyendo los de la Naturaleza, en la postura boliviana reaparecen las posturas utilitaristas sobre el ambiente, en especial aquellas del extractivismo. Estas tensiones deben ser analizadas con detenimiento, ya que están presentes en todos los países (incluido Ecuador), en tanto corresponden a los deseos de profundizar una veta extractivista para poder financiar el Estado y promover el crecimiento económico. En efecto, los altos precios de las materias primas, desencadenan enormes presiones para expandir emprendimientos mineros, petroleros o los nuevos monocultivos de exportación. Bajo el neo-extractivismo de los países con gobiernos progresistas, estos emprendimientos se justifican, en tanto servirían para financiar al Estado y muchos de sus programas sociales de lucha contra la pobreza. Pero, a pesar de esas buenas intenciones, es un estilo de desarrollo insostenible, de alto impacto social y ambiental, y que reproduce continuos conflictos ciudadanos.

Para alguns autores como Eduardo Gudynas (2011b, p. 245), a Constituição Equatoriana reconhece os valores que são próprios da Pachamama, independentemente dos valores que os seres humanos lhe impõem (objeto), residindo por esse motivo o grande diferencial dessa constituição.

3.2 Atribuindo direitos à natureza: quais direitos?

Jorge Benavides Ordóñez (2012, pp. 199-200) enumera 16 categorias que se utilizam como critério de classificação dos direitos de um “buen vivir” na Constituição do Equador. Seriam eles:

1. Al agua, que no se contemplaba en la Constitución de 1998; 2. A la alimentación, que no se contemplaba en la Constitución de 1998; 3. A un ambiente sano; 4. A la comunicación; 5. A la información; 6. A la cultura; 7. A la ciencia; 8. Al deporte; 9. A la recreación; 10. Al tiempo libre, que no se contemplaba en la Constitución de 1998; 11. A la educación; 12. Al hábitat, que no se contemplaba en la Constitución de 1998; 13. A la vivienda; 14. A la salud; 15. Al trabajo; y, 16. A la seguridad social.

Segundo Antonio Carlos Wolkmer (2014, p. 78),

O link fundamental que ecológicamente aproxima, interage e garante a sustentabilidade é a noção biocêntrica do “buen vivir” (Sumak Kawsay, Equador) ou do “vivir bien, (Suma Qamaña, Bolívia), que permite o equilíbrio do meio ambiente com as comunidades humanas em nova cosmovisão integradora e pluralista, interconectando o multicultural, social, político, econômico e jurídico. Essa dimensão ecológica e poscapitalista introduz como referencial paradigmático os chamados direitos da natureza, elemento constituinte da grande Pachamama, a Madre Tierra.

A Constituição de 2008 amplia a titularidade dos sujeitos de direitos (comunidades, povos e nacionalidades) em relação ao texto anterior, elencando sujeitos com atenção prioritária (idosos, jovens, meninas, meninos e adolescentes), além dos já comentados direitos da natureza.

4. CONCLUSÃO

Buscamos mostrar aqui as discussões, cada vez menos marginais, que querem ver o conceito de dignidade da pessoa humana ser precisado de forma mais ampla, não se reduzindo à matriz antropocêntrica de Kant.

Essa tradição de pesquisa se alimenta simultaneamente de dois objetivos manifestos do direito contemporâneo, que são a busca por dar efetividade ao princípio da dignidade da pessoa humana e a busca por garantir a proteção da natureza, propondo que ambos objetivos são lados da mesma moeda.

Mas diferentemente da corrente mais ampla – largamente assimilada pelo *mainstream* do direito – que simplesmente busca estabelecer a relação entre direitos humanos e meio ambiente, essa corrente mais específica parte do pressuposto de que a posição de

simples *meio que circunda o ser humano* em que a natureza vem sendo posta pela cultura e pelo direito, jamais permitirá que esses objetivos sejam atingidos. Para eles – e talvez quem melhor tenha traduzido esse ponto de vista seja Michel Serres –, o arranjo de se proteger a natureza em nome de interesses secundários jamais será capaz de protegê-la verdadeiramente, com consequências evidentes para a dignidade humana.

Porém, mais do que isso, e aí reside a grande inovação dessa corrente, ela parte da artificialidade do conceito de personalidade jurídica, no sentido em que toca por exemplo às empresas, para subverter a lógica e afirmar que os elementos necessários ao reconhecimento da personalidade jurídica da natureza já se encontram presentes no direito.

Assim, mostramos alguns exemplos mais gerais que mostram que essa construção teórica vem sendo incorporada em diferentes medidas pelos direitos dos países, e buscamos tratar em maior profundidade dois exemplos de ordenamentos jurídicos que vêm dando passos mais firmes nesse sentido.

Como colocou o magistrado da Suprema Corte americana William O. Douglas, em um caso aqui citado, não resta dúvida de que o direito seria simplificado se fosse permitido aos “objetos inanimados” que compõem a natureza se fazer representar perante os tribunais. E, além do mais, um arranjo desse tipo dificilmente poderia ser rivalizado em sua capacidade de pôr em evidência perante o tribunal os reais fatos e interesses em jogo.

O arcabouço jurídico dos Estados deve buscar atender os Direitos Humanos, bem como o Direito do Meio Ambiente. Seria salutar que o judiciário brasileiro comece a incorporar algo similar ao que defende Tiago Fensterseifer (2007, pp. 21-22) com seu conceito de “dignidade dos seres sensitivos humanos e não-humanos”, que seria “a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser vivo sensitivo que o faz merecedor de respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade humana, implicando, neste sentido, um complexo de direitos (dos animais humanos e não humanos) e deveres (dos seres humanos) [...]”.

A Constituição equatoriana de 2008, especialmente, encontra-se entre as Cartas Políticas que, de forma corajosa, vêm dando passos firmes nesse sentido. Por fim, nos recordemos das palavras de Ramiro Ávila Santamaría (2012, p. 143): “Toda declaración de derechos

constitucional siempre – y no puede dejar de serlo– debe ser utópica y plantear una realidad que, siendo difícil o hasta imposible de alcanzar, es deseable luchar porque se la consiga. Todos y cada uno de los derechos significan una aspiración y un problema por superar”.

REFERÊNCIAS

BARROSO, L. R. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação*. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dez. 2010.

BENTHAM, J. *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*. London: Clarendon Press, 1879. Disponível em: <<http://www.earlymoderntexts.com/pdfs/bentham1780.pdf>>. Acesso em: 17 set. 2014.

BRASIL. 9ª Vara Criminal de Salvador. Sentença do Habeas Corpus n. 833085-3/2005, impetrado em favor da chimpanzé “Suiça”. *Revista Brasileira de Direito Animal*, Salvador, v. 1, n. 1, 2006. Disponível em: <<http://www.portalseer.ufba.br/index.php/RBDA/article/viewFile/10259/7315>>. Acesso em: 2 abr. 2015.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de lei 2833-B/2011, que criminaliza condutas praticadas contra cães e gatos e dá outras providências, aprovado em 29/04/2015*. Brasília: Câmara dos Deputados. Disponível em: <www.camara.gov.br>. Acesso em: 2 maio 2015.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Os Direitos Humanos e Meio Ambiente. In: SYMONIDES, Janusz. *Direitos Humanos: novas dimensões e desafios*. Brasília: UNESCO Brasil, Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2003. pp. 161-203.

CARPIZO, Jorge. Los derechos Humanos: naturaleza, denominación y características. *Cuestiones Constitucionales: Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, n. 25, pp. 3-29, jul./dic. 2011.

CIDH. *Resolución n° 12/85*. Caso n° 7615 (BRASIL). 5 de marzo de 1985. Disponível em: <<http://www.cidh.oas.org/annualrep/84.85sp/Brasil7615.htm>>. Acesso em: 04 maio 2015.

CIJ. *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*. C.I.J. Recueil 1996, pp. 226-267, 8 jul. 1996.

COLETIVO. *The Cambridge Declaration on Consciousness*. Proclamada em Cambridge, Reino Unido, em 2012. Disponível em: <<http://fcmconference.org/img/CambridgeDeclarationOnConsciousness.pdf>>. Acesso em: 3 abr. 2015.

CorteIDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*. Sentencia de 31 de agosto de 2001 (Fondo, Reparaciones y Costas). Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_79_esp.pdf>. Acesso em: 04 maio 2015.

EQUADOR. *Constitución de la República del Ecuador*. 2008. Disponível em: <http://www.asambleanacional.gov.ec/documentos/constitucion_de_bolsillo.pdf>. Acesso em: 25 mar. 2015.

ESTADOS UNIDOS. Supreme Court of the State of New York. County of New York. *Order to show cause e writ of Habeas Corpus. The Nonhuman Rights Project Inc on behalf of Hercules and Leo against Samuel L. Stanley Jr*. Manhattan Supreme Court: Manhattan, 20 abr. 2015. Disponível em: <<https://iapps.courts.state.ny.us/fbem/DocumentDisplayServlet?documentId=4D9287VfBiI66TYZPi4P1w==&system=prod>>. Acesso em: 2 mai. 2015.

ESTADOS UNIDOS. Supreme Court of the United States. *Sierra Club v. Morton*, 405 U.S. 727, 1972. Supreme Court of the United States: Washington DC. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/405/727/case.html>>. Acesso em: 2 abr. 2015.

FERNSTERSEIFER, T. *A dimensão ecológica da dignidade humana: as projeções normativas do direito (e dever) fundamental ao ambiente no Estado Socioambiental de Direito*. 320 f. Dissertação de mestrado em Instituições de Direito do Estado – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008. Disponível em: <<http://repositorio.pucrs.br:8080/dspace/bitstream/10923/2320/1/000388419-Texto%252BParcial-0.pdf>>. Acesso em: 30 mar. 2015.

FERRY, L. *A nova ordem ecológica: a árvore, o animal e o homem*. Tradução Rejane Janowitz. Rio de Janeiro: Difel, 2009.

GUDYNAS, Eduardo. *Desarrollo, Derechos de la naturaleza y Buen Vivir después de Montecristi*. In: WEBER, Gabriela (Ed.). *Debates sobre cooperación y modelos de desarrollo*. Perspectivas desde la sociedad civil en el Ecuador. Quito: Centro de Investigaciones CIUDAD; Observatorio de la Cooperación al Desarrollo, 2011a. pp. 83-102

GUDYNAS, Eduardo. Los derechos de la Naturaleza en serio. Respuestas y aportes desde la ecología política. In: ACOSTA, Alberto; MARTÍNEZ, Esperanza (Comp.). *La Naturaleza con Derechos: De la filosofía a la política*. Quito: AbyaYala; Universidad Politécnica Salesiana, 2011b. pp. 239-258

HERMITTE, M.-A. La nature, sujet de droit? *Annales. Histoire, Sciences Sociales, Les Lilas*, v. 2011/1 66e année, pp. 173–212, 2011.

KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. Tradução de Edson Bini. Bauru, SP: EDIPRO, 2003. (Série Clássicos Edipro).

LEÃO, L. A. DE S.; LEVY, D. R. Meio ambiente como parte do mínimo existencial [online]. *Prim@ Facie*, João Pessoa, v. 6, n. 10, 2007. Disponível em: <<http://periodicos.ufpb.br/ojs/index.php/primafacie/article/view/6538>>. Acesso em: 30 mar. 2015.

LEFF, Enrique. Los Derechos del ser colectivo y la reapropiación social de la naturaleza: a guisa de prólogo. In: LEFF, Enrique (Coord.). *Justicia Ambiental: construcción y defensa de los nuevos Derechos ambientales, culturales y colectivos en América Latina*. México D.F.: Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente Red de Formación Ambiental para América Latina y el Caribe, 2001. pp. 7-33.

LINHARES, M. T. M.; PIEMONTE, M. N. Meio ambiente e educação ambiental à luz do princípio da dignidade da pessoa humana. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte. v. 7, n. 13/14, pp. 101–124, jan. 2010.

LOVELOCK, James. *La venganza de la tierra: la teoría de Gaia y el futuro de la humanidad*. Traducción de Mar García Puig. Barcelona: Editorial Planeta, 2007.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; TEIXEIRA, Gustavo de Faria Moreira. O Greening do Sistema Interamericano de Derechos Humanos. *Revista Científica Sensus: Direito*, n. 5, v. 2, pp. 3-23, jul./dez. 2012.

MCCRUIDEN, C. Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights. *European Journal of International Law*, Firenze, v. 19, n. 4, pp. 655–724, 1 set. 2008.

MONSALVE, Viviana Bohórquez; ROMÁN, Javier Aguirre. Las tensiones de la Dignidad Humana: conceptualización y aplicación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. *SUR*, v. 6, n. 11, pp. 41-63, dic. 2009.

MORAES, Germana de Oliveira. O constitucionalismo ecocêntrico na América Latina, o bem viver e a nova visão das águas. *Revista da Faculdade de Direito, Fortaleza*, v. 34, n. 1, pp. 123-155, jan./jun. 2013

ORDÓÑEZ, Jorge Benavides. Del bien común al buen vivir. In: LINZÁN, Luis Fernando Ávila, (Ed.). *Política, Justicia y Constitución*. Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición, 2012. pp. 189-204 (Crítica y Derecho, 2).

PASTOR, Roberto Viciano; DALMAU, Rubén Martínez. Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano. In: LINZÁN, Luis Fernando Ávila, (Ed.). *Política, Justicia y Constitución*. Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición, 2012. pp. 157-186 (Crítica y Derecho, 2).

PRIEUR, M. Environnement et droits de l'homme: la Charte de l'environnement de 2004. In: PETIT, Y. *Droit et politiques de l'environnement*. Les Notices. Paris: La documentation française, 2009. pp. 49-60.

RODRIGUES, Eveline de Magalhães Werner. O bem viver no contexto do constitucionalismo latinoamericano: caminhos para o redimensionamento da ideia de dignidade e para a proteção da vida em geral. In: LEITE, José Rubens Morato; PERALTA, Carlos E. *Perspectivas e desafios para a proteção da biodiversidade no Brasil e na Costa Rica*. São Paulo: Instituto "O Direito por Um Planeta Verde", 2014. pp. 131-148.

SANTAMARÍA, Ramiro Ávila. *Los derechos y sus garantías: Ensayos críticos*. Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición, 2012. (Pensamiento jurídico contemporáneo, 1)

SANTOS, Boaventura de Sousa. Cuando los excluidos tienen Derecho: justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; RODRÍGUEZ, José Luis Exeni (Ed.). *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Bolivia*. Quito-Ecuador: Fundación Rosa Luxemburg/AbyaYala, 2012. pp. 11-48.

SERRES, M. *O Contrato Natural*. Lisboa: Instituto Piaget, 1990.

STONE, C. D. Should Trees have Standing? Toward Legal Rights for Natural Objects. *Southern California Law Review*, Los Angeles. v. 45, pp. 450-501, 1972.

SUIÇA. *Constitution Fédérale de la Confédération Suisse du 18 avril 1999*, entrée en vigueur le 1 janvier 2000. RO 1999 2556, 1999a. Disponível em: <<https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19995395/index.html>>. Acesso em: 2 maio 2015.

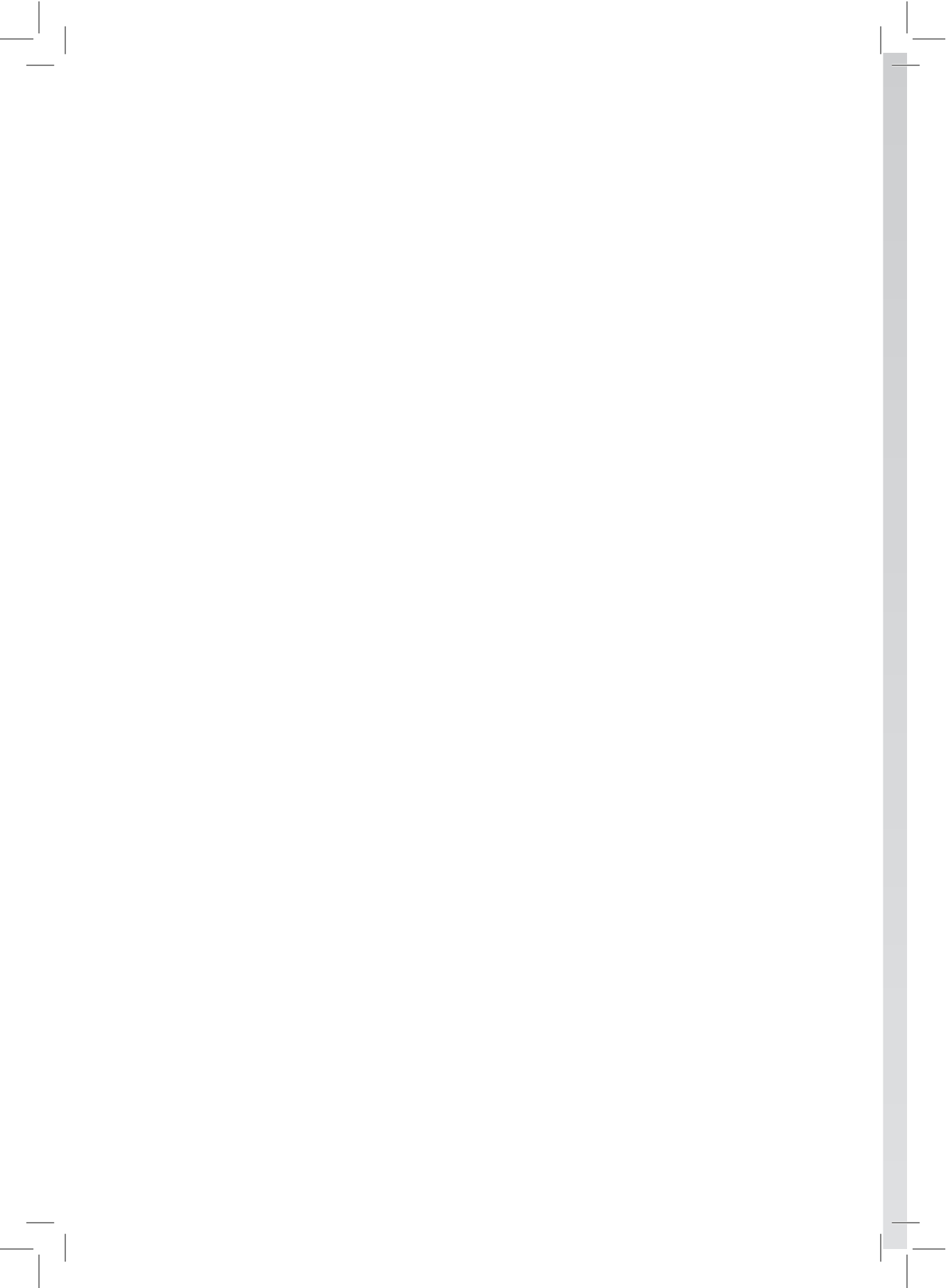
SUIÇA. *Costituzione Federale della Confederazione Svizzera del 18 aprile 1999*, entrata in vigore il 1 gennaio 2000. RU 1999 2556, 1999b. Disponível em: <<https://www.admin.ch/opc/it/classified-compilation/19995395/index.html>>. Acesso em: 2 maio 2015.

TELES DA SILVA, S. Direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado: avanços e desafios. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação Direito/UFRGS*, Porto Alegre, v. 6, pp. 169–188, set. 2006.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Constitucionalismo e direitos sociais no Brasil*. São Paulo: Acadêmica, 1989.

WOLKMER, Antonio Carlos. Ética da sustentabilidade e direitos da natureza no constitucionalismo latino-americano. In: In: LEITE, José Rubens Morato; PERALTA, Carlos E. *Perspectivas e desafios para a proteção da biodiversidade no Brasil e na Costa Rica*. São Paulo: Instituto “O Direito por Um Planeta Verde”, 2014. pp. 67-84

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. La naturaleza como persona: Pachamama y Gaia. In: VARGAS, Idón Moisés Chivi (Coord.). *Bolivia. Nueva constitución política del Estado. Conceptos elementales para su desarrollo normativo*. La Paz: Vicepresidencia del Estado Plurinacional de Bolivia, 2010. pp. 109-132.



MEMORIAL EM DEFESA DA DIGNIDADE HUMANA: REFLEXÕES CRÍTICAS SOBRE A REFERÊNCIA A “NAÇÕES CIVILIZADAS” NO ARTIGO 38 DO ESTATUTO DA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA¹

Antônio Augusto Cançado Trindade

Juiz da Corte Internacional de Justiça (Haia); ex-Presidente da Corte Interamericana de Direitos Humanos; Professor Emérito de Direito Internacional da Universidade de Brasília, Brasil; Membro Titular do *Curatorium* da Academia de Direito Internacional da Haia e do *Institut de Droit International*; ex-Presidente da Sociedade Latino-Americana de Direito Internacional.

I. INTRODUÇÃO: PREMISSA GERAL

Para a inauguração desta Cátedra de Direito Internacional na Universidade Federal da Integração Latino-Americana (UNILA), aqui em Foz do Iguaçu, nesta tarde de 22 de agosto de 2013, não poderia ter deixado de eleger um tema que me tem acompanhado ao longo dos anos. Com efeito, sempre me indaguei acerca do papel dos princípios gerais do direito na formação do direito internacional, assim como em sua interpretação e aplicação. Encontram-se tais princípios incluídos no elenco das fontes formais do direito internacional, consagrado no artigo 38 do Estatuto da antiga Corte Permanente de Justiça Internacional (CPJI) assim como da atual Corte Internacional de Justiça (CIJ). Apesar de sua inegável importância, nem sempre têm recebido a atenção que requerem e merecem.

De minha parte, sempre atribuí aos princípios gerais do direito a maior relevância (cf. *infra*), embora a bibliografia jurídica contemporânea venha deles se descuidando. Ainda recentemente, em meu extenso Voto Arrazoado no caso das *Papeleras* (Rio Uruguai) decidido pela CIJ (Sentença de 20.04.2010), tive ocasião de reiterar

¹ Aula magna ministrada pelo Autor, por ocasião da cerimônia de inauguração da Cátedra de Direito Internacional da Universidade Federal da Integração Latino-Americana (UNILA), em Foz do Iguaçu, aos 22 de agosto de 2013; originalmente publicada in: A.A. Cançado Trindade, *Os Tribunais Internacionais e a Realização da Justiça*, Rio de Janeiro, Edit. Renovar, 2015, cap. II, pp. 69-137.

minhas considerações a respeito, assinalando sua relevância na formação, assim como interpretação e aplicação das normas do direito internacional (pars. 8-113 e 191-217). Curiosamente, a referência aos princípios gerais do direito no artigo 38 do Estatuto da CPJI/CIJ faz-se acompanhar da caracterização, “reconhecidos pelas nações civilizadas”.

Anteriormente, em meu extenso Voto Arrazoado no Parecer n. 18 da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CtIADH) sobre a *Condição Jurídica e Direitos dos Migrantes Indocumentados* (de 17.09.2003), outra vez examinei e resaltei a posição e o papel dos princípios fundamentais do direito, como *substratum* do próprio ordenamento jurídico (pars. 44-64). Mais recentemente, voltei a fazê-lo, na CIJ, em meus Votos Arrazoados nos casos de *A.S. Diallo* (mérito, Sentença de 30.11.2010; e reparações, Sentença de 19.06.2012) (pars. 93-106 e 74-76 dos Votos respectivos), do *Templo de Preah Vihear* (medidas provisórias de proteção, *Ordonnance* de 18.07.2011) (pars. 71-81 do Voto), da *Declaração de Independência de Kosovo* (Parecer Consultivo de 22.07.2010) (pars. 177-211 do Voto), e da *Revisão de Sentença do Tribunal Administrativo da OIT, a Pedido do FIDA* (Parecer Consultivo de 01.02.2012) (pars. 28-51 e 82-100 do Voto); também o fiz em meu Voto Dissidente no caso relativo à *Aplicação da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial* (exceções preliminares, Sentença de 01.04.2011) (pars. 79-87 do Voto), em que sustentei a aplicação devida da referida Convenção das Nações Unidas.

Apesar do uso da expressão “princípios gerais do direito reconhecidos pelas nações civilizadas” remontar aos trabalhos do Comitê Consultivo de Juristas, encarregado pela Liga ou Sociedade das Nações de redigir, em 1920, o Estatuto da CPJI, preservado *mutatis mutandis* pelo Estatuto da CIJ adotado em 1945, muito pouco se tem escrito sobre a mencionada categoria dos “princípios gerais do direito reconhecidos pelas nações civilizadas”. Não obstante, em minha percepção, – e tal como me permiti advertir em 2003 em meu *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos* (vol. III), – os grandes desafios de nossos tempos incitam “à revitalização dos próprios fundamentos e princípios do direito internacional contemporâneo” emanados da consciência humana².

2 A.A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, vol. III, Porto Alegre, Edit. S.A. Fabris, 2003, pp. 434 e 503.

Sendo assim, transcorrida uma década, meu propósito hoje, dia 22 de agosto de 2013, é concentrar atenção nesta matéria, em particular em um de seus aspectos. A premissa geral de que partirei, nas reflexões da conferência desta tarde aqui na UNILA, na presença de colegas acadêmicos de várias Universidades latino-americanas que me honram com suas presenças, pode ser resumida em poucas palavras, a saber: A expressão “nações civilizadas” no artigo 38 do Estatuto da CIJ não significa nações que sejam por natureza “civilizadas” (estas não existem), mas sim nações que se comportam de modo civilizado, enquanto e na medida em que assim se comportarem.

II. A INSERÇÃO DA REFERÊNCIA A “NAÇÕES CIVILIZADAS” NO ARTIGO 38 DO ESTATUTO DA CORTE DA HAIA (CPJI/CIJ)

Já no início dos anos oitenta me prendiam a atenção os princípios gerais do direito, aí incluídos, não só os reconhecidos nos sistemas jurídicos nacionais, mas, em meu entender, também os princípios do direito internacional³. Há cerca de uma década tive ocasião de retomar o exame do processo de inserção dos “princípios gerais do direito reconhecidos pelas nações civilizadas” no elenco das “fontes” formais do direito internacional constante do artigo 38 do Estatuto da Corte da Haia (CPJI/CIJ)⁴. Proponho-me hoje concentrar a atenção na qualificação “reconhecidos pelas nações civilizadas”, insuficientemente estudada até o presente.

Durante os trabalhos preparatórios do Estatuto da CPJI (meados de 1920), os membros do Comitê Consultivo de Juristas, encarregado de redigir o Estatuto da CPJI, ao discutir os princípios gerais de direito (para incluí-los no rol das fontes “formais” do direito internacional no artigo 38 do Estatuto), se dividiram em dois grupos: um que favorecia os princípios contidos no “direito internacional positivo” (E. Root) e outro que sustentava uma formulação mais ampla, os “princípios universalmente reconhecidos” (Loder), os que encontravam expressão “na consciência jurídica das nações civilizadas” (E. Descamps)⁵.

3 Cf. A.A. Cançado Trindade, *Princípios do Direito Internacional Contemporâneo*, Brasília, Edit. Universidade de Brasília, 1981, pp. 1-268.

4 Cf. A.A. Cançado Trindade, “Foundations of International Law: The Role and Importance of Its Basic Principles”, in *XXX Curso de Derecho Internacional Organizado por el Comité Jurídico Interamericano* - OEA (2003) pp. 359-415.

5 *Ibid.*, pp. 370-372 e 414, e cf. pp. 359-415.

Também se dividiram os membros do Comitê Consultivo entre os que se concentraram nos princípios gerais de direito reconhecidos *in foro domestico* (*bona fides, res judicata*, igualdade perante a lei, presunção da inocência, dentre outros), e os que os contemplaram também no âmbito do direito internacional. Daí resultou a formulação constante do artigo 38 do Estatuto da Corte da Haia (CPJI/CIJ), deixando nas entrelinhas a clara advertência de que a nenhum Estado é dado se situar acima do Direito.

Com efeito, na época em que foi inserida no Estatuto da CPJI, a expressão “nações civilizadas” já se encontrava desgastada, e era empregada indistintamente para significar o que melhor conviesse a cada uma delas. Na I guerra mundial, cada potência beligerante tentava convencer-se de que era portadora da “civilização”, e considerava seu inimigo como “bárbaro”. Duas décadas depois, a potência vencida e ressentida, que se considerava um berço da civilização, deixou-se afundar – durante o III *Reich*, – na mais completa barbárie. Nas décadas seguintes, e na atualidade, tem continuado a ocorrer o extermínio – tão cruel como nas guerras – de pessoas inocentes, por atos terroristas perpetrados tanto por grupos clandestinos como por Estados.

III. O ENTENDIMENTO DE “CIVILIZAÇÃO” NA ÉPOCA DA ADOÇÃO DO ESTATUTO DE CPJI (1920)

Embora se identifiquem distintas “civilizações” inclusive na antiguidade, e em distintas latitudes, o termo veio a referir-se, com o passar dos séculos, ao desenvolvimento do conhecimento científico e das tecnologias, juntamente com os costumes, e as formas de comportamento das pessoas e dos grupos sociais, e as boas maneiras. No século XX, no período do entre-guerras, e à época da adoção do Estatuto da CPJI, em 1920, ainda era esse o entendimento do termo “civilização”, próprio dos Estados que lograram considerável progresso decorrente da revolução industrial (acrescida do poder militar), particularmente no mundo ocidental.

Estudos diversos, como o de Norbert Elias (*O Processo Civilizador*, 1939), – que só veio a ser valorizado cerca de meio-século depois de escrito, – identificam a acepção com que veio a ser entendido o termo nos tempos modernos como emergindo no segundo meado do século XVIII (o conceito francês de *civilisation*, e o conceito alemão de

Kultur)⁶. A *civilitas* (de Erasmus) veio a ser conceitualizada como um processo a ser seguido e eventualmente completado (*civilité/civility/civilità/Zivilität*). Para N. Elias, o “entrelaçamento e interdependência crescentes das pessoas” guarda uma relação direta com o que se veio a denominar “civilização”.

A organização social e do poder (e.g., os serviços militares), a formação do Estado (e suas relações com os demais), e o sistema normativo, vieram precisamente a estabelecer e aumentar aquela dependência recíproca dos indivíduos, e impulsar o “processo civilizador” em suas constantes mudanças, gerando determinados padrões de conduta (*civilité*)⁷. A “civilização”, na visão de N. Elias, não se formou, pois, de forma planejada ou como produto da *ratio* humana. Ao contrário, emergiu “sem planejamento algum, mas nem por isso sem um tipo específico de ordem”; tampouco foi irracional, pois teve alguma ordem, ainda que não planejada nem intencional⁸.

As pessoas simplesmente buscavam sintonizar sua conduta com a dos outros, afigurando-se, assim, como “civilizadas”, moderando sentimentos e evitando atos de violência, e tentando controlar suas paixões dentro de si (autocontrole), como “pessoas civilizadas”; crescia, desse modo, a interdependência de todos⁹. O processo civilizador, – acrescentou N. Elias, – se dá, assim, em “uma longa sequência de arrancos e recuos fortes”, em que se destacam as formas de “conduta civilizada”, em meio a tensões e um “equilíbrio precário”¹⁰. Persistem, no entanto, – concluiu ele, – as tensões competitivas entre os Estados e dentro dos mesmos, com a “ameaça constante de guerra” pairando sobre os “civilizados”: estes só permanecerão como tais, se alcançarem e mantiverem o equilíbrio “com alguma justiça”¹¹.

No momento em que N. Elias dava a público sua visão da “civilização”, com a fragilidade como a descreveu, eclodia a II guerra

6 N. Elias, *O Processo Civilizador*, vol. I: *Uma História dos Costumes* [1939], 2ª. ed., Rio de Janeiro, J. Zahar Ed., 2011, pp. 23-24, 27 e 51. - O entendimento emergente de “civilização” passou a projetar-se nas artes e ciências, na filosofia e na arquitetura, dando expressão a “valores culturais”; cf. K. Clark, *Civilización - Una Visión Personal* [1969], 3ª. ed., Madrid, Alianza Edit., 2013, pp. 13-535.

7 N. Elias, *O Processo Civilizador*, vol. II: *Formação do Estado e Civilização* [1939], Rio de Janeiro, J. Zahar Ed., 1993, pp. 54-55, 60-64, 85 e 214, e cf. pp. 98, 144 e 263.

8 *Ibid.*, pp. 193-195.

9 *Ibid.*, pp. 196-198, 201-203, 205-206 e 209.

10 *Ibid.*, pp. 210-213 e 264, e cf. p. 269.

11 *Ibid.*, pp. 265 e 272-274.

mundial. Lamentavelmente, ao longo do século XX o “processo civilizador” parece ter sido esquecido, com o recurso à crueldade das guerras. Nunca houvera, no século passado, tanto progresso na ciência e tecnologia, que, no entanto, *per se*, em sua “idealização do progresso” puro e simples, esqueceu-se do valor da pessoa humana e da necessidade de considerar a posição dos indivíduos frente ao meio social, descartando qualquer “relaxamento da ética”¹².

Daí a degradação a que foram submetidos milhões de seres humanos ao longo do século XX, com a eclosão da barbárie. Já em final dos anos trinta, N. Elias advertia que somente com a atenção voltada à pessoa humana se poderia recuperar a crença na “melhoria contínua da condição humana”¹³. E logo se seguiram alguns dos maiores horrores de todos os tempos, como os genocídios do *III Reich*¹⁴ e do *Khmer Rouge*¹⁵, em dois continentes distintos, buscando

12 Cf. N. Elias, *O Processo Civilizador*, vol. I: *Uma História dos Costumes...*, op. cit. *supra* n. (6), pp. 59, 66, 109, 178, 183 e 220.

13 *Ibid.*, p. 220.

14 Cf., e.g., E. Husson, *Endlösung - Soluzione Finale*, Milano/Torino, Ed. San Paolo, 2007, pp. 7-151; Mark Roseman, *The Wannsee Conference and the Final Solution*, N.Y., Ed. Picador, 2002, pp. 1-201; Esther Cohen, *Los Narradores de Auschwitz*, México/Buenos Aires, Ed. Lilmod, 2006, pp. 9-131; D.J. Goldhagen, *Hitler's Willing Executioners - Ordinary Germans and the Holocaust*, N.Y., Vintage, 1997, pp. 3-613; J. Delarue, *Histoire de la Gestapo*, Paris, Nouveau Monde Éd., 2011, pp. 9-615; Chr.R. Browning, *Des hommes ordinaires - Le 101^e. bataillon de réserve de la police allemande et la Solution finale en Pologne*, Paris, Éd. Tallandier/Texto, 2007, pp. 11-359; R.S. Wistrich, *Hitler and the Holocaust*, N.Y., Modern Libr. Ed., 2001, pp. 1-285; G. Fleming, *Hitler and the Final Solution*, Berkeley, Univ. of California Press, 1984, pp. 1-189; V. Klemperer, *LTI - A Linguagem do Terceiro Reich*, Rio de Janeiro, Contraponto Ed., 2009, pp. 11-424; V. Klemperer, *I Will Bear Witness 1933-1941 - A Diary of the Nazi Years*, N.Y., Modern Library, 1999 [reed.], pp. 3-501; V. Klemperer, *I Will Bear Witness 1942-1945 - A Diary of the Nazi Years*, N.Y., Modern Library, 2001 [reed.], pp. 3-537; E. Kogon, *L'État SS - Le système des camps de concentration allemands [1947]*, [Paris,] Éd. Jeune Parque, 1993, pp. 7-447; P. Longerich, “*Nous ne savions pas*” - *Les allemands et la solution finale - 1933-1945*, Paris, Éd. H. d'Ormesson, 2006, pp. 9-635; L. Goldensohn, *The Nuremberg Interviews [with the Defendants and Witnesses]* (ed. R. Gellately), N.Y., Vintage, 2004, pp. 1-476; L. Rees, *Los Verdugos y las Víctimas - Las Páginas Negras de la Segunda Guerra Mundial*, Barcelona, Crítica Ed., 2008, pp. 1-284; W. Bialas e A. Rabinbach, *Nazi Germany and the Humanities - How German Academics Embraced Nazism*, 2a. ed., London, Oneworld, 2014, pp. VIII-LII e 1-412.

15 Cf., e.g., B. Kiernan, *Le génocide au Cambodge (1975-1979)*, Paris, Gallimard, 1998, pp. 7-702; Ph. Short, *Pol Pot - The History of a Nightmare*, Manchester, J. Murray Pubs., 2005, pp. 3-511; D. Affonço, *No Inferno dos Khmer Vermelhos - Testemunho de uma Sobrevivente*, Colares, Edit. Pedra la Lua, 2008, pp. 9-175; C. Ly, *Retour au Cambodge - Le chemin de liberté d'une survivante des Khmers*

forjar um “homem novo”, ao pôr em prática ideologias criminosas, sem qualquer problema de consciência.

Mas a consciência humana não se apagou frente à irrupção da barbárie. Como bem recordou René Rémond (em seu livro *Olhar sobre o Século*), as atenções enfim se voltaram às vítimas. Afinal, os massacres sempre foram perpetrados, mas, no século XX, sua reincidência elevou-se “a um grau sem precedentes”, com massacres em massa em quase toda parte, que, juntamente com outras tiranias, tornaram o século XX “o século da barbárie”¹⁶. Quando tudo parecia sem esperança, com a eclosão da concepção e ideologia criminosas da “guerra total”, desperta a consciência humana para o surgimento do crime contra a humanidade, e o “dever de memória”¹⁷.

Esta retomada de consciência e responsabilidade coletivas veio afastar a indiferença quanto aos crimes contra a humanidade (somados aos atos de genocídio e aos crimes de guerra), fazendo assim emergir no horizonte a alvorada de uma nova era, a da justiça internacional¹⁸. Tornou-se claro que os avanços não seguem um progresso linear, e que há, pois, que manter a atenção constante para que sigam ocorrendo, evitando as tendências aos retrocessos. Isto sugere uma tensão constante entre civilização e barbárie, sendo, pois, apropriado aqui considerá-la com mais atenção.

IV. A TENSÃO ENTRE CIVILIZAÇÃO E BARBÁRIE: PANORAMA GERAL

Civilização e barbárie se contrapõem, como duas faces de uma mesma moeda. Ainda que sejam antônimos, não se autoexcluem. Há uma tensão entre uma e outra, assim como o *chiaroscuro* do contínuo passar do tempo, e assim como a tensão entre a vida e a morte. As duras experiências acumuladas nas últimas décadas têm alertado os seres humanos aos perigos dos avanços na ciência e tecnologia desacompanhados dos valores, ao mito do progresso, à erosão da cultura em meio ao redimensionamento da informação como mercadoria, às manipulações em meio ao poder

rouges, Ivry-sur-Seine, Édit. de l'Atelier, 2007, pp. 9-219; L. Ung, *First They Killed my Father - A Daughter of Cambodia Remembers*, Edinburgh/London, 2007 [reed.], pp. 11-279.

16 R. Rémond, *Regard sur le siècle*, 2a. ed., Paris, Presses de Sciences Po., 2007, pp. 17, 46-47, 49-50 e 95.

17 Cf. *ibid.*, pp. 39-40 e 95.

18 Cf. *ibid.*, pp. 114-115, e cf. p. 128.

crescentemente destrutor do ser humano¹⁹. Chegamos a este ponto após longa involução do pensamento humano, durante a qual os cultores de distintas áreas do saber passaram a considerar os valores como externos aos seus domínios de conhecimento, o que continua ocorrendo em nossos dias²⁰.

O uso do conhecimento científico veio a ser reiteradamente utilizado, até o presente, – por grupos e pelos próprios Estados, – em operações da assim-chamada “limpeza” (política ou social), em bombardeios de cidades inteiras e suas populações civis, na produção de armas de destruição em massa²¹ – e paradoxalmente na destruição do próprio conhecimento humano²². Ou seja, fez-se uso do conhecimento científico e tecnológico para efetuar a destruição em massa da vida humana e de tudo o que lhe dava sentido. Tais atos de extrema crueldade se fizeram acompanhar de apologias do voluntarismo, inclusive o estatal. Não obstante, já há um século atrás, Max Scheler alertava precisamente para a necessidade de *valores*, muito mais importantes do que a vontade²³. Como de costume, as vozes mais lúcidas não foram ouvidas; somente se deu atenção aos chamados à violência, mediante o uso mal-intencionado da linguagem. A civilização, hoje mais do que nunca, se mostra inseparável da barbárie, em meio à crise de valores em que vivemos.

Todos os regimes opressores e inclusive criminosos têm inventado sua própria semântica, seu linguajar e seus eufemismos nefastos, para proceder à perpetração de suas atrocidades²⁴, deixando

19 Cf., e.g., Jean Baudrillard e Edgar Morin, *La Violencia del Mundo*, Barcelona, Paidós, 2004, pp. 56-57, 68-69 e 82; Jean Starobinski, *As Máscaras da Civilização*, São Paulo, Companhia das Letras, 2001, pp. 37, 51, 56 e 274;

20 Cf., e.g., Immanuel Wallerstein, *O Universalismo Europeu - A Retórica do Poder*, São Paulo, Boitempo Edit., 2007, pp. 98-100 e 103.

21 P. Green e T. Ward, *State Crime - Governments, Violence and Corruption*, London, Pluto Press, 2004, pp. 30-31, 68, 117, 149, 153, 159, 201 e 209.

22 A exemplo das destruições sucessivas das bibliotecas; cf., e.g., Fernando Báez, *História Universal da Destruição dos Livros - Das Tábuas Sumérias à Guerra do Iraque*, Rio de Janeiro, Ediouro, 2006, pp. 17-376; Lucien X. Polastron, *Livros em Chamas - A História da Destruição sem Fim das Bibliotecas*, Rio de Janeiro, José Olympio Edit., 2013, pp. 11-311.

23 Cf., e.g., R.P. Sertillanges, *Le problème du mal - l'histoire*, Paris, Aubier, 1948, pp. 395-397.

24 Cf., e.g., Gérard Rabinovitch, *De la destructivité humaine - Fragments sur le Béhémoth*, Paris, PUF, 2009, pp. 105, 128, 140 e 143; A.A. Cançado Trindade, *State Responsibility in Cases of Massacres: Contemporary Advances in International Justice*, op. cit. infra n. [28], pp. 12-30. Sobre as manipulações de massa do passado,

indefesos segmentos inteiros das populações, que antes acreditavam na razão humana²⁵. Neste último século, até nossos dias, têm emergido fanatismos os mais diversos, levando à decomposição do meio social. Os conflitos modernos, marcados por sua perversidade em massa, têm sido muito mais devastadores para as populações civis do que para os próprios combatentes²⁶.

A civilização descomposta tem permanecido mais acoplada do que nunca à barbárie. E não há como eludir as responsabilidades pelas atrocidades, não só por parte de indivíduos e grupos, mas também e sobretudo por parte dos próprios Estados²⁷. As repetidas atrocidades maciças, os extermínios de segmentos da população, têm contado com planos frios e calculadamente pré-concebidos, com a maquinaria do poder público estatal, com sua burocracia, com seus “recursos” (materiais e humanos) a serviço do mal, com o uso de eufemismos no processo de *desumanização* das vítimas, sem qualquer juízo moral e frequentemente sem reparação alguma aos familiares das vítimas fatais²⁸. Eu próprio pude constatar tal processo de desumanização das vítimas, na adjudicação internacional dos casos de massacres pela Corte Interamericana de Direitos Humanos²⁹.

cf., e.g., Charles Péguy, *Nous vivons en un temps si barbare* [1909], Paris, Berg International, 2014, pp. 7-47; e sobre as manipulações de dados (econômicos e outros) e do linguajar na atualidade, cf., e.g., John R. Saul, *La Civilización Inconsciente*, Barcelona, Ed. Anagrama, 1997, pp. 11-219.

25 Cf., e.g., Karl Jaspers, *Reason and Anti-Reason in Our Time*, Hamden/Conn., Archon Books, 1971, p. 84.

26 Cf., e.g., Gabriel Jackson, *Civilización y Barbarie en la Europa del Siglo XX*, Barcelona, Edit. Planeta, 1997, pp. 216, 252, 289, 344, 403 e 434.

27 Cf., e.g., Paul Ricoeur, *La mémoire, l'histoire, l'oubli*, Paris, Ed. Seuil, 2000, pp. 423, 425, 434 e 609. E, para um debate recente, cf., e.g., [Vários Autores,] *Devoir de mémoire, droit à l'oubli?* (coord. Th. Ferenczi), Bruxelles, Éd. Complexe, 2002, pp. 13-282.

28 Ervin Staub, *The Roots of Evil - The Origins of Genocide and Other Group Violence*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005 [reimpr.], pp. 7-8, 10, 19, 24, 29, 107, 109, 119, 121-123, 129, 142, 151, 183-187, 221, 225, 227 e 264; Daniel Muchnik e Alejandro Garvie, *El Derrumbe del Humanismo - Guerra, Maldad y Violencia en los Tiempos Modernos*, Buenos Aires/Barcelona, Edhasa, 2007, pp. 36-37, 116, 128, 135-136, 142, 246 e 250.

29 A.A. Cançado Trindade, *State Responsibility in Cases of Massacres: Contemporary Advances in International Justice* (Conferência Inaugural, 10.11.2011), Utrecht, Universiteit Utrecht, 2011, pp. 1-71; A.A. Cançado Trindade, *The Access of Individuals to International Justice*, Oxford, Oxford University Press, 2011, cap. X, pp. 179-191.

Um historiador contemporâneo, recentemente falecido, – Eric Hobsbawn, – em sua retrospectiva do século XX, advertiu que

as maiores crueldades de nosso século foram as crueldades impessoais decididas à distância, de sistema e rotina, sobretudo quando podiam ser justificadas como lamentáveis necessidades operacionais. (...) A catástrofe humana desencadeada pela II guerra mundial é quase certamente a maior na história humana. O aspecto não menos importante dessa catástrofe é que a humanidade aprendeu a viver num mundo em que a matança, a tortura e o exílio em massa se tornaram experiências do dia-a-dia que não mais notamos³⁰.

Ao observar que, no século XX, mais seres humanos foram “mortos ou abandonados à morte por decisão humana que jamais antes na história”, E. Hobsbawn, ao concluir sua análise do século XX, permitiu-se enfim o desabafo, ao confirmar “o que muitos sempre suspeitaram”, qual seja, que a história é, *inter alia*, “o registro dos crimes e loucuras da humanidade”³¹. Ao discorrer sobre sua projeção no século XX, E. Hobsbawn voltou a se referir ao “mais dilatado processo de avanço da barbárie” que assistiu o século XX³². Como assinalou outro historiador contemporâneo, muitas obras de arte ao longo dos séculos, ao retratarem a devastação dos conflitos armados (e.g., as guerras de religião, as de conquista, as de agressão, entre outras), e as próprias obras arquitetônicas, igualmente retratam a tragédia da condição humana³³.

Não são menos sombrias as avaliações de outras mentes privilegiadas de nossos tempos. Karl Popper, por exemplo, deplorou que, decorridos mais de 50 anos desde a II guerra mundial, “as crianças estejam sendo encontradas mortas, massacradas ou violadas”³⁴.

30 E. Hobsbawn, *Era dos Extremos - O Breve Século XX (1914-1991)*, São Paulo, Companhia das Letras, 1996, pp. 57-58.

31 *Ibid.*, pp. 21 e 561, e cf. também p. 122 (sobre a combinação da tecnologia com o “lunático conjunto de crenças” do fascismo), p. 98 (sobre o “corrosivo mal” do desemprego em massa), pp. 554-55 (sobre o mal da concentração da riqueza nas mãos de poucos), e p. 562 (sobre a inviabilidade do atual avanço do capitalismo, pondo o mundo em “risco de explosão e implosão”).

32 E. J. Hobsbawn, *Guerra y Paz en el Siglo XXI*, Barcelona, Ed. Crítica, 2013 [reed.], p. 185.

33 Cf. M. Onfray, *Métaphysique des ruines*, 2a. ed., Paris, Mollat Ed., 2010, pp. 37, 40-41, 62, 80-81, 107 e 130.

34 K. Popper, *The Lesson of this Century*, London/N.Y., Routledge, 1997, p. 59, e cf. pp. 53-54.

Onde estão os países civilizados? Crítico ferrenho do relativismo e do positivismo³⁵ (em todas as suas formas), K. Popper vislumbrava a emancipação humana pelo conhecimento³⁶, a proteger todos contra os fanatismos. Ao se opor à “calamidade” das armas nucleares³⁷, K. Popper afirmou que “os princípios éticos constituem a base da ciência”³⁸, e destacou a importância da consciência humana³⁹.

Outra advertência congênere foi formulada, em 1960, por Bertrand Russell⁴⁰, que cedo em sua vida abraçou a causa do pacifismo⁴¹. Já ao final da vida, em sua impressionante *Autobiografia*, ao debruçar-se sobre as divisões no mundo do pós-II guerra mundial, escreveu, com um misto de pesar e angústia:

As yet, and for some time to come, the world must be one of doubt. It must as yet be suspended equally between hope and fear. (...) I have done what I could to add my small weight in an attempt to tip the balance on the side of hope, but it has been a puny effort against vast forces. May others succeed where my generation failed⁴².

Para outro grande pensador do século XX, Isaiah Berlin, “a história é um deserto árido com poucos oásis”, sendo muito raros os momentos em que os seres humanos “se elevaram a sua plena estatura” e criaram civilizações de que puderam se orgulhar⁴³. Em seus escritos ao longo

35 K. Popper, *En Busca de un Mundo Mejor*, 3ª. reimpr., Barcelona, Paidós, 1996, pp. 20-21, 121, 123-125, 244-245 e 261.

36 *Ibid.*, pp. 168, 182, 190, 195 e 261.

37 *Ibid.*, pp. 270 e 273.

38 *Ibid.*, pp. 255.

39 *Ibid.*, pp. 48 e 270.

40 B. Russell, “Knowledge and Wisdom”, in *Essays in Philosophy* (ed. H. Peterson), N.Y., Pocket Libr., 1960 (reimpr.), pp. 498-499 e 502.

41 Cf. B. Russell, *Le pacifisme et la révolution - Écrits politiques (1914-1918)* (eds. C. Habart e O. Esteves), Marseille, Agone, 2014 (reed.), pp. 29-305.

42 B. Russell, *Autobiography*, London, Ed. Unwin Paperbacks, 1985 [reprint], p. 505, e cf. p. 240. E cf. Bertrand Russell, *A Última Oportunidade do Homem*, Lisboa, Guimarães Edit., 2001 [reed.], pp. 9-235. Recorde-se que B. Russell, *inter alia*, muito se empenhou na determinação dos fatos, por um Tribunal estabelecido em Estocolmo, dos bombardeios em massa e outros crimes de guerra cometidos durante a guerra no Vietnã; cf. *Tribunal Russell - Le jugement de Stockholm* (eds. V. Dedijer, A. Elkheim e C. Russell), Paris, Gallimard, 1967, pp. 9-354; B. Russell, *Crimes de Guerra no Vietnã*, 3a. ed., Rio de Janeiro, Ed. Paz e Terra, 1968, pp. 1-216.

43 I. Berlin, *Against the Current - Essays in the History of Ideas*, N.Y., Viking Press, 1980 (reprint), p. 89.

dos anos, I. Berlin, sempre atento à história das ideias⁴⁴, alertou para os perigos da *raison d'État*, e ressaltou a importância dos valores, da busca do conhecimento, das culturas e da *recta ratio*⁴⁵; registrou, ademais, a contribuição do jusnaturalismo na história do pensamento humano⁴⁶. I. Berlin ponderou, ademais, ao final da vida, que, tendo vivido “ao longo de todo o século”, estava certo de que se tratava do “pior século” de que se teve notícia. Em suas próprias palavras: “Nada tem sido mais horrível para nossa civilização. Durante minha vida, ocorreram mais coisas terríveis do que em qualquer outra época na história”⁴⁷.

V. CONSIDERAÇÕES DE ORDEM PSICOLÓGICA

Hoje se compreende que às atrocidades reiteradas e sucessivas nas últimas décadas, perpetradas em distintos continentes, em muito contribuíram o mau uso do conhecimento técnico e científico, assim como do conhecimento psicológico. Os avanços nos distintos domínios do conhecimento, compartimentalizados, não se fizeram acompanhar por avanços civilizatórios correspondentes, todo ao contrário. As distorções psicológicas, aliadas à tecnologia moderna, à compartimentalização dos saberes e às manipulações da linguagem propagandística levaram à *desumanização das vítimas* e aos crimes de massa das últimas décadas⁴⁸.

As inúmeras atrocidades cometidas (execuções sumárias, tortura, campos de prisioneiros, campos de concentração e extermínio, desaparecimentos forçados de pessoas, expulsões e deportações, trabalho forçado ou escravo, detenções arbitrárias, confiscos de bens, mortes por inanição, humilhações as mais diversas, entre outras),

44 Cf. I. Berlin, *El Sentido de la Realidad - Sobre las Ideas y Su Historia* (coord. H. Hardy), Madrid, Taurus, 2000, pp. 25-378.

45 I. Berlin, *The Proper Study of Mankind*, N.Y., Farrar & Straus & Giroux, 2000 (reed.), pp. 135, 155, 217, 242, 247, 311 e 334.

46 *Ibid.*, pp. 78 e 235-236.

47 I. Berlin, “Return of the *Volksgeist*: Nationalism, Good and Bad”, in *At Century's End* (ed. N.P. Gardels), San Diego/Cal., Alti Publ., 1995, p. 94.

48 Cf., e.g., Jonathan Glover, *Humanity - A Moral History of the Twentieth Century*, New Haven/London, Yale University Press, 2001, pp. 43, 60, 113, 129, 131, 170-171, 257, 293, 307, 338 e 341. As “soluções técnicas” e “práticas” com que tais crimes foram cometidos, prescindindo de toda e qualquer transcendência, foram acompanhados de brutalidades e atos de barbárie; L. Földényi, *Dostoyevski Lee a Hegel en Siberia y Rompe a Llorar*, Barcelona, Galaxia Gutenberg, 2006, pp. 41 e 49-51.

além de causarem milhões de vítimas fatais, descompuseram os meios sociais, contagiando a todos. A barbárie aflorou à tona, e a civilização se afundou. O quadro de desolação que tem passado a figurar em momentos sucessivos da história mundial recente não nos pode levar à capitulação frente à barbárie. Como assinalou há uma década Edgar Morin, as trágicas experiências vividas deviam levar ao arrependimento da barbárie e ao retorno ao humanismo; com efeito, “*pensar a barbárie é contribuir a recrear o humanismo*”, e “*resistir a ela*”⁴⁹.

Tornaram-se conhecidas as reflexões de ordem psicológica de Viktor Frankl sobre os horrores dos campos de concentração na II guerra mundial. A partir desta experiência, – alertou ele, – “sabemos do que o ser humano é capaz”⁵⁰. Ante a desumanidade estatal, privando o ser humano de sua identidade e de qualquer projeto de vida, de qualquer futuro, e realçando a frágil transitoriedade da existência, só restava aos vitimados buscar transcender tal transitoriedade, transformando o próprio sofrimento extremo em uma realização humana⁵¹. Em meio a tantos padecimentos, só lhes restava buscar refúgio na dimensão futura, *sub specie aeternitatis*.⁵²

Com muita perspicácia, Sigmund Freud e Stefan Zweig viam a civilização como uma camada simples e fina, que “a qualquer momento poderia ser varada pelas forças destrutivas do mundo subterrâneo”⁵³. Ainda na época da II guerra mundial, em seu denso livro *A Civilização e Seus Descontentes*, S. Freud expôs sua profunda preocupação com o que percebia como o impulso à barbárie, à destruição, que não poderia ser extirpado do psiquê humano⁵⁴. A “civilização”, assim, defronta-se com o problema do sentimento de culpa face à hostilidade humana, e a consequente perda da felicidade, inclusive ante a ameaça da própria desintegração⁵⁵. E a religião – acrescentou S. Freud em *O Futuro de uma Ilusão*, dificilmente logra

49 E. Morin, *Breve Historia de la Barbarie en Occidente*, Barcelona, Paidós, 2009, p. 94, e cf. pp. 60 e 92-93.

50 V.E. Frankl, *Em Busca de Sentido - Um Psicólogo no Campo de Concentração*, 33ª. ed. rev., São Leopoldo/Petrópolis, Sinodal/Vozes, 2008, p. 175.

51 *Ibid.*, pp. 144 e 161.

52 *Ibid.*, p. 97.

53 Stefan Zweig, *O Mundo que Eu Vi* [1944, *Die Welt von Gestern*], Rio de Janeiro, Edit. Record, 1999, p. 19, e cf. p. 18.

54 Sigmund Freud, *Civilization and Its Discontents* [1930], N.Y., Norton & Cia., 1962 [reed.], pp. 7-9, 26, 36-37 e 59-63.

55 Cf. *ibid.*, pp. 23 e 67-92.

dar resposta a tudo, ao tentar reconciliar o ser humano com a dureza de seu próprio destino⁵⁶.

Ao final da vida (como relata S. Zweig), o velho S. Freud, com sua lucidez de sempre se abrigava em seu próprio quarto, como que buscando manter-se “livre da loucura do mundo exterior”. Stefan Zweig⁵⁷, – com sua devoção a S. Freud como – em sua visão – um “herói do espírito” até o derradeiro instante⁵⁸, – expôs igualmente, em sua autobiografia intelectual *O Mundo que Eu Vi* (1944), escrita pouco antes de pôr fim a sua própria vida, sua profunda preocupação com o desvanecimento da consciência, e com o fato de ter o mundo passado a acostumar-se com a “desumanidade, injustiça e brutalidade, como nunca antes em centenas de séculos”⁵⁹.

A conclusão a que S. Zweig chegara, quanto ao naufrágio da civilização, o perseguiu e atormentou pelo resto de sua vida. Assim, em conferência proferida no Rio de Janeiro em 1936, conclamou: “Não nos deixemos confundir no fundo da alma por toda a insensatez e desumanidade da nossa época, conservemo-nos fiéis à ideia atemporal da humanidade”⁶⁰. Em outra conferência, ministrada em uma viagem à França em 1940, S. Zweig agregou com angústia que “a humanidade terá vergonha daqueles que conspurcaram um século com atos de crueldade inútil, um século cujo progresso, cujas ciências, cujas artes e maravilhosas invenções eram o orgulho e a crença de todos nós”⁶¹.

Em seu livro de ensaios *Guerra e Paz*, publicado originalmente pouco após a II guerra mundial (e dedicado ao historiador Jacob Burckhardt), Hermann Hesse, evocando o mandamento milenar “não matarás”, ponderou que ainda estamos em vias de nos tornarmos seres humanos; matamo-nos não somente nas “batalhas

56 Sigmund Freud, *The Future of an Illusion* [1927], N.Y., Anchor Books, 1964 [reed.], pp. 47-48, 52, 71-73 e 91-92.

57 S. Zweig, *O Mundo que Eu Vi*, *op. cit. supra* n. (53), p. 503.

58 Os dois, em suas cartas, em uma época particularmente turbulenta (1937-1939), confiavam suas ansiedades um ao outro; cf. Stefan Zweig e Sigmund Freud, *Correspondance*, Paris, Ed. Payot & Rivages, 2013 [reed.], pp. 125-126 e 154.

59 S. Zweig, *O Mundo que Eu Vi*, *op. cit. supra* n. (40), p. 483, e cf. 272-274, 278, 462, 467, 474, 490 e 503-505. Era triste, - agregou, - como as pessoas se viram transformadas em simples objetos, “constantemente interrogados, registrados, numerados, carimbados”; *ibid.*, p. 490.

60 S. Zweig, *O Mundo Insonne e Outros Ensaios* (org. A. Dines), Rio de Janeiro, Zahar, 2013, p. 254.

61 *Ibid.*, p. 278.

absurdas”, matamo-nos continuamente, matamos nosso presente e talvez também nosso futuro⁶². Recorde-se que seu angustiado grito de alarma em *O Lobo da Estepe* (1927), por exemplo, contra o crescente armamentismo, foi premonitório da nova guerra mundial que se aproximava. Ao receber o Prêmio Nobel de Literatura em 1946, confessou já não mais ter saúde, dados os sofrimentos e fadigas acumulados desde 1933, com a destruição na Alemanha de toda a obra de sua vida; mas acrescentou que, no entanto, seu espírito não sucumbiu⁶³.

Ao expressar sua “total falta de fé” na “boa vontade do mundo civilizado”, desabafou, com sua característica honestidade intelectual:

Sou velho e estou cansado, e a destruição de minha obra, iniciada pelos ministérios de Hitler e culminada pelas bombas americanas, tem dado a meus últimos anos um tom geral de decepção e pena⁶⁴.

No entanto, reuniu forças para continuar escrevendo algum tempo mais, até o final da vida, e deixou como legado não só suas obras literárias, mas também suas penetrantes reflexões sobre a solidão e o destino⁶⁵.

Hermann Hesse ponderou, ainda, – tal como consta de uma reedição póstuma, de 2003, de seu *Guerra e Paz*, acrescida de alguns outros de seus manuscritos, – que a forma “mais grave de combate” é a organizada pelo próprio Estado, com seu corolário, “a filosofia do Estado”, acompanhados do capital e da indústria⁶⁶. O mundo, às vésperas da II guerra mundial, recordou, era um verdadeiro “asilo de loucos”, uma péssima peça teatral, capaz de causar náusea em todos⁶⁷. Relatou que, tendo escrito *O Lobo da Estepe* para alertar contra a guerra iminente (*supra*), já na época de Hitler seus livros tinham sido destruídos na Alemanha⁶⁸. Os familiares de sua esposa desapareceram quase todos nos fornos crematórios de Auschwitz⁶⁹.

62 H. Hesse, *Sobre la Guerra y la Paz* [1946], 5ª. ed., Barcelona, Edit. Noguer, 1986, pp. 119 e 122.

63 *Ibid.*, p. 161.

64 *Ibid.* pp. 174 e 159.

65 Cf. *ibid.*, pp. 92-102.

66 H. Hesse, *Guerre et paix*, Paris, L’Arche Ed., 2003 [reed.], p. 127.

67 *Ibid.*, p. 133.

68 Cf. *ibid.*, pp. 146-147 e 165.

69 Cf. *ibid.*, p. 164.

Passada a guerra, os dirigentes das potências vencedoras nada aprenderam com ela, e passaram a equipar-se para novas guerras; não podemos escutar estes *arrivistes*, mas sim – acrescentou – devemos “criar um espaço espiritual em que possamos “viver e respirar a despeito de todos os venenos do mundo, um refúgio e uma fortaleza”, e ademais “expressar a resistência de espírito às potências bárbaras”⁷⁰. Mesmo nos opondo à violência, e buscando, na medida do possível, dela escapar, não deixamos de constatar – agregou – que não tem havido “progresso, que o mundo tem sempre sido governado pelos arrivistas, os sedentos de poder e os violentos”, revelando-se, assim, “trágico”⁷¹. A distinção entre o bem e o mal, – concluiu H. Hesse, – não é precisa, mas ainda assim não podemos duvidar de que nossa indignação seja justa: “não se pode responder à violência com a violência”⁷².

Em notável livro escrito no pós-II guerra mundial (*Aspectos do Drama Contemporâneo*, 1948), hoje esquecido, C.G. Jung observou que quando as “nações civilizadas” causaram a irrupção da guerra, e inclusive a prepararam, deixaram que a impunidade do mal contagiasse inelutavelmente a todos. Os indivíduos foram tragados pelos Estados, que se engajaram em “crimes coletivos”, configurando uma “culpabilidade coletiva”, uma “fatalidade trágica”. Esqueceram-se todos de que a verdadeira vida era a vida pessoal de cada um⁷³. As aglomerações em massa levaram a um estado mental patológico, à histeria e psicose coletivas, às “irrupções do inconsciente coletivo”, deixando de lado a cultura, e criando um clima propício aos “crimes coletivos” em meio à “atmosfera de catástrofe”⁷⁴. O que me parece altamente preocupante, é que não há sinais de que as gerações sucessivas, até o presente, tenham aprendido as lições do passado.

C.G. Jung foi também um estudioso das religiões, da mitologia e do arcaico, atento que se mostrava às manifestações espirituais (e não só aos instintos da libido, distintamente de seu mentor inicial, S. Freud). Para C.G. Jung, – como sugeriu em *O Homem e Seus Símbolos* (1964), – a mente humana restava ainda “praticamente

70 *Ibid.*, pp. 170, 173 e 178.

71 *Ibid.*, p. 179.

72 *Ibid.*, p. 179.

73 C.G. Jung, *Aspects du drame contemporain*, Genève/Paris, Libr. de l'Univ. Georg/Éd. de la Colonne Vendôme, 1948, pp. 77-78, 140-142 e 145-146.

74 *Ibid.*, pp. 150, 164, 166, 169, 173-174, 179, 198-200, 208, 214, 218-219 e 221.

inexplorada”⁷⁵. Era, pois, relevante o “processo de individuação” de cada um, para fazer face ao sentimento de falta de sentido na vida. Para C.G. Jung, cabe a cada um encontrar o próprio caminho e viver a própria vida, o que nem sempre é fácil⁷⁶. Após o processo de individuação, de articulação pessoal, cada um retorna ao coletivo, e contribui ao seu meio social, e ambos evoluem. Sem isto, estariam ambos estagnados e pereceriam; é assim, para Carl G. Jung, que a sociedade e a civilização gradualmente evoluem⁷⁷.

Seu conhecido *O Livro Vermelho*⁷⁸, ao registrar o seu “confronto com o inconsciente”, deixa claro que não há crescimento pessoal sem sofrimento. C.G. Jung em muito se ocupou do problema do mal, como revelado em seu livro *Resposta a Jó* (1952), no qual visualizou o mal não como a ausência do bem (como no cristianismo): para ele, “bem e mal são metades de um todo paradoxal” (como há muito sustentado pelas religiões orientais)⁷⁹. O ser humano é capaz de praticar o bem assim como o mal. Do mesmo modo, – me permito aqui reiterar – civilização e barbárie se afiguram como duas faces de uma mesma medalha.

C.G. Jung, como se sabe, distanciou-se das teses de S. Freud. Outro a fazê-lo foi Erich Fromm, que durante anos expressou sua oposição à premissa freudiana do papel da energia da libido na formação da personalidade humana, e sustentou que esta última se encontrava vinculada às condições do meio social e à cultura. Pacifista e humanista, E. Fromm propugnou por um mundo livre das guerras, e criticou duramente o militarismo, o autoritarismo, o capitalismo corporativo e o consumismo em massa. Sua visão era a da construção de uma sociedade humanista e democrática, que guardasse lugar para o bem-estar e a felicidade de cada indivíduo.

Com este propósito, desde cedo em sua vida profissional buscou expor e denunciar, em seu livro *O Medo da Liberdade* (1941), a psicologia social dos regimes autoritários e totalitários (como nas

75 Cf. G. Lachman, *Jung, o Místico - Uma Nova Biografia*, São Paulo, Ed. Cultrix, 2012, pp. 109 e 218, e cf. pp. 159, 198 e 216-217.

76 Cf. *ibid.*, pp. 224 e 232, e cf. pp. 230 e 233.

77 Cf. *ibid.*, pp. 146-147.

78 Tido por muitos como o livro central de sua obra, teria sido escrito por C.G. Jung em 1930, e depois por ele guardado, e publicado somente muitos anos depois.

79 C. Dunne, *Carl Jung - Curador Ferido de Almas*, São Paulo, Edit. Alaúde, 2012, pp. 9 e 171, e cf. pp. 169 e 229.

eras de Stalin e Hitler)⁸⁰. Com o acúmulo de sua experiência, opôs-se à delegação da liberdade individual aos regimes autoritários, criticou o “realismo”, pleiteou o fim da guerra do Vietnã, e demonstrou que, no passado, as guerras e opressões só levaram à destruição. Insistiu em que só haveria sociedade verdadeiramente “civilizada” se baseada em valores humanistas⁸¹, e no amor à vida e a “tudo que tem vida”⁸².

Anos depois, já no final de sua vida, E. Fromm retomou sua análise da psicologia social da destruição, em seu livro *A Anatomia da Destrutividade Humana* (1974); uma vez mais, afastou-se da análise de S. Freud baseada nos instintos, e desenvolveu sua própria linha de pensamento, baseada no caráter social. Alertou contra os autoritarismos conducentes à mais completa destruição (como o hitleriano), e para o destino da civilização, a depender – insistiu ele – da prevalência do amor à vida⁸³. Alertou, enfim, que as guerras passadas e presentes têm deixado um rastro de perda de esperança e embrutecimento, e ainda hoje se faz presente a tensão da coexistência ou ambivalência entre civilização e barbárie, que requer todo o nosso empenho pelo renascimento do humanismo⁸⁴.

VI. CONSIDERAÇÕES DE ORDEM HISTÓRICA

O fanatismo – com suas consequências devastadoras – tem estado presente ao longo da história, como, e.g., de forma notória, nas cruzadas seguidas das guerras religiosas (séculos XI-XVII). Desde então, não obstante a crença no progresso decorrente do liberalismo e dos resultados das pesquisas científicas (séculos XVIII-XIX), o fanatismo continuou a marcar presença nas guerras de colonização e na brutalidade das perseguições e massacres sucessivos (os *pogroms*,

80 Cf. E. Fromm, *El Miedo a la Libertad*, Barcelona, Paidós, 2012 [reed.], pp. 215-280.

81 Cf. E. Fromm, *Las Cadenas de la Ilusión - Una Autobiografía Intelectual* [1962], Barcelona, Paidós, 2008 [reed.], pp. 78 e 234-239.

82 Cf. L.J. Friedman e A.M. Schreiber, *The Lives of Erich Fromm - Love's Prophet*, N.Y., Columbia University Press, 2013, pp. 265 e 313, e cf. pp. 115, 144, 227, 298 e 307.

83 Cf. E. Fromm, *Anatomía de la Destructividad Humana* [1974], México/Madrid/Buenos Aires, 2009 [reed.], pp. 16-468.

84 E. Fromm, *Las Cadenas de la Ilusión...*, *op. cit. supra* n. (81), pp. 240 e 250-251.

o genocídio dos armênios⁸⁵, entre outros⁸⁶). No início do século XX, os primeiros campos de concentração alemães foram montados (em fins de 1904) na África do Sudoeste; o termo *Konzentrationslager* foi introduzido no idioma alemão, na época da perpetração do genocídio contra os povos locais Herrero e Nama⁸⁷. Quem eram os “civilizados”, os colonizadores ou os colonizados? Quem eram os “bárbaros”, os colonizados ou os colonizadores?

A I guerra mundial – cuja eclosão completará um século no próximo ano – veio representar a morte em massa, não só dos combatentes, mas também das populações civis, que se tornaram alvos de bombardeios. Cada país beligerante se arvorava representar a “civilisation/Kultur”, contra a “barbárie” dos oponentes. Em meio a esta ideologia, tornaram-se encarniçados os combates, cada um almejando a destruição total do outro: na radicalização da violência extrema, a totalidade da população adversa tornara-se “inimiga” dos autoproclamados “civilizados”.

Havia surgido o germe da “guerra total”, que seria levada a extremos duas décadas depois, com a eclosão da II guerra mundial. No cataclismo da Grande Guerra (1914-1918), todos os mobilizados participavam sem remorsos das atrocidades. Onde estavam os “civilizados”? Em meio à propaganda, cada país beligerante se julgava autorizado a matar sem piedade (inclusive civis e prisioneiros de guerra), para erradicar a “barbárie” encarnada no “inimigo”, e

85 Cf., e.g., H.H. Riggs, *Days of Tragedy in Armenia: Personal Experiences in Harpoot (1915-1917)*, Ann Arbor, Gomidas Institute, 1997, pp. 118-120, 130 e 174-175; A. Toynbee and J. Bryce, *Atrocidades Turcas na Armênia* [reed.], São Paulo, Paz e Terra, 2003, p. 37, e cf. pp. 45, 60-61, 65 e 69; J.-B. Racine, *Le génocide des Arméniens - Origine et permanence du crime contre l'humanité*, Paris, Dalloz, 2006, pp. 61, 63 e 101-102. E cf. também, e.g., Henry Morgenthau, *A História do Embaixador Morgenthau - O Depoimento Pessoal sobre um dos Maiores Genocídios do Século XX*, São Paulo, Ed. Paz e Terra, 2010, pp. 15-312; G. Chaliand e Y. Ternon, 1915, *le génocide des Arméniens*, Bruxelles, Éd. Complexe, 2006 (reed.), pp. 3-199.

86 Cf., e.g., I. Chang, *The Rape of Nanking - The Forgotten Holocaust of World War II*, London, Penguin Books, 1997, pp. 14, 70, 101-103, 149, 152-153, 174, 182, 212 e 218-220; J.-L. Margolin, *Violences et crimes du Japon en guerre - 1937-1945*, Paris, Hachette, 2009, pp. 170 e 214; M.A. Lopes e M.L. Martins, *A Peste das Almas - Histórias de Fanatismo*, Rio de Janeiro, Ed. FGV, 2006, pp. 34, 81, 83 e 97.

87 Cf., a respeito, D. Olusoga e C.W. Erichsen, *The Kaiser's Holocaust - Germany's Forgotten Genocide*, London, Faber & Faber, 2011, pp. 1-379; B. Madley, “From Africa to Auschwitz: How German South West Africa Incubated Ideas and Methods Adopted and Developed by the Nazis in Eastern Europe”, 35 *European History Quarterly* (2005) pp. 429-464.

construir assim – em sua alucinação – um “mundo melhor”. Neste cenário de devastação, onde estavam os países “civilizados”?

Dois anos após o fim da I guerra mundial, e um ano após o Tratado de Paz de Versalhes, era redigido o Estatuto da Corte Permanente de Justiça Internacional (CPII), no qual se inseriu, com acerto, no rol das fontes “formais” do direito internacional constante do artigo 38, a referência aos “princípios gerais do direito” (cf. *supra*); mas estes foram inadvertidamente qualificados como aqueles “reconhecidos pelas nações civilizadas”. Quais eram as “nações civilizadas”? Como pretender, ainda mais em meio à mentalidade da época, que existiam (ou existem) “nações civilizadas”? Onde estavam (e estão) os países “civilizados”? O ódio exterminador emergido da I guerra mundial – sobejamente conhecido na época – viria a ter consequências catastróficas na II guerra mundial, em que a dimensão racial foi incorporada à antinomia entre “civilizados” e “bárbaros”.

O extermínio total assumiu proporções apocalípticas, e a soberania estatal absoluta perdeu inteiramente qualquer pretensão de legitimidade, ao utilizar os indivíduos sob a jurisdição nacional como meros instrumentos descartáveis de destruição e perpetração de atrocidades. Ao longo do século XX, a par das guerras, diversificaram-se as formas de extermínio em massa, em distintos continentes. Onde estavam e estão os “povos civilizados”? Reservaram-se crescentes “recursos humanos” e materiais para o extermínio das vítimas, previamente identificadas e desumanizadas, que se tornaram bem mais numerosas do que os combatentes mortos nos conflitos armados convencionais.

Não obstante a diversidade das formas de extermínio (execuções sumárias em massa, deportações, desaparecimentos forçados, campos de concentração, mortes em massa por inanição, trabalho forçado ou escravo, “limpeza étnica”, dentre outras), apresentaram e apresentam estas, como traço comum, as mentiras e manipulações, a propaganda e o uso indevido da linguagem⁸⁸. Nas últimas décadas, têm continuado os fanatismos na irrupção da guerra “total”, e em meio às confrontações ideológicas, aos terrorismos (de grupos

88 D.J. Goldhagen, *Worse than War - Genocide, Eliminationism, and the Ongoing Assault on Humanity*, London, Abacus, 2012 [reed.], pp. 6-7, 14, 19, 24, 29, 38-39, 45-46, 56, 94-95, 141-142, 196, 213, 298, 311, 325, 356, 358, 365, 368, 397, 424, 459, 486, 492 e 563-564.

clandestinos assim como de Estados), e, mais recentemente, às devastações geradas pelos fundamentalismos religiosos e étnicos⁸⁹.

Multiplicaram-se as formas de extermínio e violência em massa, circundadas de fanatismo, buscando desumanizar as numerosas vítimas. Novas formas de extermínio passaram a ser premeditadamente utilizadas, com requintes de crueldade, como a dos campos ou locais de estupro em massa durante as guerras nos Bálcãs, na década de noventa⁹⁰. A despeito das mudanças nos contextos históricos sucessivos, persistiu o fanatismo em todos eles. Onde estavam e estão os “países civilizados”? A fé na razão humana subsiste, – sem a qual não haveria mais esperança alguma, – circundada das ameaças recorrentes dos fanatismos. A consciência moral do ser humano encontra-se hoje diante do fosso entre os avanços no campo do conhecimento científico-tecnológico e a falta de um correspondente aperfeiçoamento humano integral (uma crise sem precedentes da *recta ratio*)⁹¹.

A história, repleta de violência e declínios, não confirma o mito “cientificista” de um constante progresso humano gerado pela ciência, à margem dos valores humanos; a tecnologia e os avanços do conhecimento científico foram postos a serviço das guerras, em meio à propaganda que buscava justificar as devastações e os ataques de destruição em massa⁹². Logo tornou-se claro que o conhecimento científico era incapaz de ordenar a vida e preservar a “civilização”, quando desprovido de valores⁹³. A sucessão interminável de atrocidades, ao longo de todo o século XX (e nestes primeiros anos do século XXI) parece indicar que a maldade humana não tem limites.

89 Cf. [Vários Autores,] *Faces do Fanatismo* (eds. J. Pinsky e C.B. Pinsky), São Paulo, Ed. Contexto, 2004, pp. 106-109, 124-126, 161, 175 e 214-215.

90 Cf., e.g., B. Allen, *Rape Warfare - The Hidden Genocide in Bosnia-Herzegovina and Croatia*, Minneapolis/London, University of Minnesota Press, 1996, pp. 1-162. Sobre o chamado “estupro genocida”, cf., e.g., P. Mojzes, *Balkan Genocides - Holocaust and Ethnic Cleansing in the Twentieth Century*, Lanham, Rowman & Littlefield Pubs., 2011, pp. 34-35, 135, 184-187, 217 e 229.

91 Cf., e.g., [Vários Autores,] *Crisi e Risveglio della Coscienza Morale nel Nostro Tempo* (ed. A. Lobato), Bologna, Ed. Studio Domenicano, 1989, pp. 6-7, 16, 24-27, 34, 39, 57, 63, 68, 81, 85-89, 121, 160, 163 3 180-181.

92 B. Appleyard, *Ciencia vs. Humanismo: Un Desacuerdo Imprevisible*, Buenos Aires, Edit. El Ateneo, 2004, pp. 28, 114, 149-151 e 153-157.

93 A. Malraux, *Antimémoires*, Paris, Gallimard, 1967, pp. 334 e 348, e cf. pp. 584-587, 591-592 e 596.

Um pensador humanista, Jacques Maritain, passou a buscar alguma explicação para as atrocidades do século XX na teologia: discorrendo sobre a “inocência de Deus” face às atrocidades cometidas por suas criaturas, ponderou que, à medida em que

la conscience des hommes devenait plus sensible à la dignité de la personne humaine et aux outrages qui lui sont infligés par le mal, (...) à mesure donc que se développait un tel processus, le problème du mal a pris une importance plus tragique pour la conscience humaine⁹⁴.

As referidas atrocidades, na visão de J. Maritain, decorreram do desprezo pela pessoa humana e sua dignidade, e do esquecimento da necessidade de retidão na vida e do primado dos fins espirituais sobre os temporais ou políticos; as atrocidades resultantes revelaram a fragilidade da civilização⁹⁵. Ao alertar contra as servidões do materialismo, insistia J. Maritain (na linha do pensamento tomista) que somente a vida íntegra proporciona o verdadeiro progresso, mediante a *ascensão da consciência*⁹⁶. E acrescentava que o Estado não pode obrigar o indivíduo a reformar seu juízo de consciência, pois *a pessoa humana transcende o Estado*⁹⁷. Para J. Maritain, não há como trasladar o destino de um ser humano a um “todo artificial” sobreposto a ele⁹⁸; só assim resistiremos a uma recaída nos totalitarismos. J. Maritain conclamava à busca da realização do *bem comum*, tendo sempre em mente a dignidade da pessoa humana⁹⁹; propugnava, em suma, por um “humanismo integral”¹⁰⁰.

94 J. Maritain, “Dieu et la permission du mal”, in *Oeuvres de Jacques Maritain - 1961-1967 (Jacques et Raïssa Maritain - Oeuvres complètes)*, vol. XII, Fribourg/Paris, Éd. Universitaires/Éd. Saint-Paul, 1992, p. 17, e cf. p. 41. Na percepção de J. Maritain, a causa do mal não era atribuível a Deus, mas residia na “condição existencial do mundo”, na liberdade de suas criaturas; *ibid.*, p. 43.

95 J. Maritain, *Primacia de lo Espiritual*, Buenos Aires, Ed. Club de Lectores, 1982, pp. 23, 27, 111 e 145; e cf. J. Maritain, *Para una Filosofía de la Persona Humana*, Buenos Aires, Ed. Club de Lectores, 1984, pp. 164, 176-178, 196-197, 221 3 231.

96 J. Maritain, *Los Derechos del Hombre y la Ley Natural*, Buenos Aires, Ed. Leviatan, 1982, pp. 38, 44, 50, 69 e 94-95.

97 *Ibid.*, pp. 79-82; e cf. J. Maritain, *O Homem e o Estado*, 4ª. ed., Rio de Janeiro, Livr. Agir Ed., 1966, pp. 96-102.

98 J. Maritain, *The Person and the Common Good*, Notre Dame, University of Notre Dame Press, 2002 (reed.), p. 92, e cf. pp. 45 e 96.

99 Cf. *ibid.*, pp. 29, 49-50, 93 e 104.

100 Cf. J. Maritain, *Humanisme intégral*, Paris, Aubier, 2000 (reed.), pp. 18, 37, 137 e 230-232.

As consequências do uso do conhecimento para a destruição em massa têm sido devastadoras e humilhantes para todos, ao longo do tempo, trazendo de novo à baila os antigos enfrentamentos entre os especialistas da ciência e os humanistas. Cada uma das ideologias do século XX, prometendo reordenar a sociedade e criar “novos tipos de civilização” (tidos como “superiores”), levou à coletivização mecanizada e à violência extrema, deixando milhões de mortos em meio a massacres e “extermínio cultural” perpetrados pelo Estado¹⁰¹. A contrário das promessas deste último, a “civilização” pareceu ter-se desvanecido, sendo por vezes vislumbrada em um horizonte longínquo, como uma miragem.

Da tensão entre civilização e barbárie dão importante testemunho os *Diários*, esquecidos em nossos dias, de humanistas que sobreviveram a duas guerras mundiais, como Georges Duhamel, Romain Rolland, e René Cassin, dentre outros. O médico e humanista G. Duhamel, por exemplo, em seu *Diário* da primeira guerra mundial, intitulado *Civilização - 1914-1917*, advertia para o fato de que “a guerra tornou-se uma indústria, um empreendimento mecânico e metódico de matanças”, uma verdadeira “réplica da civilização propriamente dita”¹⁰². Posteriormente, em seu *Diário* da eclosão da segunda guerra mundial, voltou a denunciar a “ideologia bárbara” da guerra, em meio à propaganda, destruindo a civilização com sua “falta de humanidade”. O próprio Ocidente contribuiu a este quadro sinistro, mas o espírito do humanismo poderia ressurgir das cinzas¹⁰³.

Outro sobrevivente de duas guerras mundiais, que deixou *Diários* de ambas (o *Journal des années de guerre - 1914-1918*, e o *Journal de Vézelay - 1938-1944*), também abordando a tensão entre “civilização” e barbárie, foi Romain Rolland. Cedo se notabilizou como um pacifista, mas, ante a ascensão de Hitler, perdeu a fé em seus ideais de pacifista, e passou a se concentrar na “segurança coletiva”. Ao narrar a irrupção da II guerra mundial, denunciou a demagogia, o fanatismo, a propaganda e as mentiras, que a precipitaram¹⁰⁴, e o

101 M. Mazower, *Dark Continent : Europe´s Twentieth Century*, London, Penguin Books, 1999 [reed.], pp. 88 e 161, e cf. pp. 61-73, 120-122, 168, 238-239, 305 e 406.

102 G. Duhamel, *Civilisation - 1914-1917*, Paris, Mercure de France, 1944, pp. 53 e 274-275.

103 Cf. G. Duhamel, *Mémorial de la guerre blanche - 1938*, Paris, Mercure de France, 1945, pp. 41, 95, 100, 102 e 170.

104 Cf. R. Rolland, *Journal de Vézelay - 1938-1944*, 2a. ed., Paris, Bartillat, 2012, pp. 109, 112, 115, 120, 172-173, 242, 273-274, 283, 311 e 317.

clima de angústia e terror que logo pairou sobre todos¹⁰⁵, em meio aos escombros em que passaram a se encontrar os “povos civilizados”, de novo frente à “barbárie”¹⁰⁶.

Por vezes R. Rolland tentou buscar respostas, a este quadro sinistro, na leitura dos clássicos¹⁰⁷, - como também o fazia Simone Weil¹⁰⁸. Em seu livro *Clerambault – Histoire d’une conscience libre pendant la guerre* (1920), denunciou a guerra – com sua inconsciência, suas mentiras e brutalidades, e seus lucros – como “la faillite de la civilisation”, fazendo abstração da “consciência universal”¹⁰⁹. Em um célebre manifesto pacifista, na época da I guerra mundial, R. Rolland ressaltou a tensão constante entre a “civilização” e a barbárie, e alertou que não se pode, em nome de uma “civilização”, buscar destruir criminalmente outra¹¹⁰.

Os biógrafos de R. Rolland ressaltaram seu idealismo humanista¹¹¹, sua ferrenha oposição às mentiras e à “monstruosa *raison d’État*”, e sua decidida defesa da unidade do gênero humano¹¹². Stefan Zweig, admirador de R. Rolland, destacou seu “heroísmo de espírito”, seu combate ao “mundo real” para defender o “invisível” e denunciar a “falência da civilização” e o retorno à barbárie pelo recurso à guerra¹¹³. R. Rolland combateu sobretudo a “ideologia da guerra”, lamentando a sorte de milhões de seres humanos que se imolavam tragicamente sem sequer saber por que, deixando-se “absorver pela mentira da coletividade”. Para ele, “a guerra das massas, a brutalidade uniformizada, a mobilização ao comando” desprovido de “personalidade”, constituíam “o mais terrível crime contra a liberdade” humana¹¹⁴.

105 Cf. *ibid.*, pp. 134, 142, 159 e 412.

106 Cf. *ibid.*, pp. 202 e 275.

107 Cf. *ibid.*, pp. 26, 172 e 394; e cf. também, e.g., R. Rolland, *Au-dessus de la mêlée*, *op. cit. infra* n. (110), pp. 82 e 177-178; R. Rolland, *Vida de Tolstói*, Barcelona, Acantilado, 2010, pp. 7-236.

108 Cf. S. Weil, “L’Iliade ou le poème de la force” [1940-1941], in *Oeuvres*, Paris, Gallimard, 1999, pp. 527-552; S. Weil, *Reflexiones sobre las Causas de la Libertad y de la Oposición Social* [1954], Barcelona, Paidós, 1995 [reed.], pp. 43-150.

109 R. Rolland, *Clerambault - Histoire d’une conscience libre pendant la guerre*, Paris, Libr. P. Ollendorff, 1920, pp. 28, 42 e 69.

110 R. Rolland, *Au-dessus de la mêlée* [1914], Paris, Payot, 2013 [reed.], p. 158, e cf. pp. 70, 82, 120, 132-135 e 178.

111 Cf. A.R. Levy, *L’idéalisme de Romain Rolland*, Paris, Nizet, 1946, pp. 11-290.

112 J.-B. Barrère, *Romain Rolland*, Paris, Seuil, 1978, pp. 53, 57, 118 e 169.

113 S. Zweig, *Romain Rolland*, Paris, Belfond, 2000 [reed.], pp. 273, 275 e 284.

114 *Ibid.*, pp. 305, 337, 346 e 366.

Outro a sobreviver duas guerras mundiais foi René Cassin, um livre-pensador, que cedo começou a refletir sobre a relação entre o Estado e o cidadão, movido por sua preocupação com o sofrimento dos vulneráveis e para evitar o maior mal da civilização, a barbárie dos devastadores conflitos armados. Em suas recordações amargas das duas guerras mundiais, R. Cassin denunciou os “Estados-Leviatãs”, que tragicamente transformaram os seres humanos em instrumentos ou escravos, deles dispendo totalmente, esquecidos ser próprio de toda civilização tratar a pessoa humana como um fim em si mesma¹¹⁵ (para evocar a célebre expressão de E. Kant). No entanto, a visão hegeliana já proclamara a inexistência de indivíduos (como fins), entregues ao Estado; na visão de R. Cassin, com o advento dos Estados totalitários, os “Estados-Leviatãs” passaram a justificar tudo (em meio à propaganda e aos fanatismos), inclusive o extermínio em massa de seres humanos¹¹⁶.

Já no período do entre-guerras R. Cassin passou a meditar sobre os meios de assegurar proteção aos indivíduos contra os desmandos da soberania estatal. Em sua ótica, face ao despotismo, ao armamentismo e à ameaça da guerra, impunha-se – como prioridade – estabelecer limites à soberania estatal¹¹⁷. Para isto, cabia desviar as atenções do Estado para a sociedade civil e os indivíduos, o que R. Cassin logrou mais tarde fazer, nos trabalhos preparatórios da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948¹¹⁸. R. Cassin valorizava o direito de petição individual internacional (por violações de direitos humanos), que não encontrou guarida na Declaração Universal de 1948, mas apenas mais tarde, no Pacto das Nações Unidas de Direitos Civis e Políticos¹¹⁹.

Bem antes disso, no entanto, R. Cassin propunha, já em 1930, ao abordar o estatuto pessoal, que o fator de conexão fosse a residência, e não a nacionalidade (a tese que prevalecia na época), de modo a ampliar a proximidade das pessoas e a vindicação de

115 Cf. R. Cassin, *La pensée et l’action*, Boulogne-sur-Seine, Éd. F. Lalou, 1972, pp. 63, 67 e 69.

116 Cf. *ibid.*, pp. 66 e 69-70.

117 J. Winter e A. Prost, *René Cassin and Human Rights - From the Great War to the Universal Declaration*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, pp. 11, 19, 47, 66, 70, 85, 188 e 336.

118 *Ibid.*, pp. 147, 162, 221-227, 238-240, 244-245, 343 e 350.

119 Cf. A.A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, 2^a. ed., vol. I, Porto Alegre, S.A. Fabris Edit., 2003, pp. 51-87.

seus direitos no cenário internacional, face a mudanças territoriais e migrações¹²⁰. Já vinha, pois, contemplando a ideia da afirmação da pessoa humana frente ao próprio Estado, bem antes da eclosão da II guerra mundial. Com os horrores e a devastação desta advindos, veio a reação da consciência humana, em um dos raros momentos de lucidez da história contemporânea: a da adoção pelas Nações Unidas da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.

Anos depois, René Cassin exclamou que, com a Declaração, “algo novo” surgiu no mundo¹²¹. Encontrou ele tempo para deixar para a posteridade seu relato circunstanciado do processo *coletivo* de elaboração da referida Declaração, em um período de tempo relativamente breve (1946-1948). Destacou, em particular, a *universalidade* da mesma (que não havia sido antecipada no início daquele processo de elaboração), o *ideal comum* de todos por ela representado e a servir de base a um verdadeiro ordenamento internacional, e a relevância dos *princípios gerais* a revelarem a unidade do gênero humano e os “atributos essenciais” da pessoa humana¹²².

1. Civilização e Barbárie no Tempo

A obra magistral de Arnold J. Toynbee (*Um Estudo de História*), publicada em dez tomos entre 1934 a 1954¹²³, examinava o movimento gênese/crescimento/ruptura/desintegração das civilizações¹²⁴, em que se perfilava o curso da tragédia¹²⁵. Não obstante, também detectava a busca da universalidade¹²⁶, e os *contatos ou encontros entre as*

120 Cf. R. Cassin, “La nouvelle conception du domicile dans le règlement des conflits de lois”, 34 *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye* (1930) pp. 655-810.

121 Cf. R. Cassin, *La pensée et l’action*, *op. cit. supra* n. (94), p. 118, e cf. pp. 103-118.

122 Cf. R. Cassin, “La Déclaration Universelle et la mise en oeuvre des droits de l’homme”, 79 *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye* (1951) pp. 237-368.

123 Os três primeiros tomos foram publicados em 1934; os três seguintes em 1939; e os restantes em 1954. A versão condensada foi publicada em 1946 (tomos I-VI) e 1957 (tomos VII-X); a partir de 1960 esta versão (aos cuidados de D.C. Somerwell) passou a ser reimpressa em um tomo único: A.J. Toynbee, *A Study of History*, Oxford, Oxford University Press, 1970 (3ª. reimpr.), pp. 1-1003.

124 A.J. Toynbee, *A Study of History*, *op. cit. supra* n. (123), pp. 48-558 e 826-850.

125 Cf. *ibid.*, pp. 678-701.

126 Cf. *ibid.*, pp. 559-677.

civilizações no espaço e no tempo¹²⁷, para então deixar registrada sua profissão de fé na liberdade pessoal e na justiça social¹²⁸. A leitura de A.J. Toynbee sempre me impressionou por sua erudição e sua honestidade intelectual: não se acanhava em confessar suas crenças, tendo vivido e trabalhado em um mundo marcado por cataclismos sociais e sucessivas atrocidades.

A.J. Toynbee tomava por “civilização” a menor unidade de estudo histórico a que se poderia chegar, ou seja, a sociedade, o meio social em exame. “Civilização” e “sociedade” se interrelacionavam, sendo para ele termos equivalentes. Escrevendo pouco após a segunda guerra mundial, A.J. Toynbee advertia (em *A Civilização Posta à Prova*, 1948) que a iniquidade humana não foi eliminada com o desenvolvimento do conhecimento técnico-científico, mas sim amplamente aumentada. Cada uma das civilizações passadas estava convencida de que era a única verdadeiramente civilizada, e de que as demais eram bárbaras¹²⁹.

No entanto, a guerra passou a ser – e continuava sendo – a causa da morte de muitas civilizações. Urgia, assim, por um fim às guerras, e a outras perversidades da “tecnologia moderna”, que aumentavam as disparidades sociais. A grande tragédia constatada por A.J. Toynbee residia no fato de ter o ser humano alcançado grande progresso no conhecimento técnico científico, não acompanhado de avanço equivalente no plano espiritual¹³⁰. Só logramos aprender mediante o sofrimento, para A.J. Toynbee, nossa descoberta é a mesma de Ésquilo, pois é através do sofrimento que alcançamos o saber¹³¹.

Nos últimos dois séculos e meio, em plena era dos Estados nacionais, – prosseguiu A.J. Toynbee, – tem-se assistido a uma sucessão de perseguições, deportações, expulsões e massacres¹³². Como falar em Estados “civilizados”? A tecnologia, mesmo avançada, – ponderava A.J. Toynbee, – permanece na “superfície da

127 Cf. *ibid.*, pp. 702-818.

128 Cf. *ibid.*, pp. 898-903.

129 A.J. Toynbee, *Estudos de História Contemporânea*, 3a. ed., São Paulo, Cia. Edit. Nacional, 1967, pp. 35, 75, 209 e 266; K.W. Thompson, *Toynbee's Philosophy of World History and Politics*, Baton Rouge/London, Louisiana State University Press, 1985, p. 216.

130 A.J. Toynbee, *Estudos de História...*, *op. cit. supra n.* (129), pp. 243; K.W. Thompson, *Toynbee's Philosophy*, *op. cit. supra n.* (129), pp. 71-72, 74, 189, 199 and 204.

131 A.J. Toynbee, *Estudos de História...*, *op. cit. supra n.* (129), pp. 26 e 110-111.

132 *Ibid.*, pp. 297-300.

vida”, podendo ter um “efeito profundamente desintegrador” na vida espiritual de uma sociedade; a religião, por outro lado, desce às suas raízes¹³³. No “decurso de uma geração”, – acrescentou em 1950, – “aprendemos duas verdades fundamentais”: uma, que toda guerra é uma guerra de extermínio, e outra, que a melhoria da técnica militar é “habitualmente, senão sempre, o sintoma do declínio de uma civilização”. Estas lições parecem esquecidas em nossos dias¹³⁴.

A.J. Toynbee constatou a tragédia nos acontecimentos humanos; examinou o surgimento, o crescimento, a ruptura e a desintegração das civilizações em meio à imutabilidade da natureza humana, – como um padrão na história. Alertou para o efeito devastador das guerras em meio à propaganda. Para ele, os elementos político e econômico são manifestações superficiais e triviais da natureza de uma civilização, ao passo que seu elemento cultural é “sua alma”. A.J. Toynbee jamais se desesperou: em um diálogo concedido ao final de sua vida, ponderou que percebia que a humanidade tomava os primeiros passos para assumir um sentido de “responsabilidade coletiva” pelas atrocidades ocorridas no século passado, como, e.g., “a humanização do tratamento de prisioneiros”, e a “vindicação dos direitos humanos fundamentais e universais”¹³⁵.

Sempre insistindo em que só se pode aprender com o sofrimento, A.J. Toynbee manteve e cultivou durante toda sua vida o “sentimento íntimo” (*inner feeling*), sua própria forma de religião pessoal¹³⁶, – desde sua primeira pesquisa, sobre o genocídio dos armênios em 1915-1916 (primeira obra a respeito, publicada em 1916)¹³⁷, – até seus últimos escritos. No final de sua vida, confessou o historiador humanista, ao concluir seu monumental *A Study of History*, que foi tomado por um sentimento de espanto quanto ao “destino humano”, por haver se mantido “consciente da tragédia dos eventos humanos”. Mediante o estudo da história, havia buscado compreender o universo, ou seja,

133 *Ibid.*, p. 289.

134 A.J. Toynbee, *Guerra e Civilização*, Lisboa, Edit. Presença, 1963 [reed.], pp. 20, 29 e 178; e cf. também J. de Romilly, *La Grèce antique contre la violence*, Paris, Éd. Fallois, 2000, pp. 18-19 e 129-130.

135 [A.J. Toynbee,] *Toynbee on Toynbee (A Conversation between Arnold J. Toynbee and G.R. Urban)*, Oxford/N.Y., Oxford University Press, 1974, pp. 9, 26, 38, 80, 85 e 103-104.

136 *Ibid.*, pp. 110-113.

137 A.J. Toynbee, *Les massacres des Arméniens - Le meurtre d'une nation (1915-1916)*, Paris, Ed. Payot & Rivages, 2012 [reed.], pp. 35-315.

“compreender o incompreensível”¹³⁸. Ao final de sua jornada, A.J. Toynbee admitiu que se encontrava diante dos mistérios do universo e da existência humana, das indagações quanto ao destino, e da tragédia da condição humana.

Outro historiador que examinou as civilizações em uma escala temporal, Fernand Braudel, escreveu que abarcam elas períodos bem mais longos que qualquer outro fenômeno social, e seu estudo requer insumos de todas as ciências sociais, ademais da própria história. Para F. Braudel, o traço mais marcante das civilizações, em sua virtual totalidade, é a religião, seguida dos diferentes tipos de *modus vivendi*, vida familiar, relações laborais. F. Braudel ademais assinalou, em sua *História das Civilizações*, que estas flutuam em ciclos, por vezes rompidos abruptamente, uma vez que cada geração busca contradizer sua predecessora¹³⁹.

2. A Projeção da Barbárie no Tempo

Um historiador da atualidade, Niall Ferguson, ao retomar a temática da civilização, recorda – ainda que ligeiramente – o valioso legado de A.J. Toynbee (os ciclos civilizatórios no *A Study in History*, *supra*), para em seguida rechaçar como equivocada a proposição de D. Huntington de um pretendido *Conflito de Civilizações*. Para N. Ferguson, tal “conflito” não se constata na atualidade. Desde o chamado “fim” da guerra fria, – como assinala em seu próprio livro *Civilização*, – o que realmente ampliou foram os conflitos (armados) internos ou locais, dentro de determinados meios sociais, e não “entre civilizações”. No entanto, – acrescenta, – estas últimas têm que permanecer atentas às ameaças, não de outras civilizações, mas das manipulações e da ignorância que ocorrem em seu próprio seio¹⁴⁰. Com efeito, a contrário do que pretendeu demonstrar S. Huntington, não há claras linhas divisórias e mutuamente excludentes entre as civilizações: estas têm interagido, se interrelacionado e influenciado *inter se*¹⁴¹. O problema real reside no uso indevido da linguagem, somado à ignorância, no interior de cada uma delas.

138 [A.J. Toynbee,] *Toynbee on Toynbee*, *op. cit. supra* n. (135), pp. 26-28, 38 e 40.

139 F. Braudel, *A History of Civilizations* [1963], London/N.Y., Penguin Books, 1995 [reed.], pp. 9-10, 18, 23, 25-26 e 28.

140 N. Ferguson, *Civilization*, London, Penguin Books, 2012, pp. 297, 313 e 324-325.

141 Cf. O. Korhonen, “Dialogue among Civilizations: International Law, Human Rights and Difference”, in *Dialogue among Civilizations - Finnish-Iranian Human*

Com efeito, as atrocidades perpetradas nas últimas décadas não desaparecem com os falecimentos de suas vítimas, em sua grande maioria pessoas inocentes. Os sofrimentos delas decorrentes projetam-se no tempo, gerando efeitos em sucessivas gerações, retumbando em suas consciências. Tive ocasião, a esse respeito, de dedicar um capítulo de meu livro de memórias da Corte Interamericana de Direitos Humanos à “Projeção do Sofrimento Humano no Tempo” (cap. XIX). Aí condensei as reflexões que desenvolvi precisamente sobre este tema em meus Votos Arrazoados nos casos, *inter alia*, dos *Haitianos e Dominicanos de Origem Haitiana na República Dominicana* (2000), de *Bámaca Velásquez versus Guatemala* (reparações, 2002), de *Bulacio versus Argentina* (2003), de *Tibi versus Equador* (2004), dos *Irmãos Gómez Paquiyauri versus Peru* (2004), e da *Comunidade Moiwana versus Suriname* (2005-2006)¹⁴². Sendo o sofrimento parte integrante da condição humana, está sempre trazendo à tona o enigma do mal¹⁴³, e desafiando todos a enfrentá-lo.

Em um destes meus Votos, e.g., no caso da *Comunidade Moiwana* (Interpretação de Sentença, de 08.02.2006), observei, em um plano metajurídico, *inter alia* que

(...) Para o grande historiador A.J. Toynbee, só se pode medir o ‘progresso’ mediante o conhecimento realmente extraído do sofrimento humano com os ‘fracassos das civilizações’, ao passo que, para outro erudito historiador, J. Burckhardt, são as obras do espírito humano, devidamente preservadas, desafiando o passar do tempo, (...) que constituem o verdadeiro sentido da história. Há que lutar pelo primado da memória sobre a crueldade humana; ao voltar os olhos para trás, a miséria da condição humana só pode inspirar um sentido de piedade (...)

(...) O presente caso dos N’djukas da *Comunidade Moiwana* no Suriname, rico em ensinamentos, resgatou a importância da preservação das expressões culturais, como forma de comunicação do ser humano com o mistério insondável do mundo exterior, assim como do cultivo da memória pessoal e coletiva, da sã convivência dos vivos com seus mortos, e do

Rights Expert Dialogue (eds. L. Hannikainen e S.K. Sajjadpour), Rovaniemi, University of Lapland Ed., 2002, pp. 36-37.

142 A.A. Caçado Trindade, *El Ejercicio de la Función Judicial Internacional - Memorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 3ª. ed., Belo Horizonte, Edit. Del Rey, 2013, pp. 163-169.

143 M. Neusch, *L’énigme du mal*, Paris, Bayard, 2007, pp. 44 e 113, e cf. p. 79.

imperativo do primado da justiça e do respeito nas relações de todos, dos vivos *inter se*, e destes com seus mortos. (paras. 29 e 32)

Daí a importância, – se não necessidade, – de guardar sua memória histórica dos sofrimentos passados (inclusive como forma de reparação às vítimas), de buscar delas extrair as duras lições, para assegurar-nos de que não se repitam. Daí a relevância e a necessidade de concentrarmos nossa atenção já não tanto nos Estados, mas sobretudo nas condições de vida das populações, – como se pode depreender da própria Carta das Nações Unidas, – buscando o caminho rumo à unidade do gênero humano¹⁴⁴, mais além das relações amistosas das nações¹⁴⁵. Os atos finais do ciclo recente das Conferências Mundiais das Nações Unidas apontam hoje claramente a esta meta.

No entanto, tendo participado de alguns momentos decisivos deste ciclo de Conferências Mundiais, – do qual tão gratas memórias guardo¹⁴⁶, – já há alguns anos me permiti alertar que lamentavelmente ainda persiste no cenário internacional contemporâneo uma grande contradição, “consistente na emergência de temas globais, de

144 Cf. A.A. Cançado Trindade, *International Law for Humankind - Towards a New Jus Gentium*, 1a. ed., Leiden/The Hague, Nijhoff/The Hague Academy of International Law, 2010, pp. 1-726.

145 Thérèse Delpech, *El Retorno a la Barbarie en el Siglo XXI*, Buenos Aires, Ed. El Ateneo, 2006, pp. 21-22, 42-46, 192, 246, 250 e 279-280. - Persiste um décalage entre o papel das civilizações (que apontam para a universalidade) nas relações internacionais e a visão estritamente inter-estatal, árida e atomizada, das mesmas; cf. Y. Ben Achour, *Le rôle des civilisations dans le système international - Droit et relations internationales*, Bruxelles, Bruylant/Éd. Univ. Bruxelles, 2003, pp. 44-45, 187, 305-306 e 313. Há que ter sempre presente a importância das culturas, que buscam atender as necessidades - pessoais e espirituais - dos seres humanos (cf., e.g., L.A. White e B. Dillingham, *O Conceito de Cultura*, Rio de Janeiro, Contraponto Ed., 2009, pp. 29-31 e 105), e, - acrescentaria eu, - buscam encontrar um sentido para suas vidas.

146 Cf. A.A. Cançado Trindade, “Memória da Conferência Mundial de Direitos Humanos (Viena, 1993)”, 87/90 *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional* (1993-1994) pp. 9-57; A.A. Cançado Trindade, “A Conferência Mundial de Direitos Humanos: Lições de Viena”, 10 *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul* (1994) pp. 232-237; A.A. Cançado Trindade, “Sustainable Human Development and Conditions of Life as a Matter of Legitimate International Concern: The Legacy of the U.N. World Conferences”, *op. cit. infra* n. (201), pp. 285-309; A.A. Cançado Trindade, “As Consultas Mundiais das Nações Unidas sobre o Direito ao Desenvolvimento como um Direito Humano (1990)”, 33 *Revista Brasileira de Política Internacional* (1990-1993) n. 129-130, pp. 107-125.

interesse de toda a humanidade, paralelamente ao recrudescimento de ódios seculares, de base étnica, nacional, religiosa ou cultural¹⁴⁷. Efetivamente, “os avanços no conhecimento científico não têm logrado livrar o mundo da ameaça dos velhos conflitos e antagonismos e da destruição”¹⁴⁸.

Há, em definitivo, que voltar a cultivar a cultura, para não recair na barbárie. A cada um está reservada a busca da auto-realização pessoal, inclusive para preservar a “humanidade transcendental” da pessoa humana. Para alcançar e realizar estas metas, incumbe a cada um manter a consciência viva, pois os obstáculos a superar são desafiadores: as distorções propiciadas pelo tecnicismo e as especializações; a desorientação conduzida pelos meios de comunicação de massa e pela falácia do “mercado livre”; a indiferença quanto aos grandes temas e aos verdadeiros problemas que nos circundam¹⁴⁹.

Há que se manter consciente dos sofrimentos das gerações anteriores, e cultivar a memória das lições deles extraídas. Como assinalei em 1999 em meu *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos* (vol. II):

Os horrores deste século agonizante, de dimensões apocalípticas, excedem os de séculos precedentes, apesar de todos os avanços tecnológicos paralelos. Os horrores das duas guerras mundiais, do holocausto, do *gulag*, dos conflitos internos contemporâneos, dos atos de genocídio – em distintas partes do mundo como no sudeste asiático, na Europa central (ex-Iugoslávia), na África (Ruanda), – abalaram a fé no progresso e no futuro. O aumento da brutalização, com a intensificação da produção dos armamentos usados em conflitos de destruição em massa no século XX, contou com organização, administração e tecnologia, ainda que dirigidas cruel e tragicamente à destruição eficiente e racionalizada de inúmeras vidas humanas.

147 A.A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, vol. II, Porto Alegre, S.A. Fabris Ed., 1999, p. 343.

148 *Ibid.*, p. 343.

149 Cf., e.g., Michel Henry, *A Barbárie [La Barbarie]*, São Paulo, Realizações Edit., 2012, pp. 92, 105, 118-119, 183, 185, 194 e 211. Quanto aos chamados “mercados livres”, e o fomento desvairado do consumo, são incapazes de se preocupar com a sorte das gerações presentes e futuras; é inaceitável que professem buscar uma “economia forte”, descuidando-se inteiramente dos que jazem na miséria ou pobreza crônica, em meio à mais completa “desregulamentação financeira”; cf., e.g., Jeffrey Sachs, *The Price of Civilization*, London, Vintage, 2012, pp. 32-33, 41, 133 e 183.

(...) A sucessão das crueldades trágicas deste século está a impor uma consciência permanente da capacidade do ser humano de destruição de si mesmo e de seus semelhantes. Impõe, por isso mesmo e de igual modo, uma consciência permanente das lições do passado e uma humildade bem maior quanto ao progresso e aos avanços materiais e tecnológicos do ser humano. (...)

(...) É a partir [da consciência dos direitos humanos] que se há de evitar e combater o uso indevido do poder das tecnologias e o das comunicações em função dos interesses de uns poucos e não do bem comum. É a partir dela que se há de afirmar o primado de valores humanos universais¹⁵⁰.

VII. CONSIDERAÇÕES DE ORDEM JURÍDICA

No plano do pensamento jurídico, têm-se envidado esforços no sentido de assegurar o primado do direito sobre a força e as disparidades factuais. Um dos exemplos reside nos esforços, nesse sentido, de Raul Fernandes, que, no entanto, pouco escreveu: nenhum tratado ou livro de direito internacional, sequer curso ou manual algum. Não obstante, o pouco que deixou para a posteridade (alguns artigos) revela uma notória erudição. Ainda mais, esteve nos lugares certos nos momentos de tomados de decisões históricas, – às quais efetivamente contribuiu, – que deixaram rastro no desenvolvimento progressivo do direito internacional.

Tal desenvolvimento progressivo foi objeto constante de suas preocupações, e meta de seus esforços nos foros internacionais. Dentre os poucos artigos que escreveu, há dois que considero de particular relevância para conhecer e apreciar a contribuição de Raul Fernandes ao desenvolvimento do direito internacional: versam eles sobre “As Modificações do Conceito de Soberania”, e “O Princípio da Igualdade Jurídica dos Estados na Atividade Internacional do PósGuerra”, respectivamente¹⁵¹.

No primeiro desses artigos, Raul Fernandes observou que, desde que a ideia de soberania emergiu com os Estados nacionais

150 A.A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, vol. II, *op. cit. supra* n. (147), pp. 339-340 e 344.

151 Cf. MRE, *Raul Fernandes - Nonagésimo Aniversário*, vol. I: *Conferências e Trabalhos Esparsos*, Rio de Janeiro, MRE, 1967, pp. 117133 e 165186, respectivamente.

independentes, ficou claro que, em seu aspecto externo, tal ideia comportava limitações para viabilizar as relações harmônicas entre os Estados. No entanto, não foi isso o que ocorreu, e “durante quatro séculos”, – assinalou Raul Fernandes em 1949, – a ideia de soberania veio “viciar a construção do Direito Internacional, introduzindo nele as contradições e as deficiências que ainda impedem o seu aperfeiçoamento orgânico”¹⁵². Com efeito, já na antiguidade se dizia *ubi societas ibi jus*, em claro reconhecimento de que não pode haver sociedade, – seja de indivíduos, seja de nações, – “sem normas de procedimento que disciplinem as relações de uns com outros”¹⁵³. Os chamados “fundadores” do direito das gentes internacional prontamente assentaram limites à soberania estatal nas máximas do direito natural¹⁵⁴ (cf. *infra*).

Com o passar dos tempos se podia ver que a projeção da soberania na ordem externa era a independência estatal. Mas os Estados não se contentavam com isso, e alimentavam seu afã e sua pretensão de alcançar um “poder supremo”¹⁵⁵, renunciando, em fins do século XIX, os desastres que daí adviriam. O que o mundo veio a contemplar foi “a anarquia pelo choque das soberanias irrefreadas”¹⁵⁶. Os Estados revelaram que, na realidade, em sua visão distorcida, “a soberania residia na força”¹⁵⁷. Foi a Carta das Nações Unidas que, em seu entender, extraindo as duras lições dos cataclismos resultantes das conflagrações da primeira metade do século XX, veio a reconhecer “as restrições necessárias da soberania externa”, de modo a resguardar a paz mundial¹⁵⁸ e fomentar o desenvolvimento

152 R. Fernandes, “As Modificações do Conceito de Soberania”, in *ibid.*, p. 119, e cf. pp. 120121.

153 *Ibid.*, p. 119.

154 Assim, por exemplo, já no século XVI, Francisco de Vitoria ensinava (em Salamanca) que é a própria comunidade internacional que se encontra atingida por toda injustiça. Assim sendo, - prosseguia F. Vitoria, - em nome da solidariedade internacional, da “sociedade humana”, cabe postular “a reparação de toda iniquidade”, pois os Estados “devem fazer respeitar não somente seus direitos subjetivos, mas ainda a lei objetiva internacional”; *cit. in ibid.*, p. 120; e cf. A.A. Cançado Trindade, “*Totus Orbis: A Visão Universalista e Pluralista do Jus Gentium: Sentido e Atualidade da Obra de Francisco de Vitoria*”, in 24 *Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas* - Rio de Janeiro (2008) n. 32, pp. 197-212.

155 R. Fernandes, “As Modificações do Conceito de Soberania”, in *op. cit. supra* n. (152), pp. 120121.

156 *Ibid.*, p. 121.

157 *Ibid.*, p. 122.

158 *Ibid.*, pp. 126127.

dos Estadosmembros. Raul Fernandes concluiu sua monografia observando que, desde então, para o bem geral, multiplicaram-se tais restrições ou limites, – por convenções ou pelo costume, – reduzindo assim os choques ilimitados e discricionários que o dogma da soberania “implica por definição”, e favorecendo – pelas “normas objetivas” do direito internacional – a interdependência e o progresso social, à luz da Carta das Nações Unidas¹⁵⁹.

No segundo de seus artigos, Raul Fernandes argumentou que o princípio da igualdade jurídica dos Estados se tomava, cada vez mais, a base do direito internacional moderno¹⁶⁰. A própria solução judicial das controvérsias internacionais, em seus avanços, testemunhava a relevância do princípio da igualdade jurídica dos Estados, para a própria *realização da justiça* no plano internacional¹⁶¹. Foram os Estados poderosos que sempre preferiram a desigualdade, e que, perigosamente, sempre resistiram à jurisdição obrigatória¹⁶². Após recordar e prestar um elegante tributo a seus nove colegas no Comitê Consultivo de Juristas¹⁶³ que, por designação da Sociedade das Nações, redigiu em 1920 o Estatuto da Corte Permanente de Justiça Internacional (CPJI), Raul Fernandes alertou contra a política de poder das grandes potências¹⁶⁴. Ao concluir seu artigo, evocou uma advertência de Ernest Nys, contra o perigo das pretensões infundadas das grandes potências, e ressaltando a relevância do princípio da igualdade jurídica dos Estados, precisamente por erguer-se contra as referidas pretensões das grandes potências¹⁶⁵.

Em outra ocasião, em uma palestra sobre a Sociedade das Nações, ministrada em 28.07.1925, Raul Fernandes referiu-se ao repúdio do militarismo, e à nova visão da “paz fundada na justiça”, no que então se lhe afigurava como a “aurora de um verdadeiro direito internacional”¹⁶⁶. A nova ordem internacional teria que se pautar, acrescentou, pelo pacifismo, pela “diplomacia aberta”,

159 *Ibid.*, pp. 129130.

160 R. Fernandes, “Le principe de l’égalité juridique des États dans l’activité internationale de l’après-guerre”, *in ibid.*, pp. 167168.

161 *Ibid.*, p. 174.

162 *Ibid.*, pp. 175176.

163 A saber: Adatci, Altamira, de Lapradelle, Descamps, Hagerup, Loder, Philimore, Ricci Busatti e Root; cf. *ibid.*, pp. 172173.

164 Cf. *ibid.*, pp. 183185.

165 *Ibid.*, p. 186.

166 R. Fernandes, *A Sociedade das Nações*, Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1925, pp. 6, 1011, 15 e 31.

e pela universalização da Sociedade ou Liga das Nações¹⁶⁷, para a “prevenção das guerras”¹⁶⁸. A Liga das Nações tornava possível, em sua Assembleia, o exercício do princípio da igualdade jurídica dos Estados¹⁶⁹. A própria CPII – prosseguiu – foi criada tendo em mente o princípio da igualdade jurídica dos Estados, buscando sua “sujeição ao império do Direito nas relações internacionais”, mediante a nova proposição da *jurisdição obrigatória*, contra a qual se haviam insurgido as grandes potências¹⁷⁰.

A partir daí, Raul Fernandes concentrou-se neste ponto de sua predileção, – o da jurisdição obrigatória, – e revelou a motivação que o animara meiadécada antes, nos trabalhos do Comitê Consultivo de Juristas da Sociedade das Nações (de redação do Estatuto da CPII), e em sua proposta – que superou um impasse – da *cláusula facultativa da jurisdição obrigatória* da Corte da Haia. Na visão de Raul Fernandes, a “obrigatoriedade da jurisdição” da CPII, pela segurança jurídica que proporciona, era a meta a ser alcançada¹⁷¹. Em suas próprias palavras, “o ideal, de que precisamos nos aproximar cada vez mais, é o da justiça obrigatória nos litígios puramente jurídicos. Os juízes árbitros não suprem o indispensável órgão judiciário internacional(...)”¹⁷². Chegou ele inclusive a prever, – tamanha era sua esperança neste sentido, – que a jurisdição obrigatória se consolidaria na CPII¹⁷³. Cabia impulsar os avanços sem precedentes logrados “nestes cinco anos”, – acrescentou, – para melhor enfrentar “as iniquidades e as violências que bordam os caminhos da História”¹⁷⁴.

Nas últimas décadas, seu legado tem por vezes sido recordado¹⁷⁵, e é para mim uma satisfação também fazê-lo nesta cerimônia de hoje, 22 de agosto de 2013, aqui na UNILA, tal como o tenho feito

167 *Ibid.*, pp. 13, 34, 43 e 47.

168 *Ibid.*, p. 34.

169 O que não ocorria em Conferências diplomáticas da época; *ibid.*, p. 22, e cf. p. 48.

170 *Ibid.*, p. 41.

171 Cf. *ibid.*, pp. 41-42.

172 *Ibid.*, p. 40.

173 *Ibid.*, p. 43.

174 *Ibid.*, p. 48.

175 Gilberto Amado, “Raul Fernandes (Traços para um Estudo)”, in: MRE, *Raul Fernandes - Nonagésimo Aniversário*, vol. II: *Cinco Retratos*, Rio de Janeiro, MRE, 1968, pp. 9-47; R. Saraiva Guerreiro, “Homenagem da Comissão Jurídica Interamericana ao Dr. Raul Fernandes”, in *XIV Curso de Derecho Internacional Organizado por el Comité Jurídico Interamericano de la OEA* (1988) pp. XI-XXII.

em meus Votos Individuais na Corte Internacional de Justiça. Sua proposta da “cláusula facultativa da jurisdição obrigatória” foi um avanço na época (1922-1939), mais infelizmente veio a ser, desde então, distorcida pela prática subsequente e inconsequente de vários Estados, que não entenderam seu propósito (ou não quiseram entendê-lo), e o desvirtuaram.

Com isto, as esperanças têm se desviado, em nossos tempos, para as *cláusulas compromissórias*, como tenho sustentado nos últimos anos (a exemplo de meu extenso Voto Dissidente no supracitado caso relativo à *Aplicação da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial* (Geórgia versus Federação Russa, exceções preliminares, Sentença de 01.04.2011), e como voltarei a assinalar, dentro de pouco mais de um mês, na cerimônia programada para 23 de setembro de 2013, que terá lugar na sede da CIJ, na Haia, em comemoração do centenário da inauguração do Palácio da Paz.

Permito-me, ainda, recordar aqui que, pouco após a II guerra mundial, uma geração de juristas que emigraram da Alemanha nazista para escapar das atrocidades do III *Reich* veio em muito a contribuir, nos anos seguintes, ao desenvolvimento do pensamento jurídico nos domínios do direito internacional público e privado, e do direito comparado¹⁷⁶. Também houve os que permaneceram na Alemanha, resistiram à tirania e mantiveram admiravelmente sua liberdade de espírito. Karl Jaspers, por exemplo, descartou o realismo materialista, e buscou construir um humanismo filosófico da liberdade humana¹⁷⁷.

Nem mesmo o totalitarismo nazista abalou sua resistência corajosa, sua fé no humanismo e sua dedicação à filosofia da razão. Encerrada a II guerra mundial, buscou demonstrar a culpa coletiva alemã¹⁷⁸. No pós-guerra, K. Jaspers continuou a se preocupar com a possibilidade do retorno à barbárie, e a estudar a tendência do ser humano à autodestruição, tal como ilustrado por seu *cri de coeur*

176 Cf. [Vários Autores,] *Jurists Uprooted* (eds. J. Beatson e R. Zimmermann), Oxford, Oxford University Press, 2004, pp. 1-783.

177 Cf. K. Jaspers, *Introduction à la philosophie*, Paris, Libr. Plon, 2009 [reed.], pp. 5-182. Sobre a necessidade de buscar a transcendência, cf. K. Jaspers, *La Fe Filosófica*, Buenos Aires, Ed. Losada, 2003 (reed.), pp. 19, 54-55, 65, 149 e 157-158.

178 Cf. S. Kirkbright, *Karl Jaspers - A Biography*, New Haven/London, Yale University Press, 2004, pp. 165, 193, 196-197, 213-214 e 218, e cf. pp. 169, 171 e 221. E cf. K. Jaspers, *The Question of German Guilt* [1948], 2a. ed., N.Y. Fordham University Press, 2001, pp. 3-117.

contra a nova corrida armamentista (desta feita nuclear), com consequências devastadoras, como exposto em seu livro *A Bomba Atômica e o Futuro do Homem* (1958)¹⁷⁹.

A seu turno, Gustav Radbruch, ao final de sua vida, rechaçou terminantemente o positivismo jurídico, sempre subserviente ao poder e à ordem estabelecida, e formulou sua comovente profissão de fé no jusnaturalismo¹⁸⁰. Sua lúcida mensagem tem se projetado no tempo¹⁸¹. Pouco antes da comovente conversão de G. Radbruch ao jusnaturalismo, – imortalizada graças à devoção de seus alunos e discípulos da Escola de Heidelberg, – Franz Neumann dava a público seu clássico *Behemoth* (1942), evocando o monstro apocalíptico (a par do Leviatã) a governar a terra deserta (consoante a escatologia hebraica, com origem na Babilônia). Em seu célebre livro, F. Neumann, pensador ligado à Escola de Frankfurt, examinou como a máquina estatal todo-poderosa tornou os indivíduos, a ela sujeitos, inteiramente impotentes. O direito positivo forjado pelo nacional-socialismo passou a contrapor-se ameaçadoramente ao próprio legado da “civilização”. Os textos legais passaram a “adulterar a justiça”, em meio à propaganda e ao terror, próprios da “ideologia totalitária”¹⁸².

O direito – dissociado da justiça – passou a ser um instrumento de repressão, aplicado mecanicamente a todos que se atrevessem a não aceitar a “autoridade incondicional do governo”; a obediência, – inclusive na guerra de extermínio, na guerra total, – tinha efetivamente que ser incondicional¹⁸³. Livres-pensadores e estudiosos da cultura

179 K. Jaspers, *La bombe atomique et l'avenir de l'homme* [1958], Paris, Buchet/Chastel, 1963, pp. 11-692. Desde sua advertência, vez por outra têm surgido, cada vez mais raramente, novas críticas dos atuais avanços científicos e tecnológicos, cercados de uma aparente falta de consciência dos enormes riscos que acarretam; Carlos París, *Crítica de la Civilización Nuclear - Tecnología y Violencia*, Madrid, Ed. Libertarias, 1991, pp. 75, 83, 202-203 e 206-210. Há uma mercantilização de tudo, inclusive do próprio ser humano, em meio ao primitivismo da corrida armamentista; em suma, em nossa civilização, sobressaem, ante a glorificação do mercado, as características da busca do êxito e do desprezo pelo ser humano; cf. *ibid.*, pp. 114, 216-217 e 236.

180 Cf. G. Radbruch, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, 3ª. ed., México/Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1965, pp. 9-180.

181 Cf., e.g., R. Alexy, *The Argument from Injustice - A Reply to Legal Positivism*, Oxford, Oxford University Press, 2010, pp. 3-130.

182 F. Neumann, *Behemoth - Pensamiento y Acción en el Nacional-Socialismo* [1942], México, Fondo de Cultura Económica, 2005 [reimpr.], pp. 27, 38, 51 e 58.

183 *Ibid.*, pp. 63, 71, 81, 91, 138 e 152.

passaram a ser tidos como “inimigos”¹⁸⁴. O direito interno estatal passou a prevalecer sobre o próprio direito internacional, em meio ao mais completo irracionalismo, que enganou o “mundo civilizado”¹⁸⁵.

Rechaçando todo e qualquer universalismo, o *grossdeutsche Reich*, – acrescentou F. Neumann, – criou “seu próprio direito internacional” para o espaço que lhe correspondia e que conquistava pela força bruta. Em outras palavras, o direito interno positivo desprezava o direito internacional e o legado da “civilização”, ignorava todo e qualquer sistema de proteção internacional (e.g., de minorias), e repudiava o princípio básico da igualdade, fruto da “civilização ocidental”, sem explicação alguma¹⁸⁶. A partir da visão do “povo racial soberano”, passou-se sem hesitação ao “direito de guerra”¹⁸⁷; passou-se, com fanatismo e sem preocupação alguma, da civilização à barbárie, com as mais devastadoras consequências, sobejamente conhecidas.

VIII. A FALSIDADE DA ALTERIDADE ENTRE “CIVILIZADO” E “BÁRBARO”

As considerações, a que já me referi, de ordem psicológica (item V, *supra*), também marcam presença na literatura. Há, com efeito, uma inegável arrogância ou pretensão, que perdura ao longo dos séculos, em supor que quem não compartilha os mesmos costumes não é “civilizado”, é “bárbaro”. No início do século XX, Joseph Conrad (nascido Józef T.N. Korzeniowski, e crescido em um país europeu particularmente trágico, ocupado por uma potência estrangeira) deu a público em 1902 seu livro *Coração das Trevas* (*Heart of Darkness*), que terminara de escrever em 1899, derivado da experiência de sua jornada no Congo como comandante marítimo. Em 1878, o poder colonialista havia anunciado a criação do “Estado Livre do Congo”, um esquema dissimulado para explorar o marfim (e roubá-lo), mediante o trabalho forçado e a escravização da população local.

O cliché então corrente evocava a alteridade entre “civilização” e “barbárie”. No referido livro de J. Conrad, o personagem Kurtz, considerando-se “civilizado”, por provir de um Estado hegemônico, busca impor seu reinado aos autóctones, movido por sua fantasia

184 *Ibid.*, p. 161.

185 *Ibid.*, pp. 180-182 e 194-195.

186 *Ibid.*, pp. 187-188, 190-193 e 196.

187 *Ibid.*, p. 199.

febril. Com o passar do tempo, a própria população local se deu conta de que em suas terras já não havia leis, podendo cada um fazer o que bem quisesse, inclusive matar impunemente. A barbárie havia sido assim instaurada por um famigerado ilusionista, que se apresentava como mensageiro ou portador da “civilização”.

O “civilizado” se tornou um “bárbaro”, o maior deles, ao invés de transformar os que via como “bárbaros” em “civilizados”. A falsidade da alteridade entre “civilizado” e “bárbaro”, – estimulando o racismo. O colonialismo, e o imperialismo, – é central no livro de J. Conrad, que gerou muita controvérsia. O referido livro não deixa de ser também premonitório, como ilustrado pelos horrores das décadas seguintes, inclusive após o colonialismo, nos devastadores conflitos armados na região dos Grandes Lagos no continente africano, e também em outros continentes. Sabe-se, e.g., que o conhecido filme *Apocalypse Now* (1979), de F.F. Coppola, sobre a tenebrosa guerra do Vietnã, buscou inspiração – com adaptações – no livro *Coração das Trevas*.

As trevas a que se referia J. Conrad em seu livro são as que envolvem os “civilizados” (a exemplo do enigmático personagem Kurtz), a escuridão do vazio moral de sua existência, a escuridão que termina por envolver a todos e residir dentro de cada um, em meio à ganância colonialista e à opressão que a acompanha. As chamadas “missões civilizatórias” (*missions civilisatrices*) foram, ao invés disso, missões de barbárie, durante as quais as potências colonialistas projetaram sua crueldade sobre outros povos. A alteridade entre “civilização” e “barbárie” mostrava-se, assim, uma falácia, uma falsidade. O germe da “civilização” e da “barbárie” encontra-se dentro de cada um, dentro de todos. Cabe a cada um cultivar-se, dedicar-se à cultura, para evitar que a barbárie venha irromper.

Em meados do século XX, William Golding rebateu a premissa do “bom selvagem” de Jean-Jacques Rousseau, em seu livro, permeado de tensão e desespero, *O Senhor das Moscas* (*Lord of the Flies*, 1954). A obra narra o comportamento, cada vez mais cruel, de um grupo de meninos, entregues à própria sorte, após um acidente aéreo, em uma ilha deserta do Pacífico. W. Golding, marcado pela segunda guerra mundial¹⁸⁸, buscou demonstrar que os indivíduos, ainda que reflitam o que aprenderam em seu meio social, são capazes de realizar o bem

188 Que três décadas depois da publicação deste livro receberia o Prêmio Nobel de Literatura, em 1983.

assim como o mal, pois são portadores de um e outro. Dentro de cada indivíduo encontram-se e bem e o mal, em constante tensão.

Decorridos alguns anos, já na história mais recente, constata-se que, enquanto alguns países supostamente “civilizados” se afundaram em regimes totalitários, outros países supostamente “civilizados” se dedicaram ao terrorismo de Estado para “combater” o dogma totalitário. Forjando cada um sua ideologia, cada um vitimava pessoas sujeitas a sua jurisdição sem o menor constrangimento ou escrúpulo, sem qualquer sentimento de culpa, seguindo os cânones de seu próprio dogma. As lições do passado recente (as duas guerras mundiais) foram prontamente esquecidas, “substituídas” pelas novas estratégias da chamada “geopolítica”.

Os Estados, em sua vasta maioria, em distintos continentes, se esmeravam em construir um “homem novo” mediante o totalitarismo, ou em combater este “inimigo” mediante o terrorismo de Estado, praticados ambos em casa, e exportados. Exemplos desta contraposição se estendem das décadas de cinquenta a oitenta do século XX. Onde estavam os países “civilizados”? Passou a ser virtualmente impossível detectá-los, em meio às manipulações e mentiras, que se tornaram próprias de nossos tempos, e da atualidade em distintos contextos, ao passarem a permear os meios de “comunicação de massa”.

Já em meados do século XX, ao publicar, em 1949, seu livro *1984*, George Orwell alertava para o mal advindo do controle absoluto da sociedade pelo Estado totalitário. O relatado se passa em um país fictício, chamado pelo autor de Oceania. O controle absoluto da população se dava pela “teletela”, pelo partido único, pelo Ministério da Verdade (encarregado de ocultá-la ou encobri-la). Embora o totalitarismo estatal já existisse, com milhões de vítimas, quando *1984* foi dado a público, em outros aspectos foi também verdadeiramente premonitório: as manipulações mediante o mal uso da linguagem, as distorções históricas, as distorções semânticas e a propaganda a serviço da tirania, as manipulações pelos meios de “comunicação de massa” sem qualquer responsabilidade, a quebra da privacidade, a tortura psicológica. O referido livro continua a revestir-se de atualidade.

A ninguém é dado tratar os outros como “bárbaros”, dando-se por “civilizado”. Na história universal, na época das guerras de conquista, os rotulados como “bárbaros” não o eram por natureza.

Ao contrário, foram os conquistadores que, considerando-se “civilizados”, comportaram-se, com sua violência extrema e sua selvageria no tratamento dos demais, como “bárbaros”. Bartolomeu de Las Casas (1474-1566) foi um precursor humanista a advogar a *igualdade* dos povos (ainda que se encontrando estes em distintos graus de desenvolvimento), e, com base nesta igualdade, a sustentar a *unidade* do gênero humano, também apregoada por Francisco de Vitoria (século XVI) e Francisco Suárez (século XVII).

Com efeito, o conceito de “bárbaro”, remontando aos antigos gregos, surgiu para denotar os que não eram helenos: inicialmente se referia aos que usavam um idioma distinto, para depois se referir a pretensas diferenças na cultura e na “qualidade humana”. Bartolomeu de Las Casas rechaçou a falsidade da alteridade entre “civilizados e “bárbaros” e a pretensão de “superioridade” de uns sobre outros, ressaltando ser natural que cada povo tivesse seu idioma e sua cultura; opôs-se, no século XVI, com veemência à barbárie perpetrada pelos conquistadores contra os indígenas¹⁸⁹.

Por sua vez, F. Vitoria, já no primeiro meado do século XVI, também defendeu a igualdade entre todos os seres humanos (independentemente de suas crenças), e, em suas célebres *Relecciones* na Universidade de Salamanca, também rechaçou a alteridade entre “civilizado” e “bárbaro”; para ele, a “civilidade” estava aberta a todos pela aquisição de uma boa educação, e todos têm “domínio e razão por natureza”, em decorrência de sua imagem de Deus (*imago Dei*)¹⁹⁰. Las Casas, atento às lições de Vitoria, e elaborou seu próprio pensamento, apoiando-se nos discursos do Renascimento¹⁹¹. Com o

189 Cf., para uma análise circunstanciada, e.g., N. Matsumori, *Civilización y Barbarie - Los Asuntos de Indias y el Pensamiento Político Moderno (1492-1560)*, Madrid, Edit. Biblioteca Nueva, 2005, pp. 71, 73, 83, 86 e 88-90; ainda no século XVI, também Montaigne (1533-1592) criticava o fato de que cada um passou a considerar como “bárbaro” o que não pertencesse a seu meio e tivesse outros costumes.

190 Cf. *ibid.*, pp. 90-91, 94 e 129-130, e cf. pp. 140, 149-150, 257, 260 e 263. Na visão de Las Casas, todos os seres humanos necessitam não só a razão, mas também a prudência; ninguém foi criado por Deus para ser servo dos demais, a todos foi concedido o livre arbítrio (*ibid.*, p. 40). Cf. também, e.g., P. Borges, *Quién era Bartolomé de Las Casas*, Madrid, Edic. RIALP, 1990, pp. 282-283, 293-298 e 305-306.

191 Recorde-se que os humanistas renascentistas se concentravam na *dignitas hominis*, celebrando a *centralidade* do ser humano; sobre este ponto em particular, cf., e.g., A. Pele, *El Discurso de la Dignitas Hominis en el Humanismo del Renacimiento*, Madrid, Univ. Carlos III de Madrid/Edit. Dykinson, 2010, pp. 17, 19-21, 29-30, 37, 41-42, 45, 47, 55, 58, 62-68, 92, 101, 108 e 119.

advento do Humanismo, as ideias de ambos passaram a ecoar com mais influência, já não mais se considerando o cristianismo como requisito indispensável da “civilização”.

Las Casas formulou a crítica mais contundente do colonialismo dos conquistadores (cuja pretensa legitimidade rechaçou), e da falsa alteridade entre “civilização” e “barbárie”, e pregou incansavelmente a compaixão pelos índios, e inclusive o dever de reparação aos mesmos. Las Casas descartou terminantemente aquela falsa alteridade, invocada para tentar justificar a dominação dos povos e a guerra, inteiramente ilegítimas¹⁹². Já os teólogos espanhóis F. Vitoria e F. Suárez buscaram substituir a alteridade entre “civilizado” e “bárbaro” pela simples “civilidade”, e exerceram considerável influência na conceitualização do direito das gentes nascente, a partir da ideia de uma justiça *objetiva* como emanações também no plano subjetivo do *jus*¹⁹³.

Resgatando os ensinamentos de Cícero, assinalaram o imperativo da justiça de buscar a realização do bem comum, e, em última análise, do ideal da *humanitas*¹⁹⁴. Vitoria agregou que a comunidade internacional (*totus orbis*) prima sobre o livre arbítrio de cada Estado individual¹⁹⁵, e, em sua segunda *Relectio - De Indis* (1538-1539), sustentou o dever de reparação de “todos os danos”, inclusive em meio a hostilidades armadas¹⁹⁶. A partir do *jus naturale*, tanto Vitoria como Suárez – “fundadores” do direito internacional – visualizaram, com raciocínios distintos, um direito das gentes universal: enquanto a concepção de Vitoria do *jus gentium* realçava

192 Cf. L. Mora-Rodríguez, *Bartolomé de Las Casas - Conquête, domination, souveraineté*, Paris, PUF, 2012, pp. 19, 25, 114, 149, 156, 160, 228-229 e 231-233 e 235-239-241.

193 Cf. N. Matsumori, *Civilización y Barbárie...*, *op. cit. supra* n. (189), pp. 271-272 e 275.

194 Cf. M. Luque Frías, *Vigencia del Pensamiento Ciceroniano en las Relaciones Jurídico-Teológicas del Maestro Francisco de Vitoria*, Granada, Edit. Comares, 2012, pp. 272, 275-279, 398-399 e 418-419.

195 Cf. Francisco de Vitoria, *De Indis - Relectio Prior* [1538-1539], in: *Obras de Francisco de Vitoria - Relecciones Teológicas* (ed. T. Urdanoz), Madrid, BAC, 1960, p. 675.

196 Cf. F. Vitoria, “*Relección Segunda - De los Indios*” [1538-1539], in *Obras de Francisco de Vitoria...*, *op. cit. supra* n. (195), p. 827, e cf. pp. 282-283; e cf. Association Internationale Vitoria-Suarez, *Vitoria et Suarez: Contribution des théologiens au Droit international moderne*, Paris, Pédone, 1939, pp. 73-74, e cf. pp. 169-170.

a importância dos princípios gerais de justiça, Suárez desenvolveu uma filosofia do direito aplicável a situações concretas.

A partir de enfoques distintos, Vitoria e Suárez alcançaram a meta comum de conceber um ordenamento jurídico universal (abarcando os indivíduos e os Estados), baseado na *recta ratio*, proibindo o que é mal, e buscando o *bem comum*, tendo as obrigações legais necessariamente um conteúdo ético. A partir de então, a falsa alteridade entre “civilização” e barbárie” estava desmascarada. Nas construções doutrinárias de Vitoria e Suárez despontaram a unidade e a universalidade do gênero humano, em um ordenamento verdadeiramente universal, para a realização do bem comum, baseado na *recta ratio*. A pessoa humana passou a ser vista como *sujeito* de direito, uma ideia básica que se projetou nos séculos seguintes¹⁹⁷.

A partir da asserção da ideia da *igualdade humana*, Francisco de Vitoria e Bartolomeu de Las Casas tornaram-se pioneiros na postura contra a opressão¹⁹⁸. E nas construções de Francisco de Vitoria e Francisco Suárez, a comunidade internacional era tida, de fato, como uma comunidade; e ambos propugnaram pela *igualdade* tanto entre as nações como entre os indivíduos, de Estados iguais. O *princípio da igualdade* era fundamental para ambos, Vitoria e Suárez, – não havendo qualquer razão jurídica ou justificativa para a desigualdade entre os indivíduos ou entre os Estados¹⁹⁹. Ambos destacaram as relações entre a igualdade e a justiça, e seus ensinamentos – também neste particular – têm, em meu entender, se mostrado perenes, resistindo à erosão do tempo.

No século XVIII, Denis Diderot (1713-1784), em seu *Tratado da Barbárie dos Povos Civilizados* (1780), também denunciou a crueldade e a barbárie dos conquistadores do Novo Mundo. Onde estavam as “nações civilizadas”? Ao destruir todos os mitos e

197 A.A. Cançado Trindade, *The Access of Individuals to International Justice*, Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 1-212; A.A. Cançado Trindade, *Évolution du droit international au droit des gens - L'accès des individus à la justice internationale: Le regard d'un juge*, Paris, Pédone, 2008, pp. 7-184.

198 Bartolomeu de Las Casas tinha, em particular, um problema religioso: empenhou-se, a partir de 1514, na luta em defesa dos índios, em busca da salvação eterna, - e sua própria e a dos demais; foi sincero em seus firmes argumentos, e atuou como um Dom Quixote de La Mancha do pensamento jusinternacionalista; cf. P. Borges, *op. cit. supra* n. (166), pp. 305-306.

199 Cf., e.g., J. Brown Scott, *The Catholic Conception of International Law* [Francisco de Vitoria and Francisco Suárez], Clark/N.J., Lawbook Exchange Ed., 2008, pp. 25, 130, 137-142 e 239.

enganos dos colonizadores (europeus), ponderou que a lei deixaria de sê-lo se não fosse igual para todos, e que a pretensão de agir como “nação civilizada” não passava de um “disparate”. As desigualdades nasciam da opressão, e geravam a infelicidade. Nesse jogo de forças, o “civilizado” era o que se afigurava como o mais “bruto”. Para D. Diderot, o problema era que as potências não se regiam pela razão ou justiça, mas sim pela força e conveniência, cometendo os piores crimes, sempre que lhe fossem de utilidade²⁰⁰.

D. Diderot denunciou duramente os conquistadores, por sua absoluta falta de princípios e embriaguez, que os levaram a “exterminar todos aqueles que já haviam despojado”, fazendo, com barbárie, “desaparecer da face da terra” uma “infinidade de povos”, em busca de ouro e com fanatismo, tendo cometido “crimes abomináveis”²⁰¹. Por isso, – acrescentou, – se dispusera escrever o seu “*Tratado da Barbárie dos Povos Civilizados*”²⁰². E arrematou Diderot, de forma lapidar:

A história do homem civilizado não é senão a história de sua miséria. Todas as páginas estão manchadas de sangue, algumas de sangue dos opressores e outras de sangue dos oprimidos. Deste ponto de vista, o homem se revela mais malvado e mais desgraçado do que o animal. (...) As sociedades humanas não têm deixado de atacar-se entre si²⁰³.

Posteriormente, em meados do século XX, em um de seus artigos esparsos (“Algumas Reflexões sobre as Origens do Hitlerismo”, 1940), Simone Weil (1909-1943) alertou para a dominação e crueldade do hitlerismo totalitário, que, com seu espírito “antijurídico, anti-filosófico, antirreligioso”, buscava fazer crer que os que considerava “inimigos” eram “um perigo para a civilização”²⁰⁴. Criticando o “culto da grandeza” do regime totalitário, advertiu ela, ademais, que a perpetração de sucessivos massacres não levaria a vitória alguma de um determinado Estado, mas sim ao agravamento da tensão

200 D. Diderot, *Tratado de la Barbarie de los Pueblos Civilizados* [1780], Barcelona, Edit. Pasado & Presente, 2011 [reed.], pp. 65, 70, 89, 101, 109 e 136, e cf. pp. 85, 104-105 e 143.

201 *Ibid.*, pp. 177-178, e cf. 192-193.

202 *Ibid.*, p. 186.

203 *Ibid.*, p. 148.

204 S. Weil, “Quelques réflexions sur les origines de l’hitlérisme - 1940”, in: S. Weil, *Oeuvres*, Paris, Quarto Gallimard, 1999, p. 375, e cf. p. 372.

conducente à “destruição mútua” dos Estados em choque²⁰⁵. Onde estariam, nesta conflagração, os “países civilizados”? Em outro escrito (“Reflexões sobre a Barbárie”, 1939), acrescentou, de modo penetrante, que

lorsqu´un groupement humain se croit porteur de civilisation, cette croyance même le fera succomber à la première occasion qui pourra se présenter à lui d´agir en barbare. À cet égard, rien n´est plus dangereux que la foi en une race, en une nation, en une classe sociale, en un parti. (...) Je voudrais proposer de considérer la barbarie comme un caractère permanent et universel de la nature humaine, qui se développe plus ou moins selon que les circonstances lui donnent plus ou moins de jeu. (...) Je proposerais volontiers ce postulat: on est toujours barbare envers les faibles²⁰⁶.

Simone Weil chegou a sonhar com uma “nova civilização”, baseada no “amor ao bem”, e a pregá-la²⁰⁷, mas faleceu prematuramente, aos 34 anos de idade, no desespero; deixou, no entanto, como legado²⁰⁸, seus pensamentos luminosos.

Desde seus dias, até o presente, o que se tem testemunhado é uma atenção crescente às ilusões do “progresso” material, e um descuido crescente em relação ao necessário progresso moral. Com isto, há um esquecimento de que muitas civilizações “desapareceram vítimas de seus próprios êxitos”²⁰⁹. Não raro buscaram a dominação dos mais frágeis mediante agressões, e praticaram a violência com premeditação, o que os levou à própria destruição²¹⁰, como pretenderam fazer com os mais vulneráveis.

205 *Ibid.*, p. 385, e cf. p. 380.

206 S. Weil, “Réflexions sur la barbarie - 1939”, in: S. Weil, *Oeuvres, op. cit. supra* n. (180), p. 506.

207 Cf. S. Weil, *Oeuvres, op. cit. supra* n. (204), pp. 1021-1023.

208 Seus escritos esparsos parecem, à medida em que o tempo passa, atrair crescente atenção; para um debate recente, cf., e.g., [Vários Autores,] *Simone Weil e o Encontro entre as Culturas* (org. M.C.L. Bingemer), São Paulo/Rio de Janeiro, Paulinas/Ed. PUC-Rio, 2009, pp. 7-356.

209 R. Wright, *Breve Historia del Progreso - Hemos Aprendido por fin las Lecciones del Pasado?*, Barcelona, Ed. Urano, 2006, p. 24.

210 *Ibid.*, pp. 49, 89 e 147, e cf. pp. 20-21, 67 e 124.

IX. SOB A “CUSTÓDIA DO ESTADO” EM CONDIÇÕES INFRA-HUMANAS

O Estado moderno tem, não raro, privado da liberdade a numerosas pessoas e as tem submetido a condições infra-humanas de detenção, não por terem cometido algum crime, mas tão só por cultivarem certas ideias que os veio a tornar perseguidos políticos. O uso indevido do encarceramento, por esta e outras razões (e.g., livrar-se dos “socialmente indesejáveis”), tem suas raízes históricas. Há, com efeito, relatos históricos de que, por exemplo, na Idade Média, os insanos perambulavam livremente pelos povoados, e somente a partir do século XVII passaram os insanos e miseráveis a ser vistos como um “problema social”, e a ser por isso indevidamente punidos com a privação da liberdade.

Como relata criticamente Michel Foucault, os afetados pela loucura (como negação da razão) passaram a ser confinados e esquecidos nos cárceres, ainda que a “civilização” constituísse “um *milieu* favorável ao desenvolvimento da loucura”²¹¹. Com o passar do tempo, os asilos da era do positivismo, longe de constituírem um espaço terapêutico, se transformaram em um “espaço jurídico” de condenação em meio²¹² à indiferença social. A marginalização dos “indesejáveis” tem, pois, suas raízes históricas, e se generalizou nos tempos modernos, com a crescente burocracia estatal, em meio a condições infra-humanas e à persistente indiferença do meio social. Onde estão os “países civilizados”?

A despeito das injustiças infligidas aos “indesejáveis” e aos perseguidos políticos, não há que passar despercebido que, do fundo dos cárceres sombrios, floresceram, no entanto, obras literárias, como, dentre outras, as de Graciliano Ramos (*Memórias do Cárcere*, 1953, obra póstuma) e Antonio Gramsci (*Cartas do Cárcere*, 1947, obra póstuma, e *Cadernos do Cárcere*, 1948). Também há exemplos dos privados de liberdade (em condições insalubres) sem sequer saber porque: os penetrantes escritos de Franz Kafka no período do entre-guerras, são premonitórios, como se estivessem alertando para o horror que ainda estava por vir.

Em seu manifesto contra a indiferença, em meados do século XX, A. Gramsci se insurge contra a crueldade da burocracia estatal,

211 M. Foucault, *Madness and Civilization - A History of Insanity in the Age of Reason* [1961], N.Y., Vintage, 1988, pp. 48-49, 107 e 217.

212 *Ibid.*, p. 269.

cujos funcionários, ao criarem uma espécie de Estado dentro do Estado, “oprimem os cidadãos pela tirania de uma incompetência sem igual, ao mesmo tempo impessoal e irresponsável”²¹³. Para ele, diante de tudo isto, o erro estava dentro de cada um de nós, em nosso diletantismo e na ligeireza ou superficialidade de nossas vidas²¹⁴. Diante de nossa indiferença, o Estado fazia o que bem entendia (inclusive fazia a guerra), sendo o único juiz de seus próprios atos²¹⁵. Onde estavam os “países civilizados”? Talvez o que tenha descrito mais veementemente esta situação, já no século XIX, tenha sido F.M. Dostoiévski, em suas *Recordações da Casa dos Mortos* (1862)²¹⁶: aí advertiu, com rara lucidez, que o grau de civilização alcançado por qualquer sociedade podia ser medido ou avaliado entrando em seus cárceres, situados entre os últimos redutos (verdadeiros *sancta sanctorum*) do Estado soberano.

X. NOVAS MANIFESTAÇÕES DA BARBÁRIE CONTEMPORÂNEA

Atento à história do pensamento humano, Albert Schweitzer (1875-1965), pensador humanista²¹⁷, juntou esforços para escrever sua própria *Filosofia da Civilização* (*Kulturphilosophie*, 1923), tendo como *Leitmotiv* a ética do *respeito à vida* (*veneratio vitae*). Pregou a salvaguarda da dignidade da pessoa humana contra toda violência externa que pudesse oprimi-la; para isto, cabia contar com “o domínio da razão”²¹⁸. Para ele, “o essencial da civilização não consiste em conquistas materiais”, mas no aperfeiçoamento do ser humano e na melhoria das condições sociais em que vive²¹⁹. Em sua oportuna advertência, os avanços tão só da “civilização” material são “responsáveis por um agravamento calamitoso dos problemas sociais e políticos” (e.g., a luta de classes), tendo inclusive levado à eclosão da I guerra mundial em 1914²²⁰.

213 A. Gramsci, *Pourqu’oi je hais l’indifférence*, Paris, Éd. Payot & Rivages, 2012 [reed.], p. 158.

214 *Ibid.*, p. 199.

215 *Ibid.*, p. 202.

216 Cf. F. Dostoiévski, *Souvenirs de la maison des morts*, Paris, Gallimard, 1997 [reimpr.], pp. 35-416.

217 Laureado com o Prêmio Nobel da Paz em 1952.

218 Cf. A. Schweitzer, *Filosofia da Civilização* [1923], São Paulo, Edit. Unesp, 2011 [reed.], pp. 7-8, 10, 34, 82 e 299.

219 *Ibid.*, p. 76.

220 *Ibid.*, p. 78.

O conhecimento técnico, desprovido de valores, empossou a todos de “um poder tão violento e destruidor”, se não devastador, que

o vencido e o vencedor se arruinaram por um tempo imprevisível. As conquistas técnicas também nos capacitaram para assassinatos à distância e para a prática de genocídios, de modo a eliminar em nós o último traço de humanidade, - e com isso constituíram apenas o desejo mais cego que serviu aos perfeitos instrumentos mortíferos, sem conseguir separar, em sua ação de dizimação, o combatente e o não-combatente.

As conquistas materiais não constituem, portanto, civilização, mas se tornam civilização apenas na medida em que a atitude civilizada consiga influenciá-las no sentido do aperfeiçoamento do indivíduo e do coletivo²²¹.

Para A. Schweitzer, o essencial da civilização consiste, em suma, na incorporação, em todas as áreas da atividade humana, dos avanços “que sirvam ao aperfeiçoamento intelectual” do ser humano; a “essência da civilização” reside no “respeito à vida”, em benefício de cada pessoa e da humanidade²²². Em outro livro (*Pilgrimage to Humanity*), A. Schweitzer assinalou que a essência da cultura reside no “aperfeiçoamento ético dos indivíduos e da sociedade”²²³. A “natureza doentia” da *Realpolitik* levou a Europa a uma tragédia; para A. Schweitzer, o bem consiste na preservação e exaltação da vida, e o mal reside em sua destruição. Mais do que nunca – arrematou – necessitamos a “ética da reverência pela vida”, o que requer responsabilidade²²⁴.

Lamentavelmente a advertência de A. Schweitzer não ecoou suficientemente na época, e o conhecimento técnico, desprovido de valores, continuou a ser usado para a destruição. Tornou-se, ele, mais um pensador humanista a presenciar duas guerras mundiais. Onde estavam e estão os países “civilizados”? No segundo meado do século XX, a partir dos anos sessenta, e até fins dos anos oitenta, as preocupações do pensamento humanista passaram a voltar-se à

221 *Ibid.*, p. 78.

222 *Ibid.*, pp. 80, 304, 311 e 315. Para sua própria trajetória de vida, cf., e.g., Joseph Gollomb, *La vie ardente d'Albert Schweitzer*, Paris, Éd. Sun, 1965, pp. 62-177.

223 A. Schweitzer, *Pilgrimage to Humanity* [*Weg zur Humanität*], N.Y., Philosophical Library, 1961, p. 1.

224 *Ibid.*, pp. 87-88, 99 e 101.

precipitação da vida quotidiana (a crescente “pressa” no mundo pós-industrial), ao afã do consumismo em meio ao crescente “valor” atribuído às atividades comerciais, ao linguajar manipulador (de sempre) da imprensa, às novas “doutrinações” (próprias do prolongado período da guerra fria), ao armamentismo, à irrupção de novos tipos de conflitos, ao desvanecimento do espírito crítico, à ruptura das tradições familiares e sociais, à despersonalização da vida individual, em suma, à recorrente *desumanização*, em suas novas manifestações.

Uma vez terminados os grandes conflitos armados mundiais e regionais, as grandes potências voltaram a buscar o poder hegemônico, ao invés de se concentrar nas lições extraídas das experiências das gerações sacrificadas. Os conhecimentos científico e tecnológico modernos não foram assimilados pela cultura; ao contrário, passaram a miná-la, e a ser postos a serviço da política de poder, configurando um novo retorno da tragédia da existência humana²²⁵. Na verdade, a tragédia nunca deixou de permear a existência humana, e os sofrimentos daí decorrentes parecem inevitáveis²²⁶. Novas gerações voltariam a ser sacrificadas, em meio a novos conflitos armados conflagrados pela *razão de Estado*. Onde estavam e estão os “países civilizados”?

Nestes novos conflitos, já não mais *interestatais*, mas *interestatais*, perpetraram-se novos e sucessivos atos de genocídio e crimes contra a humanidade, ademais de crimes de guerra²²⁷. Nos

225 Cf., nesse sentido, J.-M. Domenach, *Le retour du tragique*, Paris, Éd. Seuil, 1967, pp. 137, 141, 155, 161, 164-165, 169-171 e 259.

226 Cf., nesse sentido, W. Kaufmann, *Tragedy and Philosophy*, Princeton/N.J., Princeton University Press, 1969 [reed.], pp. 115, 117, 120, 125, 129-134, 309 e 314-315.

227 Cf., e.g., Y. Ternon, *Guerres et génocides au XXe siècle*, Paris, Éd. Odile Jacob, 2007, pp. 9-379; B.A. Valentino, *Final Solutions - Mass Killing and Genocide in the Twentieth Century*, Ithaca/London, Cornell University Press, 2004, pp. 1-309; G. Bensoussan, *Europe - Une passion génocidaire*, Paris, Éd. Mille et Une Nuits, 2006, pp. 7-460; B. Bruneteau, *Le siècle des génocides*, Paris, Armand Colin, 2004, pp. 5-233; G. Prunier, *Africa's World War - Congo, the Rwandan Genocide, and the Making of a Continental Catastrophe*, Oxford, Oxford University Press, 2010, pp. 1-468; J.W. Honig e N. Both, *Srebrenica - Record of a War Crime*, London, Penguin Books, 1997 [repr.], pp. 3-186; S. Matton, *Srebrenica - Un génocide annoncé*, Paris, Flammarion, 2005, pp. 21-420; K. Moghalu, *Rwanda's Genocide - The Politics of Global Justice*, N.Y., Palgrave, 2005, pp. 1-236; S. Totten, W.S. Parsons e I.W. Charny (eds.), *Century of Genocide - Eyewitness Accounts and Critical Views*, N.Y./London, Garland Publ., 1997, pp. 3-466; J. Sémelin, *Purificar e Destruir - Usos Políticos dos Massacres e dos Genocídios*, Rio de Janeiro, DIFEL, 2009, pp. 19-532; L. Rees, *El Holocausto Asiático*,

foros internacionais, continuou-se a eludir o comércio de armas e de mercenários. Ainda que não envolvidos formalmente em novos conflitos, há os que continuam a buscar o lucro mediante o comércio clandestino de armas, mediante o extermínio dos demais. É este um tema que vinha sendo, há décadas, afastado da agenda internacional, sem maiores explicações.

Basta notar que, durante décadas, o comércio de armas vinha sendo envolto em clandestinidade, e tratado como um verdadeiro “assunto de Estado”, sem qualquer preocupação de natureza ética²²⁸. Somente há pouco, este ano, no âmbito das Nações Unidas, foi enfim adotado, em 02.04.2013, o Tratado sobre o Comércio de Armas, buscando regulamentar o comércio de armas convencionais, que até o presente logrou alcançar não mais que oito ratificações.

Outra preocupação do pensamento humanista, que passou a atrair maior atenção, sobretudo a partir da década dos noventa até o presente (com a sucessão dos *Relatórios sobre o Desenvolvimento Humano* do PNUD, de 1990 em diante, e o ciclo de Conferências Mundiais das Nações Unidas, a partir de 1992), tem sido com as precárias condições de vida da população em todas partes²²⁹. As

Barcelona, Crítica Ed., 2009, pp. 13-212; A. Cardoso Botelho, *Holocausto em Angola*, 2a. ed., Lisboa, Vega, 2008, pp. 15-532; B. Kiernan, *Blood and Soil - A World History of Genocide and Extermination from Sparta to Darfur*, New Haven/London, Yale University Press, 2007, pp. 1-697; M. Kullashi, *Effacer l'autre - Identités culturelles et identités politiques dans les Balkans*, Paris, L'Harmattan, 2005, pp. 7-246; R. Gellately e B. Kiernan (eds.), *The Specter of Genocide - Mass Murder in Historical Perspective*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010 [repr.], pp. 3-380; N.M. Naimark, *Stalin's Genocides*, Princeton/N.J., Princeton University Press, 2012 [repr.], pp. 1-154; J. Brent, *Dentro dos Arquivos de Stalin*, Rio de Janeiro, Edit. Record, 2013, pp. 7-347; P. Preston, *El Holocausto Español*, Barcelona, Debate Ed., 2011, pp. 17-805; M.A. Drumbl, *Atrocity, Punishment, and International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, pp. 1-283; M. Osiel, *Mass Atrocity, Collective Memory, and the Law*, New Brunswick/N.J., Transaction Publs., 1997, pp. 1-309; Enzo Traverso, *L'histoire comme champ de bataille - Interpréter les violences du XXe. siècle*, Paris, Éd. La Découverte, 2012, pp. 5-289; E. Hecht e P. Servent, *Le siècle de sang 1914-2014 - Les vingt guerres qui ont changé le monde*, Paris, Perrin, 2014, pp. 9-395; M.W. Daly, *Darfur's Sorrow - A History of Destruction and Genocide*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, pp. 1-316.

228 Cf., nesse sentido, Conseil Pontifical “Justice et Paix”, *Le commerce international des armes - Une réflexion éthique*, Vaticano, Edit. Vaticana, 1994, pp. 3-36; D. Facchini, M. Sasso e F. Vignarca, *Armi, un Affare di Stato*, Milano, Chiarelettere, 2012, pp. 3-238.

229 A.A. Cançado Trindade, “Sustainable Human Development and Conditions of Life as a Matter of Legitimate International Concern: The Legacy of the U.N. World

desigualdades e pobreza crônicas se fazem presentes em todas as sociedades, sem que apareçam os responsáveis. Em muitos meios sociais, a pobreza crônica inclusive se agrava em nossos dias, na segunda década do século XXI. Onde estão os “países civilizados”?

XI. O PRINCÍPIO BÁSICO DA IGUALDADE E NÃO-DISCRIMINAÇÃO EM UM MUNDO DE DESIGUALDADES

1. A Ideia da Igualdade Humana em Projeção Histórica

Este problema perene traz à baila o princípio básico da igualdade e não discriminação. A esse respeito, há de início que ter em mente que a ideia da igualdade humana já estava presente nos primórdios do direito das gentes²³⁰, bem antes de encontrar expressão nos instrumentos internacionais que conformam seu *corpus juris gentium*, tal como o conhecemos em nossos tempos. Assim, a ideia da *igualdade humana* era subjacente à concepção da *unidade do gênero humano*. Não obstante, não deixa de ser paradoxal, se não trágico, constatar que os avanços, nos dois últimos séculos, no domínio do conhecimento científico e tecnológico, tenham gerado desigualdades recorrentes entre os seres humanos, como evidenciado – em lugar da distribuição – pela concentração de riqueza nas mãos de poucos, com uma conseqüente marginalização social de segmentos cada vez mais amplos da população.

Já em meados do século XVIII, em seu célebre *Discurso sobre a Origem da Desigualdade entre os Homens* (1754), Jean-Jacques Rousseau denunciava e criticava de modo contundente a exploração do homem pelo homem na sociedade da época, em meio à hipocrisia generalizada e à degradação dos valores éticos, dando margem à

Conferences”, in *Japan and International Law - Past, Present and Future* (International Symposium to Mark the Centennial of the Japanese Association of International Law, ed. N. Ando), The Hague, Kluwer, 1999, pp. 285-309; e cf. A.A. Cançado Trindade, “Relations between Sustainable Development and Economic, Social and Cultural Rights: Recent Developments”, in *International Legal Issues Arising under the United Nations Decade of International Law* (eds. N. Al-Nauimi e R. Meese), Deventer, Kluwer, 1995, pp. 1051-1077.

230 Presente, por exemplo, no pensamento de Francisco de Vitoria, Francisco Suárez e de Bartolomé de Las Casas, pioneiros na postura contra a opressão. O princípio fundamental da igualdade e não-discriminação é hoje um dos pilares básicos do *corpus juris* da proteção internacional dos direitos humanos.

desigualdade crescente entre os homens²³¹. No final do século XIX, Leon Tolstoi denunciava a nova escravidão de seu tempo, em que a maioria das pessoas estava submetida à vontade de uma minoria, que utilizava o poder público para “obter benefícios pessoais” às custas dos demais (os trabalhadores), tidos como “inferiores”²³².

L. Tolstoi alertava para o uso indevido do monopólio estatal da “violência organizada”. Tal situação configurava, para ele, uma nova forma de escravidão, lamentavelmente discriminando os pobres, os enfermos e os vulneráveis; as relações sociais deveriam fundamentar-se na razão, e não na injustiça²³³. Enfim, para L. Tolstoi, o recrutamento, dentre os trabalhadores pobres, de pessoal para as guerras, para atacar pessoas indefesas, vulnerava a própria liberdade de pensamento, e conduzia a crimes contra a humanidade; não se deveria forçar os recrutados a atos de extrema violência²³⁴.

A insuficiente atenção dedicada pela doutrina jurídica até o presente, ao princípio básico da igualdade e não-discriminação, encontra-se longe de guardar proporção com a importância fundamental de tal princípio, tanto na teoria como na prática do Direito. Nas últimas décadas do século XX, a igualdade e a não-discriminação passaram a ser invocadas em relação a indivíduos e grupos de indivíduos, em situação de vulnerabilidade, nas mais variadas circunstâncias²³⁵. A gradual consolidação dos sistemas de proteção internacional dos direitos humanos, veio refletir a crescente conscientização do princípio, – pilar básico de todos estes sistemas de proteção, – do respeito da dignidade humana, contribuindo assim à prevalência do princípio da igualdade e não-discriminação²³⁶. Ainda

231 J.-J. Rousseau, *Discurso sobre el Origen de la Desigualdad entre los Hombres* [1754], México/Madrid, Edivisión/Alba, 1999 (reimpr.), pp. 31-141.

232 L. Tolstoi, *La Esclavitud de Nuestro Tiempo* [1900], Barcelona, Littera, 2000 [reed.], pp. 63, 80 e 85.

233 *Ibid.*, pp. 86-87, 89, 91 e 97.

234 *Ibid.*, pp. 101, 103-104 e 121.

235 As bases para atendê-los e protegê-los já se encontravam - desde meados do século XX - em instrumentos básicos como a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 (artigo 1), e a Carta das Nações Unidas de 1945 (segundo parágrafo preambular). Com efeito, o direito das gentes, e, mais particularmente, o Direito Internacional dos Direitos Humanos, tem se confrontado com formas distintas e sucessivas de discriminação, e a proibição desta última continua a ter vigência em nossos dias.

236 Determinadas expressões passaram a emergir sucessivamente, tais como, e.g., “igualdade perante a lei”, “igual proteção da lei”, e “não-discriminação por força de lei”, nesta sequência. Subjacentes a elas encontram-se valores humanos; a

assim, o combate à discriminação parece, em última análise, tal como em Sísifo, um trabalho ou uma luta sem fim.

Com efeito, o princípio básico da igualdade e não-discriminação veio a ter uma incidência em setores distintos das relações humanas, e tem logrado avanços na eliminação da discriminação racial (final dos anos sessenta e década dos setenta), na promoção da igualdade entre os sexos (final dos anos setenta e década dos oitenta), na proteção das pessoas deslocadas (final dos anos oitenta e década dos noventa). Desde então (fins dos anos noventa) e até o presente (meados de agosto de 2013), concentra-se nos desafios da condição das pessoas mais recentemente afetadas pelo empobrecimento, das vítimas de distúrbios e conflitos internos, e dos migrantes indocumentados.

No final das contas, o princípio básico da igualdade e não-discriminação encontra-se nos fundamentos do próprio Direito das Nações Unidas, assim como nos dos sistemas regionais de direitos humanos dotados de tribunais internacionais de direitos humanos. Estes últimos (Corte Europeia de Direitos Humanos, Corte Interamericana de Direitos Humanos, e Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos), estabelecidos por Convenções regionais de direitos humanos, operam em continentes distintos no âmbito da universalidade dos direitos humanos.

2. Igualdade e Não-Discriminação, e o Drama dos Desenraizados

Na atualidade, na segunda década do século XXI, o que não dizer das sociedades nacionais baseadas e estruturadas na desigualdade? Onde estão os “países civilizados”? Embora o princípio básico da igualdade e não-discriminação, desde sua proclamação na Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, passasse a ser crescentemente invocado em instrumentos internacionais e mesmo em constituições nacionais, nem por isso persuadiu os donos do poder a deixar de perpetuar as desigualdades reinantes no seio das sociedades nacionais. Face a tais desigualdades, persistentes e crescentes em nossos dias, onde estão dos países “civilizados”?

Tragicamente, o progresso material de alguns tem-se feito acompanhar do fechamento das fronteiras aos que buscam a

cristalização da expressão “igualdade perante a lei” se deve a sua presença marcante no direito público interno comparado. Estas expressões vieram associar-se às obrigações correspondentes do Estado, consagradas em numerosos instrumentos internacionais de direitos humanos hoje existentes.

sobrevivência pelo trabalho em condições dignas. As fronteiras têm-se aberto, no mundo da falsidade da “globalização”, aos capitais e serviços, e têm-se fechado aos seres humanos, situados em escala de prioridade bem inferior que a dos capitais e serviços, por parte de seus próprios semelhantes. Onde estão os países “civilizados”? Tal fechamento de fronteiras aos seres humanos (inclusive por países que, em outras eras, beneficiaram-se dos livres fluxos migratórios) tem-se feito acompanhar de aparecimento de novas formas de servidão humana (tráfico clandestino de pessoas, prostituição forçada, exploração laboral, dentre outras), de que os migrantes indocumentados não raro são vítimas²³⁷.

Migrações e deslocamentos forçados, aumentados e intensificados a partir da década de noventa²³⁸, têm se caracterizado particularmente pelas disparidades nas condições de vida entre o país de origem e o de destino dos migrantes. Suas causas são múltiplas, a saber: colapso econômico e desemprego, colapso nos serviços públicos (educação, saúde, entre outros), desastres naturais, conflitos armados gerando fluxos de refugiados e pessoas deslocadas, repressão e perseguição, violações sistemáticas de direitos humanos, rivalidades étnicas e xenofobia, e tantas outras formas de violência²³⁹. Onde estão os países “civilizados”? Recentemente, a assim-chamada “flexibilização” nas relações trabalhistas, em meio à “globalização” da economia, tem também gerado mobilidade, acompanhada de insegurança pessoal e de um medo crescente do desemprego²⁴⁰.

237 . M. Lengellé-Tardy, *L’esclavage moderne*, Paris, PUF, 1999, pp. 26, 77 and 116, and cf. pp. 97-98. Ainda que os sistemas escravagistas tenham sido abolidos, têm persistido as segregações, e têm surgido novas formas de exploração - clandestinas - dos seres humanos; cf., e.g., O. Pétré-Grenouilleau, *A História da Escravidão*, São Paulo, Boitempo Edit., 2009, pp. 9-146.

238 Cf. UNHCR, *The State of the World’s Refugees - Fifty Years of Humanitarian Action*, Oxford, UNHCR/Oxford University Press, 2000, p. 9.

239 N. Van Hear, *New Diasporas - The Mass Exodus, Dispersal and Regrouping of Migrant Communities*, London, UCL Press, 1998, pp. 19-20, 29, 109-110, 141, 143 e 151; F.M. Deng, *Protecting the Dispossessed - A Challenge for the International Community*, Washington D.C., Brookings Institution, 1993, pp. 3-20. E cf. também, e.g., H. Domenach e M. Picouet, *Les migrations*, Paris, PUF, 1995, pp. 42-126. - Há que se dedicar à reflexão para tentar evitar que se volte a cometer o mal, tendo em mente a facilidade com que foi ele cometido, em verdadeiras catástrofes ao longo do século XX; Hannah Arendt, *Considérations morales* [1971], Paris, Payot & Rivages, 1996 [reed.], pp. 55-56, 58 e 73.

240 N. Van Hear, *op. cit. supra* n. (85), pp. 251-252, e cf. p. 260. Cf. também, e.g., R. Bergalli (coord.), *Flujos Migratorios y Su (Des)control*, Barcelona, OSPDH/Anthropos

Onde estão os países “civilizados”? Migrações e deslocamentos forçados, com o conseqüente desenraizamento de tantos seres humanos, acarretam traumas (e.g., abandono do lar, separação de famílias, perda de propriedade, humilhações de tratamento arbitrário e injustiças sofridas). Como Simone Weil advertiu, já na metade do século XX, – em um dos mais belos livros já escritos a respeito, – “ter raízes é talvez a necessidade mais importante e a menos reconhecida da alma humana”, e “uma das mais difíceis de definir”²⁴¹.

Na mesma época e na mesma linha de pensamento, Hannah Arendt alertou para os sofrimentos dos desarraigados (a perda do lar e da familiaridade do quotidiano, a perda da profissão e do sentimento de utilidade aos demais, a perda da língua materna como expressão espontânea dos sentimentos), assim como a ilusão de esquecer o passado²⁴². Outros, no mesmo sentido, alertaram que a própria maneira de ver o mundo está em grande parte condicionada por fatores como o local de nascimento, a língua materna, os cultos, a família, e a cultura, demonstrando a relevância das *raízes* do próprio espírito humano²⁴³.

Em seu livro *O Tempo dos Desenraizados* (2003), Elie Wiesel, - Prêmio Nobel da Paz em 1986, que sofrera ele próprio o drama do desenraizamento, - ponderou que os antigos refugiados continuam de algum modo a ser refugiados para o resto de suas vidas; escapam de um exílio para projetar-se em outro, onde tudo parece provisório, sem sentir-se em casa em lugar algum. Continuam sempre a recordar o lugar de onde vieram²⁴⁴, cultivando suas memórias como uma forma de se defenderem da condição adversa de pessoas desenraizadas. Mas a “celebração da memória” tem também suas limitações, pois os

Edit., 2006, pp. 138, 152 e 244-248; M. Greenwood Arroyo and R. Ruiz Oporta, *Migrantes Irregulares, Estrategias de Supervivencia y Derechos Humanos: Un Estudio de Casos*, San José of Costa Rica, IIHR, 1995, pp. 9-159; dentre outros.

241 Simone Weil, *The Need for Roots*, London/N.Y., Routledge, 1952 (reimpr. 1995), p. 41. - Sobre o drama contemporâneo do desenraizamento, cf. A.A. Caçado Trindade, “Reflexiones sobre el Desarraigo como Problema de Derechos Humanos Frente a la Conciencia Jurídica Universal”, in *La Nueva Dimensión de las Necesidades de Protección del Ser Humano en el Inicio del Siglo XXI* (eds. A.A. Caçado Trindade e J. Ruiz de Santiago), 4a. ed. rev., San José da Costa Rica, ACNUR, 2006, pp. 33-92.

242 Hannah Arendt, *La tradition cachée*, Paris, Ch. Bourgeois Ed., 1987 (ed. orig. 1946), pp. 58-59 e 125-127. E cf. também, sobre a matéria, e.g., C. Bordes-Benayoun e D. Schnapper, *Diasporas et nations*, Paris, O. Jacob Ed., 2006, pp. 7, 11-12, 45-46, 63-65, 68-69, 129 e 216-219.

243 J.-M. Domenach, *Le retour du tragique*, Paris, Éd. Seuil, 1967, p. 285.

244 E. Wiesel, *O Tempo dos Desenraizados* [*Le temps des déracinés*, 2003], Rio de Janeiro, Edit. Record, 2004, pp. 18-19.

desenraizados encontram-se privados de horizontes, e do sentido de pertencer a algum lugar²⁴⁵. Têm sempre necessidade de ajuda demais. O drama dos vitimados parecer ser negligenciado ou esquecido à medida em que o tempo passa, e os desenraizados terminam tendo que aprender a viver em meio à inevitável diminuição, lenta e gradual, até mesmo de suas próprias memórias²⁴⁶.

Em meu Voto Arrazoado no caso trágico da *Comunidade Moiwana versus Suriname*, adjudicado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (Sentença de 15.06.2005), concentrei-me precisamente na projeção do sofrimento humano no tempo dos migrantes daquela Comunidade, que sobreviveram um massacre (perpetrado em 29.11.1986 na vila N´djuka Maroon de Moiwana, no Suriname), tendo alguns deles escapado para a Guiana Francesa. Caracterizei o suplício que sofreram como

[dano] espiritual. Em sua cultura, encontram-se ainda atormentados pelas circunstâncias das mortes violentas das pessoas que amavam, e o fato de que os mortos não tiveram um enterro apropriado. Esta privação, gerando um sofrimento espiritual, tem perdurado por quase vinte anos, do momento da perpetração do massacre de 1986 – engajando a responsabilidade do Estado – até o presente. Os N´djukas não se esqueceram de seus mortos (par. 29).

Somente com a mencionada Sentença de 2005, quase duas décadas depois, encontraram afinal reparação, com o reconhecimento judicial de seu sofrimento e outras formas de reparação ordenadas. No âmbito destas últimas encontra-se a garantia pelo Estado de seu retorno voluntário e seguro a suas terras natais²⁴⁷. Não foi esta a primeira vez que abordei a questão da projeção do sofrimento humano no tempo e da crescente tragédia do desenraizamento; anteriormente, também o fizera em meu Voto Concordante (pars. 1-25) na Resolução da CtIADH de Medidas Provisórias de Proteção (de 18.08.2000) no

245 *Ibid.*, pp. 21, 32, 181 and 197.

246 *Ibid.*, pp. 212, 235, 266 and 278. Para sua preocupação com a necessidade de preservação da memória, cf. também Elie Wiesel, *Loublié*, Paris, Éd. Seuil, 1989, pp. 29, 63, 74-77, 109, 269, 278 e 336.

247 Para o texto completo de meu Voto Arrazoado no caso da *Comunidade Moiwana versus Suriname*, cf. A.A. Cañado Trindade, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos - Esencia y Trascendencia* (Votos en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1991-2006), México, Edit. Porrúa/Universidad Iberoamericana, 2007, pp. 539-567.

caso dos *Haitianos e Dominicanos de Origem Haitiana na República Dominicana*, assim como em meu Voto Arrazoado (pars. 10-14) no caso *Bámaca Velásquez versus Guatemala* (reparações, Sentença de 22.02.2002)²⁴⁸, e retomei a questão em apreço em meu supracitado Voto Arrazoado no caso mais recente da *Comunidade Moiwana*.

3. Igualdade e Não-Discriminação, e o Abandono dos Esquecidos do Mundo

O princípio básico da igualdade e não-discriminação faz-se presente em todas e quaisquer situações, inclusive em situações-limite, como as dos abandonados nas ruas do mundo. Estes últimos, na atualidade, têm tido suas causas levadas a um tribunal internacional, como a CtIADH. Como assinalai, por exemplo, em meu Voto Arrazoado no caso da *Comunidade Indígena Sawhoyamaya versus Paraguai* (Sentença da CtIADH de 29.03.2006), observei que transcorridos sete anos da Sentença paradigmática da CtIADH no caso dos “*Meninos de Rua*” (*Villagrán Morales e Outros versus Guatemala*, mérito, Sentença de 19.11.1999),

os abandonados e esquecidos do mundo voltam a alcançar um tribunal internacional de direitos humanos em busca de justiça, nos casos dos membros das *Comunidades Yakyé Axa* (Sentença de 17.06.2005) e *Sawhoyamaya* (a presente Sentença). No *cas d’espèce*, os arrancados forçosamente de seus lares e terras ancestrais, e socialmente marginalizados e excluídos, efetivamente alcançaram uma jurisdição internacional, perante a qual finalmente encontraram a justiça (par. 37).

E em meu Voto Arrazoado no mencionado caso da *Comunidade Moiwana*, abordei ainda a projeção do sofrimento humano no tempo (pars. 24 e 29-33), tal como o fiz igualmente em meus Votos Arrazoados no caso dos “*Meninos de Rua*” (*Villagrán Morales e Outros versus Guatemala*, reparações, Sentença de 26.05.2001) e no caso *Bámaca Velásquez versus Guatemala* (reparações, Sentença de 22.02.2002). Mais recentemente, em meu Voto Arrazoado no caso *Servellón García e Outros versus Honduras* (Sentença de 21.09.2006), retomei este ponto, face à tragédia contemporânea dos

248 Para os textos completos de meus referidos Votos Concordantes e Arrazoados, cf. *ibid.*, pp. 876-883 e 321-330, respectivamente.

atentados contra os direitos humanos em meio à decomposição do tecido social, e alertei:

A violência gratuita e desnecessária por parte de órgãos e agentes do poder estatal, sobretudo contra os segmentos mais vulneráveis da população, e a exclusão e punição, assim como o confinamento, dos `indesejáveis´ como `respostas´ estatais a um `problema social´, tem sido uma constante na história do Estado moderno. Não têm ocorrido só nos países da América Latina, mas também da Europa e de todo o mundo. (...) O assassinato de crianças nas ruas do mundo é, ademais de uma violação grave dos direitos humanos, uma manifestação da loucura dos `civilizados´, a mais enfática e assustadora negação da razão (par. 24).

O caso *Servellón García e Outros*, – acrescentei, – era “um dos muitos casos congêneres que ocorrem diariamente em toda a América Latina e em todo o mundo. O Estado cria os `indesejáveis´, ao deixar de cumprir as funções sociais para as quais foi historicamente criado, e depois os marginaliza, exclui, confina, ou mata (ou deixa que os matem)” (par. 26). Ao menos, no presente caso, – concluí, – os esquecidos do mundo tiveram sua causa alçada ao conhecimento de um tribunal internacional de direitos humanos, a CtIADH, e

As humilhações e sofrimentos de que padeceram foram judicialmente reconhecidos, com suas consequências jurídicas para os responsáveis pelos mesmos. Na presente Sentença, a Corte advertiu para a perigosa estigmatização de que crianças e jovens pobres estariam condicionados à delinquência, que cria um `clima propicio´ para que aqueles menores em situação de risco se encontrem diante de uma ameaça latente a sua vida e integridade e liberdade pessoais (par. 113).

XII. CONSIDERAÇÕES FINAIS

1. De Volta aos Princípios Gerais do Direito

Ao concluir estas reflexões, retorno aos princípios gerais do direito, que se encontram, – como se sabe, – incluídos no rol das “fontes formais” constantes do artigo 38 do Estatuto da CIJ. Infelizmente, têm sido negligenciados pela doutrina jurídica contemporânea, embora requeiram e mereçam a mais cuidadosa atenção. Com efeito, há princípios gerais do direito comuns a todos os sistemas jurídicos

nacionais, e que se encontram inelutavelmente ligados aos próprios fundamentos do Direito; os princípios gerais do direito abarcam igualmente os princípios do próprio direito internacional. Em meu entender, tais princípios informam e conformam as normas e regras do direito internacional, e são uma manifestação da consciência jurídica universal.

Os referidos princípios gerais do direito têm sempre marcado presença na busca da Justiça, não obstante as distintas percepções desta última em distintos países. Têm sido reiteradamente reafirmados, ao longo do tempo, e retêm plena validade em nossos dias. O positivismo jurídico tem sempre tentado, em vão, minimizar o papel destes princípios, mas a verdade é que, sem eles, não há sistema jurídico algum, seja nacional ou internacional. Eles dão expressão à ideia de uma justiça *objetiva*, abrindo caminho à aplicação do direito internacional universal, o novo *jus gentium* de nossos tempos, tal como o concebo²⁴⁹.

Considero da maior relevância o papel dos princípios gerais, tal como o assinalo, por exemplo, em meu Voto Concordante no paradigmático Parecer Consultivo n. 18 (de 17.09.2003) da CtIADH sobre a *Condição Jurídica e Direitos dos Migrantes Indocumentados*:

Todo sistema jurídico tem princípios fundamentais, que inspiram, informam e conformam suas normas. São os princípios (derivados etimologicamente do latim *principium*) que, evocando as causas primeiras, fontes ou origens das normas e regras, conferem coesão, coerência e legitimidade às normas jurídicas e ao sistema jurídico como um todo. São os princípios gerais do direito (*prima principia*) que conferem ao ordenamento jurídico (tanto nacional como internacional) sua ineludível dimensão axiológica; são eles que revelam os valores que inspiram todo o ordenamento jurídico e que, em última análise, provêm seus próprios fundamentos. (...)

Dos *prima principia* emanam as normas e regras, que neles encontram seu sentido. Os princípios encontram-se assim presentes nas origens do próprio Direito. Os princípios nos mostram os fins legítimos a buscar: o bem comum (de todos os seres humanos, e não de uma coletividade abstrata), a realização da justiça (nos planos tanto nacional como

249 A.A. Cançado Trindade, *International Law for Humankind - Towards a New Jus Gentium*, 2a. ed., Leiden/The Hague, Nijhoff/The Hague Academy of International Law, 2013, pp. 1-726.

internacional), o necessário primado do direito sobre a força, a preservação da paz. A contrário dos tentam – a meu ver em vão – minimizá-los, entendo que, se não há princípios, tampouco há verdadeiramente um sistema jurídico. Sem os princípios, a ‘ordem jurídica’ simplesmente não se realiza, e deixa de existir como tal²⁵⁰.

Dois anos depois deste histórico Parecer da CtIADH, em meu *Curso Geral de Direito Internacional Público* ministrado na Academia de Direito Internacional da Haia, em julho-agosto de 2005, sustentei meu entendimento, sedimentado ao longo dos anos, no sentido de que os princípios gerais do direito formam o *substratum* do próprio ordenamento jurídico, mostrando-se indispensáveis (o *jus necessarium*, distinto e bem mais além do mero *jus voluntarium*), e expressando a ideia de uma “justiça objetiva” (própria do jusnaturalismo), de alcance universal. São os princípios gerais do direito que inspiram a interpretação e aplicação não só das normas jurídicas, como também o próprio processo legiferante de sua elaboração²⁵¹.

Os princípios fundamentais são os alicerces da própria justiça; ao longo dos séculos, o pensamento jusnaturalista sempre ressaltou sua relevância. O *jus necessarium* assim se configura por se tratar de leis justas, emanadas da *recta ratio*, e que precisamente por isso requerem o dever de consciência de seu cumprimento²⁵². Em meu entender, os princípios gerais do direito, que assim se revestem da maior importância na interpretação e aplicação do direito internacional e em seu desenvolvimento progressivo, foram ao longo dos séculos captados pela consciência humana, no âmbito tanto dos sistemas jurídicos nacionais como do direito das gentes. Quanto aos primeiros, cabe ter presente, por exemplo, que a intangibilidade das garantias judiciais e do devido processo legal encontra-se

250 A.A. Cançado Trindade, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos - Esencia y Trascendencia (Votos en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1991-2006)*, México, Edit. Porrúa/Universidad Iberoamericana, 2007, pp. 68-69, pars. 44 e 46.

251 A.A. Cançado Trindade, “International Law for Humankind: Towards a New *Jus Gentium* - General Course on Public International Law - Part I”, 316 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye* (2005) pp. 90-92.

252 Cf., e.g., B. Hamilton, *Political Thought in Sixteenth-Century Spain (A Study of the Political Ideas of Vitoria, De Soto, Suárez and Molina)*, Oxford, Clarendon Press, 1963, pp. 20, 28, 50-52, 56, 106 e 170.

inelutavelmente ligada ao primado do Estado de Direito em uma sociedade democrática.

Tive ocasião de ressaltar este ponto em um memorável Seminário sobre a matéria realizado em Hong Kong, China, no qual me permiti advertir que, independentemente de que tenhamos em mente os elementos componentes do direito a um processo justo (*fair trial*), como desenvolvidos nos países de *common law*, ou então os derivados das garantias fundamentais (*garanties fondamentales*), como desenvolvidos nos países de *droit civil*, o certo é que no presente domínio estamos ante princípios gerais do Direito, universalmente reconhecidos, e podemos conceitualizar como “Estados civilizados” todos os que, em última análise, respeitam plenamente os direitos humanos (na medida e enquanto os respeitam) e asseguram a todas as pessoas sob suas respectivas jurisdições o livre e pleno exercício daqueles direitos (na medida e enquanto o asseguram)²⁵³. O respeito aos direitos humanos constitui, em última análise e em suma, a melhor medida do grau de “civilização”²⁵⁴.

2. Premissa Confirmada

O reconhecimento dos “princípios gerais do direito”, e sua inserção no rol das fontes “formais” do direito internacional constante do artigo 38 do Estatuto da chamada Corte Mundial da Haia (CPJI/CIJ), que na atualidade tenho a honra de servir como magistrado, revestiu-se e se reveste da maior relevância, e requer maior atenção por parte da doutrina jurídica contemporânea. O acréscimo, àquela categoria, do qualificativo “reconhecidos pelas nações civilizadas”, foi, na minha percepção, inadvertido, feito sem reflexão e sem o menor espírito crítico, pois em 1920, em 1945, e em 2013, é impossível determinar quais sejam as “nações civilizadas”. Só podemos identificar as que se comportam de modo “civilizado” por algum tempo, e na medida em que assim se comportam.

A nenhum país é dado considerar-se como essencialmente “civilizado”. A meu ver, referido qualificativo foi acrescido aos “princípios gerais do direito” no artigo 38 do Estatuto da CPJI em

253 A.A. Cançado Trindade, “The Right to a Fair Trial under the American Convention on Human Rights”, in *The Right to Fair Trial in International and Comparative Perspective* (ed. A. Byrnes), Hong Kong, Ed. University of Hong Kong, 1997, pp. 4-11.

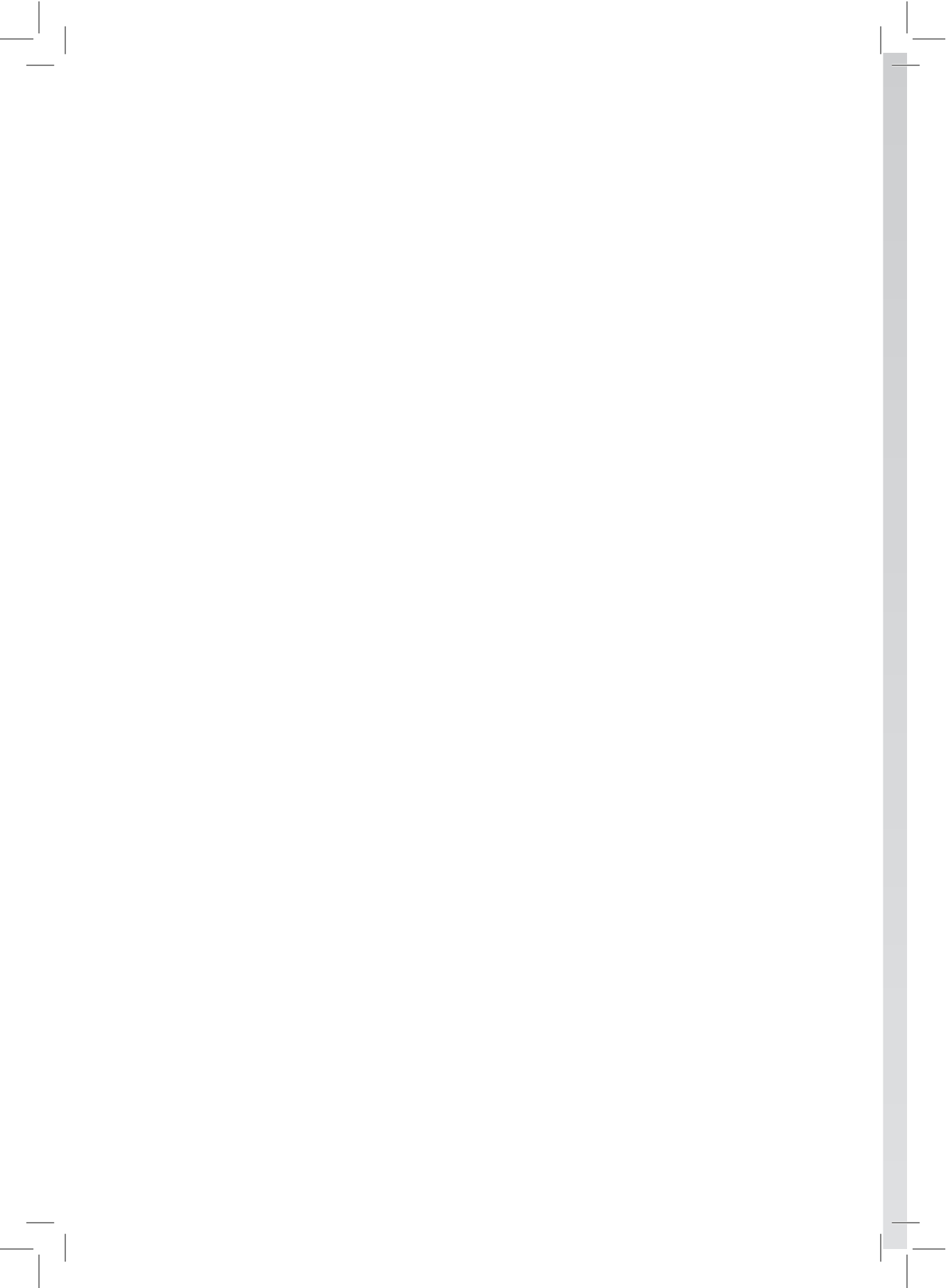
254 A.A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, vol. II, *op. cit. supra* n. (147), p. 344.

1920 por letargia mental, e foi mantido no Estatuto da CIJ em 1945, no qual permanece até o presente (meados de 2013), por inércia mental, e sem espírito crítico. Devemos todos ter um pouco mais de coragem e humildade em relação à nossa condição humana, dada a notória propensão à maldade ilimitada. Dos antigos gregos aos contemporâneos, a existência humana tem estado sempre envolta em tragédia. Definitivamente, não existem nações ou países “civilizados” *per se*, mas tão só os que se comportam de modo civilizado por algum tempo, e na medida em que desse modo se comportarem.

Assim sendo, devemos permanecer atentos, e envidar todos os esforços, para tentar prevenir ou evitar a irrupção recorrente da barbárie. Este posicionamento se torna ainda mais imperioso em uma época como a atual, marcada pela pressão impiedosa da pressa e da luta vã e inglória contra o passar do tempo, em que cada vez menos se lê e menos se pensa, e se deixa de extrair as lições do passado. É a lição que me permito extrair desta inauguração da Cátedra de Direito Internacional na Universidade Federal da Integração Latino-Americana (UNILA), em Foz do Iguaçu, na tarde de hoje, 22 de agosto de 2013.

Ao concluir minhas reflexões, considero demonstrada a premissa geral de que parti. Em suma, deve-se ter sempre em mente que, efetivamente, não há nações que sejam por sua natureza civilizadas. Há, precisamente, nações que por algum tempo se comportam de modo civilizado, enquanto e na medida em que atuam em conformidade com o direito internacional, e com o devido respeito aos direitos da pessoa humana. E a fonte *material* última do direito internacional, como de todo o Direito, é, como venho há anos assinalando²⁵⁵, a *consciência humana*, a consciência jurídica universal.

255 Cf., *inter alia*, A.A. Cançado Trindade, *A Humanização do Direito Internacional*, Belo Horizonte, Edit. Del Rey, 2006, pp. 3-409; A.A. Cançado Trindade, *Le Droit international pour la personne humaine*, Paris, Pédone, 2012, pp. 45-368; A.A. Cançado Trindade, “El Desarraigo como Problema de Derechos Humanos frente a la Conciencia Jurídica Universal”, in *Forum Deusto - Movimientos de Personas e Ideas y Multiculturalidad* (ed. J. Elzo), Bilbao, Universidad de Deusto, 2003, pp. 65-120; A.A. Cançado Trindade, “La *Recta Ratio* dans les Fondements du *Jus Gentium* comme Droit International de l’Humanité”, 10 *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos* (2010) pp. 11-26.



ESCASSEZ HÍDRICA E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Antônio Celso Alves Pereira

Professor de Direito Internacional da UERJ e da Universidade Veiga de Almeida –UVA/ RJ; Diretor Geral do Centro de Ensino Superior de Valença, RJ; Presidente da Sociedade Brasileira de Direito Internacional e Reitor da UERJ – 1996-2000.

1. INTRODUÇÃO

A água está na origem da vida. Por sua imprescindibilidade é a própria vida. Os filósofos gregos já chamavam a atenção para a evidente relevância da água. Tales de Mileto (623 a.C. ou 624 a.C. - 556 a.C. ou 558 a.C.), cujo pensamento, segundo a tradição, é o ponto inicial da filosofia grega, ao fundar a filosofia da natureza, ou filosofia da *physis* (palavra grega que pode significar natureza, origem, movimento e transformação), afirmava que a água é a substância primordial, a origem de tudo. Ele acreditava que todas as coisas provinham essencialmente de um princípio físico, material, por ele denominado *arché*. Esta *arché* seria a água. Tales convenceu-se da essencialidade da água após observar, no Egito, a fertilidade dos campos inundados pelo Nilo, quando o rio retornava ao seu delta. Disso deduzira que tudo o que existe, humano, animal ou vegetal, assim o é por conter o úmido. Se a umidade desaparece, esvai-se a vida (bios). Logo, se não há água, não há vida. Tales não deixou escritos. Seu pensamento foi transmitido à posteridade por historiadores, como Heródoto, e filósofos, como Aristóteles, fato que se expressa na chamada “tradição indireta”, que trouxe à luz o pensamento dos pré-socráticos. Aristóteles, na *Metafísica*, ao referir-se ao naturalismo de Tales de Mileto, cita sua famosa sentença: “O princípio é a água” (*hidron*). Sobre isso, é conveniente sublinhar o fato de que, segundo os historiadores da filosofia,¹ a água a que se refere Tales de Mileto não é o elemento físico-químico que bebemos, mas deve ser compreendida de modo totalizante, como a *physis*

¹ Ver, por exemplo, REALE, Giovanni e ANTISERI Dario. *Historia Del Pensamiento Filosófico y Científico*. Barcelona: Editorial Herder, 1988, p. 38.

liquida originária, da qual a água que sacia nossa sede é uma das suas múltiplas manifestações.

A água não é somente vital para o corpo. Na busca dos homens por realização espiritual, por graça santificante, a água, em várias religiões, é usada para batizar, como no Cristianismo, ou como elemento purificador, no Hinduísmo, no Judaísmo e no Islamismo, nos quais aos mortos é ministrado um banho purificador, ato que, segundo tais crenças, funciona como um passaporte à vida espiritual. Pode-se ainda mencionar a presença de deuses vinculados à água na mitologia politeísta, como Poseidon, deus supremo do mar na mitologia grega e chamado Netuno na mitologia romana; Vishnu, divindade que, na mitologia hindu, é responsável pela manutenção do universo e em sua apresentação, flutua sobre as ondas nas costas de um deus-serpente; Enki, na mitologia dos sumérios era o deus das águas doces e da chuva. Para essa antiga civilização a água significava conhecimento e sabedoria, e, em razão disso, Enki era senhor da vida e da morte; e, nessa matéria, não poderíamos deixar de mencionar a nossa Yemanjá, que, acreditando ou não, muitos se dirigem ao mar na virada do ano para oferecer-lhe flores, render-lhe homenagens, e pedir sua proteção no correr do ano entrante. Vale lembrar que a palavra água é encontrada na Bíblia 442 vezes. Portanto, a água, em qualquer dos seus usos, é parte fundamental da vida e da cultura humana de todas de as eras. É por essas e outras, que Antônio Houaiss chamava a água de “ninha potável”.

Do total dos recursos hídricos da Terra, 97% são águas oceânicas, 2% estão nas calotas polares e apenas 1% representa a água que é destinada ao consumo doméstico, à irrigação e às atividades industriais. Brasil, Rússia, China, Canadá, Indonésia e Estados Unidos detêm o controle de 60% desses recursos hídricos utilizáveis. Não trataremos nesta palestra das águas subterrâneas. Vale acrescentar que essa pequena quantidade da água da Terra está contida em organismos biológicos, como, por exemplo, o ser humano, que tem entre 70 e 75% do seu corpo, dependendo de cada pessoa, constituído por água.

A questão da água, em todos os seus aspectos, não pode ser analisada de forma isolada. Fatores ambientais e político-econômicos influem nos problemas que dão origem ao que hoje se convencionou chamar de *estresse hídrico*, situação em que se encontra, por exemplo, o nordeste brasileiro. As populações da África, que habitam a região

que vai do Senegal à Eritréia, e, da mesma forma, as populações do Oriente Médio, do sul da Ásia e do Norte da China. Nesse contexto é importante salientar que a China dispõe de apenas 8% da água potável do mundo para abastecer 22% da população do Planeta.

Na Índia, a demanda urbana por água deverá duplicar, e a industrial, triplicar até 2025. Cabe aqui um necessário esclarecimento. Regiões com déficit hídrico, como o Centro-Oeste dos Estados Unidos, e Israel, a escassez de água propiciou o desenvolvimento de técnicas que proporcionaram formas de aproveitamento racional de cada gota disponível. No caso do semiárido nordestino, atualmente o *estresse* hídrico é decorrente da pior seca da região nos últimos 50 anos, da realidade dos rios temporários e, sobretudo, da ausência de políticas públicas de natureza preventiva. Como diz o físico Marcelo Gleiser, “existem dois grandes problemas com relação à água: falta dela e má qualidade”. No Sudeste Asiático, por exemplo, continua o autor, “as pessoas bebem água de regiões alagadas para plantações de arroz e de poços rasos escavados sem qualquer fiscalização. Fora a poluição normal, causada por fertilizantes, inseticidas e lixo, os habitantes têm que lidar com a poluição por arsênico que, liberado naturalmente pelo solo, se mistura com a água”. O problema aí está na qualidade da água. Trabalhando junto das comunidades pobres do mundo a Cruz Vermelha tenta minorar esta situação distribuindo filtros de barro.² Não somente questões naturais como a falta de chuvas exercem pressões de toda ordem sobre os problemas do acesso à água. A escassez muitas vezes decorre de fatores que se conjugam, como crescimento populacional, urbanização sem planejamento, contaminação de cursos d’água, fontes, aquíferos, lagos, geleiras e água proveniente das chuvas (chuva ácida), das mudanças climáticas, dos processos de desertificação, dos usos industriais, da irrigação, da drenagem de áreas alagadas para fins agricultáveis e, entre outros elementos, disputas político-ideológicas que, de qualquer forma, acabam tendo implicações na gestão, distribuição, enfim, no acesso das pessoas à água doce. Por outro lado, as previsões sobre o crescimento da população mundial são preocupantes, considerando as pressões sobre os recursos naturais que disso decorrerão. Nos próximos vinte anos a população da Terra poderá chegar aos nove bilhões de pessoas. “O consumo de água deverá aumentar em

2 GLEISER, Marcelo. Água, escassa preciosidade. In: Folha de São Paulo – Caderno *Mais - Ciência*. Edição de 02/07/2006, p.9

30%. Haverá necessidade de produzir 50% a mais de alimentos e a oferta de energia terá de crescer 45%”³. Para isso será necessária mais água, considerando que as atividades agrícolas respondem por 70% do consumo mundial. É preciso, ainda, levar em conta nessa conjuntura o aumento do consumo de água na produção de bens industrializados. Os países desenvolvidos são responsáveis por 80% desse consumo, proporção que, segundo os estudiosos do tema, não é sustentável. Há projeções que indicam que “até 2020 vários países em desenvolvimento serão incapazes de manter seus níveis de irrigação agrícola”.⁴ Segundo dados da FAO, “para produzir alimentos para uma única pessoa são necessários em torno de 2,5 mil litros de água”.⁵ Para agravar essa situação, conforme previsão das Nações Unidas, ao declarar 2013 “Ano Internacional da Cooperação pela Água”, dois terços da população mundial poderão ficar sujeitos à escassez de água até o ano 2025.

2. ACESSO À ÁGUA E DIGNIDADE DO SER HUMANO

Em memorável voto concorrente conjunto, no *Caso “Niños de la Calle (Villagrán Morales y outros) versus Guatemala*, decidido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, os juízes Antônio Augusto Cançado Trindade e Abreu Burelli, afirmam que a “privação arbitrária à vida não se limita ao ilícito do homicídio”; se estende igualmente à privação do direito de viver com dignidade”.⁶

Conforme dados da UNICEF, a cada 15 segundos morre uma criança no mundo, em consequência da falta de água potável e de saneamento básico. “No Relatório sobre o Desenvolvimento dos Recursos Hídricos, documento que a ONU divulga a cada três anos, pesquisadores destacam que quase 10% das doenças registradas ao redor do mundo poderiam ser evitadas se os governos investissem mais em acesso à água, medidas de higiene e saneamento básico. As

3 CARVALHO, Cleide. *Estresse Hídrico*. In: O Globo, Caderno Amanhã, Edição de 22/01/2013, p.22

4 SANTOS, José Alberto Loureiro dos. *Segurança e Defesa na Viragem do Milênio – Reflexões sobre Estratégia*. Mem Martins, Portugal: Publicações Europa-América, Ltda., 2001, p. 63.

5 CARVALHO, op. cit. p. p. 24.

6 Corte Interamericana de Direitos Humanos – *Caso Niños de la Calle*. Sentença no mérito exarada em 19 de novembro de 1999. Consultar inteiro teor da sentença no site: http://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/busqueda_casos_contenciosos.cfm?lang=es

doenças diarreicas poderiam ser praticamente eliminadas se houvesse esse esforço, principalmente nos países em desenvolvimento, segundo o levantamento. Esse tipo de doença, geralmente relacionada à ingestão de água contaminada, mata 1,5 milhões de pessoas anualmente⁷ Vem, ainda, das Nações Unidas, a informação de que nos países em desenvolvimento, em aglomerados urbanos pobres, 90% das águas residuais, decorrentes de banhos, usos na cozinha, higiene pessoal e limpeza doméstica, por falta saneamento ou de instalações de reuso, são despejadas nas chamadas “valas negras”, que são esgotos a céu aberto, ou em rios, lagos, e nas faixas costeiras de mar, sem qualquer tratamento, situação que representa grave ameaça à saúde das populações desses locais. No caso brasileiro, essa situação lamentável está presente nas grandes cidades do país. Basta uma visita a qualquer favela do Rio de Janeiro. Sobre a questão do reuso de águas há avanços no setor. Aldo Rebouças, professor da USP e especialista em recursos hídricos, afirma que “o reuso direto ou planejado da água está se tornando cada dia mais frequente em empresas, por duas razões principais: a primeira é de ordem operacional, pois, com o reuso da água, acaba-se dispondo de maiores quantidades para a produção. A segunda diz respeito ao “efeito imagem no mercado”, pois a opção pelo reuso da água acaba caracterizando uma preocupação muito valorizada nos mercados nacional e internacional, que é de se poluir menos o ambiente, em geral, e os rios, em particular, objetivos básicos do desenvolvimento sustentável”.⁸

A rigor, até a segunda metade do século XX, as maiores preocupações com a água limitavam-se à utilização dos rios como vias de comunicação e, assim, concentravam-se, sob a égide da liberdade de comércio, nas questões relativas à liberdade de navegação, controle aduaneiro e com a utilização dos recursos hídricos para consumo doméstico e geração de energia elétrica. Vivia-se, de um modo geral, sob a sensação de que havia abundância de água. Deve-se considerar que, por essa época, não eram tão intensas as pressões das estruturas de produção agrícola e industrial sobre os recursos

7 Ver <http://www.direitosdacrianca.org.br/em-pauta/falta-de-agua-de-qualidade-mata-uma-crianca-a-cada-15-segundos-no-mundo-revela-unicef>.

8 REBOUÇAS, Aldo. *Uso Inteligente da Água*. São Paulo: Escrituras Editora, 2004, p. 85.

naturais. De fato, não havia qualquer sinalização para a defesa das condições ambientais.⁹

A preocupação da humanidade com o modelo de crescimento econômico fundado na exploração predatória de recursos naturais esgotáveis, e com os índices alarmantes de degradação ambiental em escala global decorrentes desse processo, somente se tornaria motivo de apreensão das pessoas e item prioritário da agenda internacional nos anos finais da década de 60 do século passado, após a publicação do Relatório do Clube de Roma – *Limites do Crescimento* – de 1972.¹⁰ Nesse mesmo ano foi criado, na Austrália, o primeiro *Partido Verde*, e, em 1971, no Canadá, foi fundado o *Greenpeace*. No citado Relatório, o grupo de cientistas e pesquisadores oriundos do Instituto de Tecnologia de Massachusetts – MIT, que o elaboraram, chefiados pelo professor norte-americano Dennis Meadows, lançou um alerta sobre as implicações sociais e econômicas do crescimento alicerçado em recursos naturais renováveis e não renováveis e sobre a premente necessidade do implemento de ações voltadas à racionalização do uso desses recursos.

9 Foi no contexto das mudanças operadas pela Revolução Francesa que a problemática da liberdade de navegação dos rios tornou-se objeto de políticas públicas. Um decreto revolucionário de 20 de novembro de 1792 ordenava às forças francesas na Bélgica que cuidassem de assegurar a liberdade de navegação nos rios Mosa e Escalda. Na Ata Final do Congresso de Viena de 1815 os artigos 108 e 117 consagraram o princípio da liberdade de navegação fluvial para todos os Estados. O Brasil, por exemplo, pelos decretos de nº 3.749, de 07 de Dezembro de 1866, e 3.920, de 31 de julho de 1867, abriu à todas as nações a navegação dos rios Amazonas, até Tabatinga; do Tocantins até Cametá; do Tapajós até Santarém; do Madeira até a Vila do Borba; do Negro até a cidade de Manaus. Em 1873 um decreto imperial estendia a liberdade de navegação do rio Madeira até o porto de Santo Antônio. A Ata Final do Congresso de Viena definiu e classificou os rios como internacionais, divididos em sucessivos e contíguos e os estritamente nacionais. Nascia, assim, o direito internacional fluvial. É importante salientar que o Congresso de Viena criou a Comissão do Reno e, em 1856, os Estados ribeirinhos do Danúbio criaram a Comissão para administrar o uso do rio. Menciono estas Comissões fluviais porque elas são hoje reconhecidas como embriões dos organismos internacionais, que se multiplicariam após a criação da ONU. Hoje, em razão das preocupações internacionais com fenômenos como a poluição, contaminação, aproveitamento industrial e competição por cursos e fontes de água doce, esse direito ganhou complexidade, transformando-se no chamado Direito Internacional dos Cursos de Água Internacionais, importante ramo do Direito Internacional Geral.

10 O Clube de Roma foi fundado, em 1968, pelo industrial italiano Aurelio Peccei juntamente com cientista escocês Alexander King.

O Relatório do Clube de Roma, conformando estudos sobre o futuro da vida em nosso Planeta, compreendendo análises sobre fatores como energia, degradação ambiental, crescimento populacional e tecnologia, apesar das críticas sobre a não confirmação de algumas de suas projeções, foi de incontestável importância para colocar tais problemas, de forma definitiva, na ordem do dia dos organismos internacionais, principalmente das Nações Unidas, dos Estados, das organizações não governamentais e dos indivíduos. O Relatório influenciou a criação de movimentos ambientalistas em várias partes do mundo e foi o ponto de partida para a consolidação do novo ramo da Ciência Jurídica – o Direito Ambiental –, que surgira na segunda metade do século XX para disciplinar as relações dos indivíduos, dos grupos humanos e das pessoas jurídicas com o meio ambiente. Com o reconhecimento de que a responsabilidade pela proteção ambiental é de natureza global, as Nações Unidas convocaram a Primeira Conferência Mundial sobre o Meio Ambiente Humano, reunião que se realizou em Estocolmo e à qual compareceram 113 Estados. Da Declaração Final dessa Cimeira editou-se um Plano de Ação para o Meio Ambiente, com 109 recomendações e a criação do PNUMA – Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente, com sede em Nairobi.¹¹ Este Programa, uma década após a reunião de Estocolmo, elaborou um Projeto de Resolução,¹² que, aprovado pela Assembleia Geral, em 1983, constituiu a Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, cujos trabalhos, chefiados pela Primeira Ministra da Noruega, Gro Harlem Brundtland, foram concluídos com a publicação, em 1987, do documento nominado *Nosso Futuro Comum, ou Relatório Brundtland*, estudo que lançou o princípio do desenvolvimento sustentável. Vinte anos após a Reunião de Estocolmo, a ONU organizou a Segunda Conferência Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, também chamada *Cúpula da Terra e Rio-92*, a maior Conferência Mundial reunida até então. Esta Conferência foi um marco na história do século XX, um dos principais momentos da contemporaneidade. Vários e importantes documentos foram aprovados na *Rio-92*: a Carta da Terra, as Convenções Internacionais sobre a Biodiversidade, Desertificação e Mudanças Climáticas; uma Declaração sobre as Florestas, a

11 BRZEZINSKI, Maria Lucia Navarro Lins. *Direito Internacional de Água Doce – conteúdo, formas e efetividade*. Rio de Janeiro: Mimeo. Tese de Doutorado. Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ, 2010, p. 81.

12 Resolução 38/161 de 19 de dezembro de 1983.

Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento e a Agenda 21. A Agenda 21 figura como um dos principais instrumentos do Direito Internacional do Meio Ambiente. Contendo 41 capítulos, no 18º trata da proteção da qualidade dos recursos de água doce e da aplicação de critérios integrados para o aproveitamento, ordenação e uso dos recursos hídricos. Embora não haja aprofundado o tema, o texto foi de suma importância como diretriz para os estudos e estímulo às reuniões internacionais que se seguiram sobre o assunto. A registrar também que, no contexto do capítulo 18 da Agenda 21, foi aprovada a proposta de criação do “Dia Mundial da Água”, iniciativa posteriormente aprovada pela Assembleia Geral da ONU, fixando-se o dia 22 de março de cada ano, como ocasião para conscientizar as populações do mundo sobre a necessidade de conservação dos recursos hídricos. Antes de 92 realizara-se, em Mar Del Plata, no período de 14 a 25 de março de 1977, a primeira Conferência Internacional para discutir, especificamente, a questão da água no mundo. As resoluções e recomendações dessa Conferência fixaram-se nas questões relativas à busca da eficiência no uso da água, no combate à degradação ambiental, na informação às populações e no estímulo à cooperação regional internacional. De fato, poucos foram os resultados práticos consequentes dessa reunião. De positivo, a criação pela UNESCO do Programa Hidrológico Internacional, voltado à padronização da coleta internacional de dados sobre a água. Na sequência das Conferências Internacionais, em 1990, realizou-se, em Nova Delhi, outra reunião internacional para tratar da água no mundo. Uma série de sugestões foi aprovada, como a proposta de compartilhamento mais equitativo e gestão integrada, entre os Estados, de mananciais e rios contíguos e sucessivos. Na Conferência que se realizou em seguida, Dublin, janeiro de 1992, sua Declaração Final lançou um princípio que, a partir daí, fundamentaria a polêmica sobre a natureza jurídica da água doce, ou seja, se seu uso é um direito humano ou se ela é um bem econômico. O princípio 4 da Declaração afirma que, “no passado, errou-se em não reconhecer o valor econômico da água. Este fato levou ao desperdício e aos usos deste recurso de forma destrutiva ao meio ambiente”. Concluía afirmando que “o gerenciamento da água como bem de valor econômico é um meio importante para atingir o uso eficiente e equitativo, bem como incentivo à conservação e proteção dos recursos hídricos”.¹³ A

13 BRZEZINSKI, op. cit. pp. 91/100

propósito, deve-se registrar o fato de que existe uma inquestionável correlação entre o acesso à água potável e o PIB *per capita* de uma determinada região. Entre outras considerações sobre a classificação da água doce como bem econômico, que serão tratadas à frente, vale lembrar que na Conferência Internacional realizada em Bonn, em 2001, foi amplamente discutida a questão da privatização da água. Seguiram-se a Conferência de Paris, março de 1998, e a Declaração do Milênio aprovada na Cúpula do Milênio de 2000, cuja 7ª Meta expressa a necessidade de se alcançar e garantir a sustentabilidade ambiental até 2015 e, nessa perspectiva, considerando que um bilhão de pessoas ainda não tem acesso à água potável, reduzir pela metade esse número até o referido prazo. Na Cúpula de Johannesburgo de 2002, esta Meta foi reafirmada. Como se sabe, ela não será cumprida em decorrência do agravamento das condições ambientais, decorrentes, em grande parte, da falta de chuvas nas regiões sob *estresse hídrico*. Isto, aliás, foi declarado, em 2010, pelo presidente do Conselho Mundial da Água. O Brasil, signatário da Declaração Milênio não cumprirá também a meta relativa ao saneamento básico.¹⁴ Esta é uma das mais graves questões decorrentes da falta de políticas públicas para o setor e de larga repercussão no alcance, pelas populações dos países pobres, de condições mínimas para a vida humana com dignidade.

As projeções sobre a escassez de água no mundo são catastróficas. As populações do segmento pobre do mundo são as que mais sofrem com falta ou qualidade inadequada da água que consomem. Além disso, como informa o Banco Mundial, 80 países enfrentam a escassez e, nesse mesmo documento, alerta, numa percepção malthusiana, sobre as consequências futuras do crescimento acelerado das taxas de natalidade nesses países. Piorando tudo, as temperaturas globais continuam subindo, acrescentando-se a isso a incapacidade dessas populações para desenvolver tecnologias que propiciem qualidade e facilidade de acesso à água. Não se pode deixar de mencionar que a desertificação de áreas na África, e na América Latina, agrava a questão da escassez de água. Este problema vem afetando também países do Sul da Europa – Espanha, Portugal e Grécia, além de algumas nações asiáticas, entre as quais Índia. Este fenômeno é responsável, em cada ano, pela perda de 24 bilhões de toneladas de solo agricultável no mundo. As causas da desertificação são o excesso de cultivo e de

14 *Ibidem* p. 96

pastoreio, além do desmatamento. Práticas deficientes de irrigação aceleram a desertificação. Na África, populações atingidas pela seca e pela consequente desertificação abandonam suas terras, como vem acontecendo com um sexto da população do Mali e de Burkina Faso.¹⁵ A desertificação afeta, de forma grave, o semiárido brasileiro, espaço desta natureza mais populoso do mundo. Atinge regiões do Ceará, de Pernambuco e, em maior extensão, a Paraíba, fato que contribui para o *estresse hídrico* que maltrata a região. Completando estas observações, registramos a escassez de água potável decorrente da cobertura dos mananciais existentes em ilhas oceânicas pela água salgada. Como se sabe, a enorme quantidade de gases de efeito estufa, que é lançada na atmosfera, provoca o degelo das calotas polares e a elevação do nível dos mares. Em consequência disso, os habitantes das Ilhas Carteret entraram para a História como os primeiros refugiados ambientais. Os 980 residentes nessas ilhas estão sendo obrigados a abandonar suas propriedades e tradições por causa do aquecimento global. As seis Ilhas Carteret, cujas altitudes máximas não passam de 1,5 metros, até 2.015, estarão completamente cobertas pelas águas do mar. Outras ilhas do Pacífico terão o mesmo destino: Tuvalu, Marshall, Kiribait e Maldivas. O governo de Papua Nova Guiné iniciou a transferência dos residentes nas Ilhas Carteret para as Ilhas de Bougainville.

A demanda por energia barata criou um novo e preocupante problema ambiental, cujos desdobramentos e efeitos colaterais representam séria ameaça aos mananciais de água potável existentes nas regiões onde estão sendo desenvolvidos projetos de extração do chamado gás de folhelho (*shale gas*). Para fraturar as rochas de xisto e delas retirar o combustível usa-se enorme quantidade de água sob grande pressão, misturada com areia e produtos químicos. Este processo pode causar irrecuperáveis danos ambientais, com consequências desastrosas sobre os mananciais hídricos e sobre o meio ambiente, em consequência do possível agravamento do efeito estufa, com projeção na atmosfera de gás metano, que é muito mais poluente do que o dióxido de carbono. Uma vez fraturada a rocha – para abri-la são necessários, em um só poço, 20 milhões de litros de água –, o gás e os produtos químicos poderão alcançar as águas

15 As referências ao processo de desertificação no mundo e no Brasil foram extraídas do artigo de autoria de MEMÉLIA MOREIRA – *Desertificação – o grito da terra*. In: *Ecologia e Desenvolvimento*. Ano 9, nº 76, Dez/Jan 2000, pp. 16/21

subterrâneas e a fontes. Isto, evidentemente, constitui um sério risco ambiental e fator que pode prejudicar, de forma irreparável, o fornecimento de água potável nas regiões em que se faz esse tipo de exploração. Os ambientalistas manifestam suas preocupações com o assunto, considerando, principalmente, a abundância de reservas desse gás em todo o mundo e os baixos custos de sua extração. Já há registro, nos Estados Unidos, de processos judiciais decorrentes da contaminação de fontes de água potável pelo *shale gás*. *Teme-se que tal situação possa levar ao abandono de pesquisas sobre fontes alternativas de energia limpa e sustentável.*

Na Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, Rio+20, que se realizou no Rio de Janeiro, em junho de 2012, a questão da água foi intensamente debatida, principalmente as considerações sobre elemento cultural como fator crucial na definição de políticas hídricas e no enquadramento da água como um direito humano. Entretanto, o texto da Declaração Final do evento, intitulado *O Futuro que Queremos* aprovado pelos Estados participantes, jogou para frente as decisões sobre os temas discutidos. As organizações representativas da sociedade civil que participaram do evento acusam o documento de estar muito aquém do espírito e dos avanços em matéria de sustentabilidade conquistados, desde a Rio 92, na medida em que jogou para o futuro as decisões que eram esperadas para garantir direitos humanos adquiridos e avanços na preservação e na recuperação socioambiental do Planeta. O dado positivo resultante da Rio+20 foi a decisão dos Estados e entidades participantes de aumentar os subsídios ao Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente – PNUMA.

3. A ÁGUA COMO *COMMODITY* E OS DIREITOS HUMANOS.

Em consequência da escassez de água doce prosperam nos mercados teses e propostas sobre a qualificação da água como *commodity*, sujeita, portanto, como qualquer outra mercadoria, aos humores do mercado global. A militância ambientalista, as organizações não governamentais e indivíduos preocupados com a defesa dos direitos humanos manifestam, com plena razão, sua repulsa a tal possibilidade, arguindo o princípio, segundo o qual, a água, por sua natureza, tem que ser vista como um direito humano, nos termos da Resolução 64/292, de 28 de julho de 2010, da Assembleia Geral das Nações Unidas. Este documento reconhece que o acesso à

água potável e ao saneamento básico constitui um direito humano essencial para o pleno desfrute da vida e de todos os outros direitos que são reconhecidos aos seres humanos. Nestes termos, exorta os Estados e as organizações internacionais a proporcionarem recursos financeiros que propiciem a transferência de tecnologia por meio da assistência e da cooperação internacionais, em particular aos países em desenvolvimento, com a finalidade de intensificar os esforços para proporcionar a todos o acesso, em condições econômicas razoáveis, à água potável e ao saneamento básico. Apesar de todos os esforços, conferências internacionais promovidas pela ONU e por organizações não governamentais, com o objetivo de melhorar as condições de acesso universal à água doce, nos últimos tempos a situação piorou substancialmente. A intensificação das atividades da agroindústria, a contaminação mineradora e o aproveitamento industrial dos cursos d'água em larga escala vêm alterando, de forma acelerada, o equilíbrio hidrológico. As grandes corporações transnacionais, que fornecem ou comercializam água no mundo – *Suez-Lyonaise des Eaux, Veolia Environnement, Nestlé, Coca Cola, Monsanto, Pepsi Cola* –, para citar apenas algumas dentre as maiores, reunidas no Conselho Mundial da Água procuram, com todo o seu poder, convencer os governos da premente necessidade da entrega, ao setor privado, da gestão da água no mundo. A privatização da água avança e é, neste contexto, que se coloca a questão da definição da água como *commodity*. Em recente entrevista ao *Blog Abadia Digital*, de Barcelona, 23/04/2013,¹⁶ o presidente da Nestlé, o austríaco Peter Brabeck, afirma que a água deveria ser privatizada e tratada como qualquer outro bem e, além disso, ter um valor de mercado estabelecido pela lei de oferta e da procura. A entrevista teve larga repercussão, considerando-se o fato de que a Nestlé lidera o mercado mundial de água engarrafada, atividade que representa um faturamento correspondente a 8% do seu capital de 68,5 bilhões de euros. Para ele a água, atualmente, está aquém do seu valor, fato que leva ao desperdício. Nessa direção, propõe que os Estados forneçam a cada pessoa 5 litros diários para beber e outros 25 para a higiene pessoal. Fora disso, a água consumida seria cotada segundo os valores de mercado. Conclui a entrevista fazendo carga contra as organizações não governamentais defensoras da água como direito humano.

¹⁶ <http://www.brasiledefato.com.br/node/12746>

Frederick Kaufmann¹⁷ professor da Universidade de Nova York, em artigo publicado na revista *Nature*, em novembro de 2012, adverte contra os perigos de um mercado global de futuros para a água. Os altos custos que seriam impostos à água a ser utilizada nas atividades agrícolas, e na produção de energia, levariam o preço dos alimentos a patamares absurdos. E, nessa perspectiva, o que pensar de um mercado de derivativos de água? Nessa matéria não se pode esquecer da chamada “água virtual” ou seja, aquela que se encontra embutida na produção de *commodities* e é exportada. Resta saber se essa água seria também cotada a preços de mercado e estaria sob o controle empresarial. Para se ter uma ideia, vejamos a quantidade de “água virtual” contida em um 1 quilo das seguintes mercadorias: de trigo, 1.300 litros de água; de milho, 900 litros; de arroz, 3.400; de carne bovina, 15.500 e de algodão, 11.000. Segundo o Jornal “O Globo”, edição de 22/01/2013, a Agência Internacional de Energia “estima que, pelo menos, 5% do transporte mundial serão movidos por biocombustíveis, em 2030. Em média, cada litro de etanol contém 18,4 litros de água”. Das 210 economias existentes no mundo, ao menos 160 são economias “importadoras” de água virtual. São poucas as economias nacionais possuidoras de significativo excedente de água para ser “exportado” em forma virtual. Nessa matéria destacam-se: Estados Unidos, Canadá, Austrália, Argentina, França e o Brasil. Nosso país é, em potencial, o maior “exportador” de água virtual do mundo. Diante do exposto, acredito que, por enquanto, apesar dos avanços na privatização da água em todo o mundo, não será possível sua comercialização como *commodity*, em razão dos custos de transporte, da necessidade de muita energia para movimentá-la em prováveis dutos a longa distância, além, evidentemente, das reações político-ideológicas das populações das regiões fornecedoras. Entretanto, comentando essa matéria com otimismo, Sergio Basserman diz que “o desenvolvimento de novas tecnologias e uma enorme redução desses custos de transporte podem tornar possível, em médio prazo, pensar na água doce como uma commodity”.¹⁸

17 <http://www2.correiobraziliense.com.br/sersustentavel/?p=7167>

18 <http://www.revistabrasileiros.com.br/2011/03/28/a-economia-da-agua/>

4. POSSÍVEIS CONFLITOS ENTRE ESTADOS DECORRENTES DE DISPUTAS SOBRE ÁGUA

Uma vez que as principais bacias hidrográficas do mundo são partilhadas por vários países, os analistas internacionais apontam para possíveis conflitos que poderão advir das tentativas de apropriação e controle dos rios, afluentes e fontes de água dessas bacias. “São numerosos os fatos que servem para exemplificar a complexidade das relações entre Estados que envolvem usos de recursos hídricos de água doce. Inicialmente, deve-se citar que há no mundo aproximadamente 260 bacias hidrográficas internacionais, ou seja, que ocorrem no território de dois ou mais Estados. Elas representam 60% da água doce de superfície da Terra. (...) Só na América Latina, há mais de 70 bacias hidrográficas compartilhadas por dois ou mais Estados”.¹⁹

Os conflitos ocasionados por disputas por recursos hídricos são agravados, muitas vezes, por rivalidades étnicas, nacionalismos exacerbados, pretensões hegemônicas, dominação econômica e cultural. E podem se dar entre regiões de um mesmo país, ocasionando guerra civil. Vamos apontar os potencialmente mais importantes. No Oriente Médio a Turquia desenvolve grandes projetos para ampliar a utilização industrial e agrícola das águas dos rios Tigre e Eufrates, que nascem em seu território. A construção da Represa Ataturk, no Eufrates, a quinta maior do mundo, e, atualmente, de um sistema de irrigação no sudeste turco, além dos citados projetos de irrigação, diminuem, consideravelmente, o volume do Tigre e do Eufrates, rios internacionais sucessivos, que atravessam os territórios da Síria e do Iraque, países que estão a jusante, e, por várias vezes, emitiram protestos diplomáticos ao governo turco relacionados ao assunto. Nos anos 80 Síria e Turquia quase foram à guerra. A Síria, desde então, passou a apoiar o movimento nacionalista curdo na Turquia. Por outro lado, a água está na centralidade do conflito entre israelenses e palestinos e, da mesma forma, com os sírios. O rio Jordão, que segundo Carlos Heitor Cony, “tem mais história do que água”,²⁰ nasce nas encostas do Monte Hermon, em território sírio ocupado por Israel, em 1967. Em razão disso, será muito difícil negociar a retirada israelense de Golã, pois parte da encosta Sul do Monte

19 BRZEZINSKI, op. cit. p. 2

20 Ver Folha de São Paulo, edição de 23/12/2007, 1º Caderno, Opinião, p. A-2.

Hermon situa-se nessa Colina. Um dos pontos que dificultam a retirada de Israel da Cisjordânia, além dos assentamentos de colonos israelenses, é o controle que o país exerce sobre a margem ocidental do Rio Jordão e sobre o Aquífero da Cisjordânia, manancial também controlado por Israel. Qualquer que seja o resultado da atual guerra civil na Síria, o problema de Golã estará posto. Como se sabe, na história dos conflitos entre Israel e a Jordânia a questão da água esteve em primeiro plano. Chove muito pouco na região. A média pluviométrica fica entre 250 mm e 400 mm, índices muito abaixo do necessário, considerando as realidades sociais e econômicas da região, para irrigar as plantações e fornecer água para o consumo humano. Nos anos 50 Israel desviou águas do Jordão e do Mar da Galileia, que é de água doce. Ambos mananciais fazem fronteira entre Israel, Cisjordânia e Jordânia. Vale acrescentar que o Kuwait é o único país do mundo que não tem fonte de água doce. O país consome água dessalinizada e água doce importada, principalmente do Canadá.

A propósito, a dessalinização da água do mar e de outros depósitos de água salgada, a exemplo do que acontece nas 7.500 usinas em operação no Golfo Pérsico, Espanha, Malta, Austrália, Gibraltar, Aruba e Curaçao, convertendo 4,8 bilhões de metros cúbicos de água salgada em água doce, por ano, se universalizada poderá se constituir em medida eficaz para minorar o problema. Isso, contudo, não será fácil. O alto custo dos equipamentos, da operação e manutenção do processo de dessalinização – US\$ 2,00 o metro cúbico –, torna, por enquanto, inviável a sua universalização.

Na África os países da bacia do Nilo, Tanzânia e Uganda, em cujos planaltos lacustres nasce esse rio, o Sudão e o Egito, a cada dia, dependem mais destas águas para a irrigação das plantações de algodão, e aproveitamento hidroelétrico. Além do Nilo, nascem na Tanzânia outros dois grandes rios africanos: o Congo e o Zambese. Apesar disso, o país dispõe de poucos cursos d'água permanentes, e a seca, há anos, castiga o leste do seu território. O Sudão, por sua vez, depende das águas do Nilo para irrigar plantações de algodão, seu principal produto de exportação. Os conflitos na região surgiram após a construção da represa de Assuã, em 1970, que inundou grande parte do território sudanês. O Egito não admite qualquer obra no Sudão que possa diminuir o fluxo do Nilo. Em 1994 quase foi a guerra com o Sudão por causa da construção de uma

represa. Da mesma forma, o Egito tem procurado impedir projetos de aproveitamento do Nilo em território da Etiópia, país que vem enfrentando secas periódicas e que registra a mais alta temperatura média do mundo (entre 34 e 49 graus Celsius), e apresenta altíssima taxa de crescimento demográfico, com uma população estimada, em 2012, em 93.815.992 habitantes. O Rio Okavango, único rio perene numa região de secas que muitas vezes duram anos, composta por Angola, Namíbia e Botsuana, poderá estar no centro de disputas entre esses países.

Na Europa Central poderão surgir sérias disputas entre as oito nações que são banhadas pelo Danúbio, rio formado por 300 afluentes que nascem nesses países. A Hungria e Eslováquia se estranham por causa de contaminação do Danúbio em suas fronteiras. Pelo mesmo motivo, Alemanha e República Checa em relação ao rio Elba. Hungria e Romênia alimentam uma controvérsia em torno do desvio de águas do rio Szamos.

Na América do Sul, em 1995, durante os meses de janeiro e fevereiro Peru e Equador foram à guerra pelo controle da região da bacia do Rio Cenepa. Foi um conflito localizado na fronteira entre os países, zona de difícil acesso. Ambos os Estados reivindicam vitória. O conflito foi resolvido pela mediação conjunta de Brasil, Chile, Argentina e Estados Unidos. Devemos nos recordar dos problemas diplomáticos que tivemos com o governo militar argentino à época da construção da hidrelétrica de Itaipu.

Na Ásia, na península indiana, apesar das grandes bacias do Ganges e Brahmaputra, rios que nascem no Himalaia, banham a Índia e se encontram na fronteira com de Bangladesh, aproximadamente 500 milhões de pessoas passam por escassez de água potável. A região vive dois extremos; muita chuva durante curto período das monções e uma prolongada seca no resto do ano. O governo indiano construiu uma represa no rio Ganges, próxima da fronteira com Bangladesh, justamente no ponto em que o rio se divide formando um braço que banha Calcutá e deságua no golfo de Bengala. A represa foi construída para facilitar a navegação no porto de Calcutá na estação seca. A água retida pela represa de Faraka é, em boa parte, responsável pela seca em Bangladesh. Na estação chuvosa as águas são liberadas, causando enchentes no país. Esta situação compromete as relações entre os dois Estados. As análises prospectivas sobre a segurança no sul da Ásia indicam a possibilidade de guerra, na região, motivada por questões

relativas à água. Em fevereiro de 2011, o Senado americano publicou um relatório intitulado *Evitar as guerras da água*, centrado nos riscos de possível conflito entre o Paquistão e o Afeganistão. Vejamos o que escreve, sobre a potencialidade de conflitos na Ásia, o jornalista Frédéric Bobin, em reportagem no *Le Monde*:

O estudo faz parte de uma literatura já abundante sobre o aumento de conflitos geopolíticos causados pelo rareamento dos recursos hídricos em uma região onde o triângulo Paquistão-Índia-China já é eminentemente instável. Expostos a necessidades crescentes em energia, os Estados agregados em torno do Himalaia – sobretudo a China e a Índia entre as economias emergentes – embarcaram em ambiciosos projetos de barragens hidrelétricas, causando tensões inevitáveis com os países situados na direção da foz. O aquecimento climático e seu impacto sobre o derretimento das geleiras himalaias, que aumenta os riscos de inundação a curto prazo, contribuem para as preocupações locais. A Índia se situa no centro desse quebra-cabeça “hidropolítico”. Se dissecarmos suas brigas com seus vizinhos, a divisão das águas do Himalaia aparece como uma grande fonte de atritos. (...) As cerca de 30 barragens construídas por Nova Déli – ou em vias de serem – alimentam as piores acusações no Paquistão, sobretudo de determinados grupos jihadistas que lançam ameaças terroristas sobre o tema: “a água ou o sangue”. Os recursos de água têm rareado nos dois países: a média disponível por habitante caiu para 1.700 metros cúbicos na Índia e para 1.000 metros cúbicos no Paquistão. Isso explica o problema da distribuição de água do rio Indo e de seus cinco afluentes, que atravessam a **Caxemira** indiana antes de irrigar a planície do **Punjab** paquistanês.²¹

Por sua vez, a questão da água na China é muito grave. A Bacia do Yang-Tsé está sendo explorada acima dos níveis considerados sustentáveis. Os rios chineses e os lençóis freáticos estão poluídos por produtos químicos principalmente no sul, onde se localizam as poderosas instalações industriais da China. No norte chove muito pouco, fato que agrava a escassez, pois a água existente vai quase toda para a irrigação dos campos. Há um potencial conflito com a Índia em decorrência dos seus projetos de aproveitamento industrial e agrícola do Rio Brahmaputra, que nasce no Tibete e lá recebe o nome de Yarlung Zangbo.

21 Reportagem publicada no *Le Monde*, reproduzida pelo *Portal Uol*, em 13/03/2012.

No continente americano, a mais recente controvérsia gira em torno da disputa entre Argentina e o Uruguai, no caso da fábrica de celulose nas margens do Rio Uruguai, ou Caso da Papeleiras. O Tratado celebrado entre a Argentina e o Uruguai, em 7 de abril de 1961, ajustou os problemas de fronteiras no rio Uruguai entre os dois países (art. 1 a 4). O documento trata também do regime de navegação do rio. O artigo 7 dispõe sobre o regime de uso do rio Uruguai, inclusive sobre recursos vivos e prevenção da poluição. Esse Tratado desdobrou-se no Estatuto do Rio Uruguai, assinado em 26 de fevereiro de 1975, e na criação da Comissão Administrativa relativa ao mesmo curso d'água. Em fevereiro de 2003, o governo uruguaio autorizou a empresa espanhola ENCE - Empresa Nacional de Celulose de Espanha a construir uma fábrica de celulose na margem esquerda do rio Uruguai, departamento de Rio Negro. No outro lado da fronteira argentina localiza-se a região de Gualeguaychú. Em novembro de 2005, começaram as obras preparatórias para a construção da fábrica espanhola. Em setembro de 2006, a ENSE informou sua desistência de construir na fábrica naquele local. A empresa finlandesa Botnia, em fevereiro de 2005, foi autorizada pelo governo uruguaio a construir uma fábrica de celulose, denominada Orion, em local abaixo e próximo do ponto onde seria a fábrica espanhola. A Orion entrou em funcionamento em novembro de 2007 e, além disso, conseguiu do governo uruguaio autorização para construir no rio um porto exclusivo. A Argentina notificou o governo uruguaio asseverando que não concordava com a construção da fábrica, pois, tal como erguida, a instalação violava dispositivos do Estatuto do Rio Uruguai, principalmente o artigo 41, relativo ao equilíbrio ecológico na região. Em seguida, entrou com um pedido de medida provisória na Corte Internacional de Justiça para sustar o funcionamento da Orion. As relações entre os dois países, que nunca foram muito estreitas, ficaram estremecidas. O Uruguai contestou as alegações argentinas na audiência de 2 de outubro de 2009, na Haia. Estabelecido o contencioso, o caso acabou sendo resolvido pela Corte da seguinte forma: concluiu que o Uruguai errou ao tomar a decisão unilateral de instalação da planta, pois, com isso, violou o Tratado assinado entre os dois países, em 1975, o qual estabelecia consultas recíprocas sobre qualquer projeto no Rio Uruguai. Este fato, para a Corte, não foi considerado suficiente para mandar parar a fábrica, como queriam os argentinos, tendo em vista que a mesma não está poluindo. Decidiu que a instalação

seguiria funcionando, porém, com suas ações sendo monitoradas pelos dois países, de acordo pelo estabelecido pelo tratado de 1975. A decisão deixou satisfeito o governo argentino. Contudo, os habitantes de Gualeguaychú protestaram contra o resultado. Queriam o fechamento da fábrica.

5. A QUESTÃO DO ACESSO À ÁGUA NO BRASIL.

Em nosso território estão as duas maiores bacias hidrográficas do mundo: a do Amazonas e a do Prata. Na Amazônia brasileira está o maior volume de água doce disponível do mundo. Temos, portanto, 12% da água doce do mundo. Contudo, nosso problema está na distribuição dessas águas. Os Estados da Bacia do Amazonas – Amazonas, Amapá, Acre, Rondônia, Roraima, parte do Pará e do Mato Grosso, correspondem a 45% do território brasileiro e a 81% de nossa riqueza hídrica. O processo de ocupação e de urbanização do Brasil concentrou nossa população em áreas menos providas de mananciais de água doce. Doze 12 milhões de brasileiros não têm acesso adequado ao abastecimento de água. Moradias sem água somam 4,2 milhões e, além disso, o consumo é muito desigual. “Enquanto no Rio de Janeiro uma pessoa gasta 236 litros de água por dia, o consumo per capita em Alagoas é de 91 litros. Em São Paulo, 185 litros.²² Vale lembrar que no Canadá um cidadão usa em média 600 litros d’água. Voltando ao processo de urbanização brasileiro, informa um estudo da ANA – a Agência Nacional da Água, que o consumo na Região Metropolitana de São Paulo, onde estão concentrados 10,4% da população brasileira, é 4,3 vezes maior do que a água disponível. A cidade São Paulo não foi criada longe dos mananciais de água. Muito ao contrário. Os rios Tietê, Pinheiros, Tamanduateí e Anhangabaú eram caudais suficientes para abastecer a cidade. Hoje são dois grandes esgotos a céu aberto. Sofreram, ao longo dos anos, enorme pressão causada pela desvairada urbanização, pela industrialização e a poluição de suas águas por poluentes de todas as espécies que degeneram criminosamente suas águas.²³

Nas grandes cidades do nordeste o problema está localizado na falta de saneamento básico, situação que leva poluentes para os poços e águas subterrâneas usados para abastecê-las. Dados do Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento demonstram que apenas

22 CARVALHO, op. cit. pp. 22/24

23 *Ibidem*

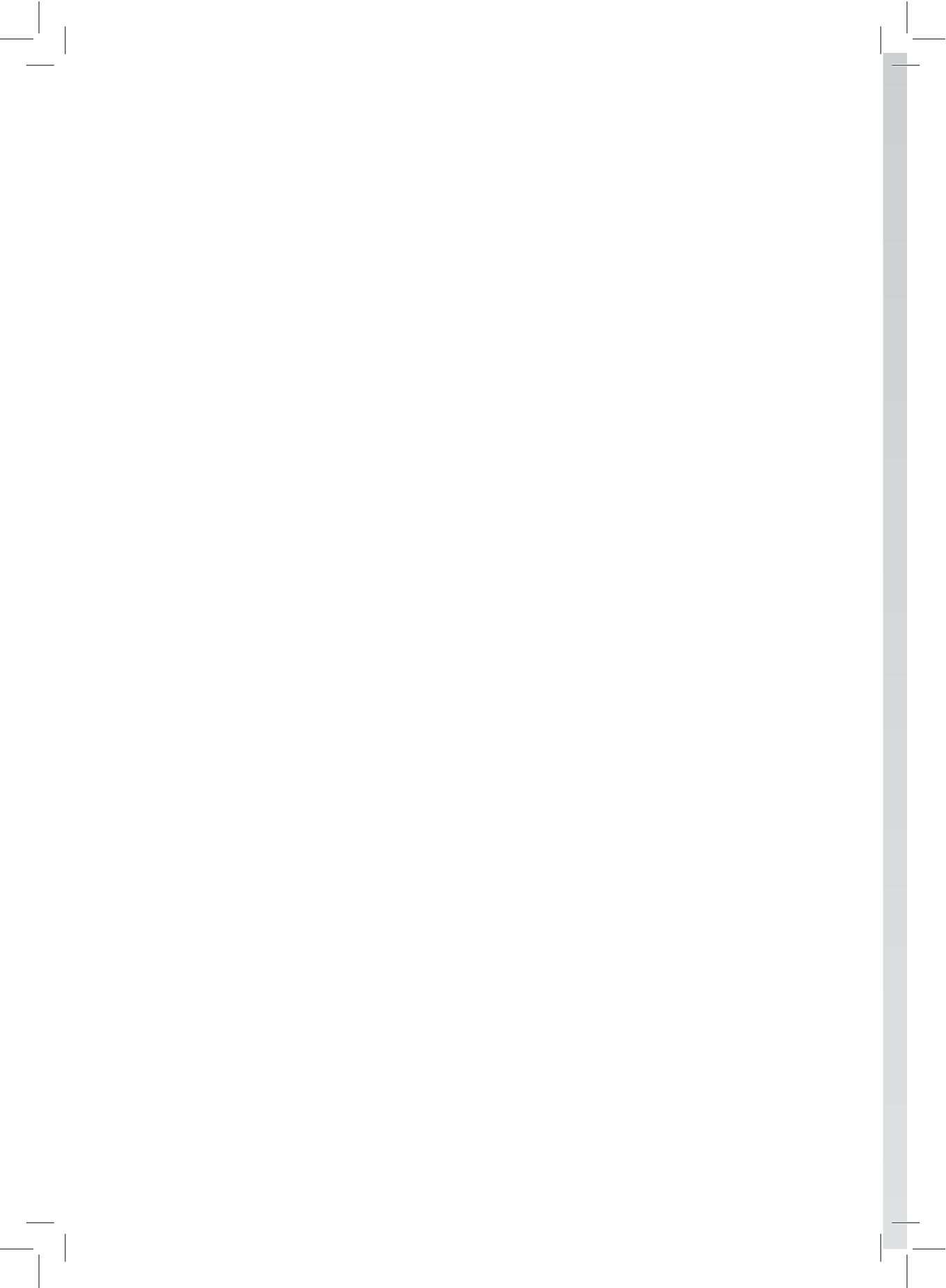
53,5% da população urbana brasileira têm acesso à coleta de lixo e 37,8 de tratamento de esgotos. Além disso, outros dados mostram que os sistemas de abastecimento de água no Brasil são de tal ordem deficientes que, em cada 10 litros, perdem-se 36. Em municípios como Duque de Caxias, Porto Velho, Cuiabá e Rio Branco a perda é de 60%. ANA trabalha para reduzir estes índices para 13%. E, para concluir, dados do Ministério das Cidades expressam que 30,3 milhões de brasileiros receberam em suas residências água que não atendia aos padrões de potabilidade estabelecidos pelo Ministério da Saúde e pela Organização Mundial da Saúde. Em tempo: A Agência Nacional de Águas, vinculada ao Ministério do Meio Ambiente, foi criada, em 2000, com a finalidade implementar a política nacional de recursos hídricos, instituída pela Lei nº 9.433, de 8 de janeiro de 1997, conhecida também como Lei das Águas – instrumento legal inspirado no modelo francês, que permite a gestão participativa e descentralizada dos recursos hídricos. O que se espera desta Agência é que ela, de fato, cumpra sua função e, com isso, atenuar os problemas de acesso das populações à água de qualidade e tenha uma participação gestora realmente competente para auxiliar na solução do problema crônico de *estresse hídrico* no semiárido brasileiro. O problema de abastecimento de água no Brasil não é, portanto, devido à falta de recursos hídricos. Além do problema derivado da localização dos nossos grandes mananciais, que estão distantes das regiões mais densamente povoadas, não temos uma gestão competente desses recursos e, muito menos, políticas públicas adequadas, responsáveis e eficientes.²⁴

6. CONCLUSÕES

Concluimos estas notas afirmando que não devemos ser excessivamente pessimistas nessa matéria, apesar de tudo. Para tanto, basta-nos uma mirada no exemplo de Israel que, classificado como país pobre em recursos hídricos, faz reuso da água, direcionando 70% dos esgotos domésticos tratados para a agricultura, exporta tecnologia sobre o uso racional e eficiente de poucos recursos hídricos, mostrando ao mundo que o problema de escassez de água é, em muitos aspectos, de origem humana, com forte conotação político-

24 Sobre os temas tratados no presente artigo, especialmente a questão da água no Brasil (páginas 39/59), as lições de ALDO REBOUÇAS, em sua obra citada, serviram-nos de importante fonte de consulta. Recomendamos sua leitura.

econômica. A situação no Brasil, acima descrita, demonstra esta assertiva. A falta de políticas públicas adequadas à solução da escassez hídrica em nosso país, quadro de incompetência que vem da época do Brasil/Império, antes mais grave nas regiões mais pobres, como o norte e do nordeste, agora também atinge o rico sudeste, como ocorre atualmente em São Paulo e no Rio de Janeiro. O padecimento de grande parte da população brasileira em decorrência da falta de água potável e de saneamento básico constitui uma grave violação dos direitos humanos, portanto, inaceitável desrespeito aos direitos fundamentais e à dignidade da pessoa humana.



REVISITANDO PASÁRGADA: IGUALDADE, NÃO DISCRIMINAÇÃO E SUBINTEGRAÇÃO NA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Bárbara Pincowska Cardoso Campos

Mestre em Direito pela Universidade de Brasília (2012); bacharel em Relações Internacionais (UnB, 2005) e bacharel em Direito (Centro Universitário de Brasília, 2011); Gerente de Projetos da Secretaria Executiva do Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome.

Carina Calabria

Mestre em Direito (UnB, 2014); Doutoranda em Direito (University of Manchester, 2014); Membro do projeto “The Sociology of the Transnational Constitution”, financiado pelo Conselho de Pesquisa Europeu.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Em sua tese de doutoramento, Boaventura de Souza Santos faz referência ao verossímil sistema jurídico de uma comunidade inspirada em observações realizadas durante a década de 1970 em favelas cariocas. O autor descreve a suposta situação de pluralismo jurídico advinda de assimetrias no acesso à justiça por parte de setores da sociedade estruturalmente excluídos. Sob sua construção, desigualdade e discriminação extremas conduziriam a instituição de sistemas de justiça paralelos. A irônica denominação de Pasárgada a esta comunidade contrasta o contexto de subintegração em concreto do grupo de indivíduos observados com a sobreintegração¹ em abstrato do poema de Manuel Bandeira. Sendo causa e consequência

1 O conceito de subintegração é definido por Neves sob a condição de uma relação assimétrica com o ordenamento jurídico. De acordo com o autor, indivíduos subintegrados são aqueles que têm direitos subtraídos, mas não estão excluídos totalmente da ordem jurídica uma vez que permanecem sujeitos a obrigações legais. O conceito é contraposto à ideia de sobreintegração, em que acontece exatamente o oposto: indivíduos são subtraídos de determinadas obrigações, mas permanecem usufruindo de direitos. Ao propor os termos, Neves discorda de Boaventura ao perceber todos indivíduos como parte de um mesmo sistema jurídico. Cfr. NEVES,

recíprocas, edificam um círculo vicioso que dificulta a integração social plena. De certa maneira, o desenvolvimento hermenêutico recente da Corte Interamericana de Direitos Humanos (doravante Corte) dos artigos 1.1 e 24 da Convenção Americana de Direitos Humanos (doravante Convenção) pode ser considerado como uma chegada atrasada àquela Pasárgada².

Com base nesse cenário e na relação intrínseca entre os supracitados dispositivos e os limites estabelecidos pelo princípio da dignidade da pessoa humana, este texto busca analisar os meandros de enclaves regionais de subintegração e consequente desigualdade. Trata-se de um esforço de confrontar construções normativas, em sua forma abstrata, com a realidade, sem que seja perdido o seu vigor jurídico. Trata-se também de questionar possíveis deslizamentos, saltos argumentativos ou progressos produzidos por meio da argumentação legal efetuada pela Corte na matéria.

A intenção é explorar, sob o contexto interamericano, como o conceito de “não discriminação”, de maneira independente e conjugado à noção de igualdade, tem sido definido normativamente, considerando o plano abstrato de normas positivadas textualmente e o plano hermenêutico. Será realizada, com esta finalidade, uma leitura crítica da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos referente aos artigos em questão.

Este texto está dividido em três seções. A primeira situará a noção de igualdade e não discriminação no contexto textual-normativo, focando-se nas previsões convencionais, em comparação com outros instrumentos de Direito Internacional dos Direitos Humanos. Serão feitas uma distinção dos mencionados artigos e uma averiguação de possíveis conflitos normativos existentes no âmbito textual. Os trabalhos preparatórios da Convenção servirão como guia para a

Marcelo. Entre Subintegração e Sobreintegração: A Cidadania Inexistente. *Dados: Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, Iuperj, v. 37, n. 4, pp. 253-276, 1994.

2 Uma versão em português condensada, intitulada “Notas sobre a História Jurídico-Social de Pasárgada” está disponível em <http://derecho.posgrado.unam.mx/congresos/cursoboaventura/boavpassar.pdf>. Na versão online, o autor explica que “[e]ste estudo, cuja pesquisa de campo foi realizada no verão de 1970, constituiu uma tese de doutoramento apresentada na Universidade de Yale (U. S. A.) em 1973 e intitulada *Law Against Law: Legal Reasoning in Pasargada Law*. Foi publicado pelo Centro Inter-cultural de Documentación de Cuernavaca (México) em 1974. Uma versão bastante reduzida e revista foi publicada sob o título “*The Law of the Oppressed: The Construction and Reproduction of Legality in Pasargada*” em *Law and Society Review*, vol. 12 (1974), pp. 5-126”.

contraposição de intenções legislativas, debates ocorridos durante a elaboração e distribuição textual dos princípios e seu desvelamento subsequente. A segunda seção explorará o desenvolvimento hermenêutico-concreto destas mesmas noções. Será realizado um exame das decisões da Corte e de seus relatórios anuais, com destaque à seção que elenca os desenvolvimentos legais de artigos convencionais específicos, reafirmando entendimentos consolidados regionalmente. A terceira e última seção realizará uma análise crítica desse suposto desenvolvimento e delineará desafios remanescentes ao tema, ao mesmo tempo em que tecerá considerações finais ao artigo.

2. DEFINIÇÕES NORMATIVAS

Revisitando tratados internacionais de direitos humanos, nota-se que o princípio da igualdade e não discriminação se faz presente nos principais instrumentos normativos dos sistemas global e regionais, o que já sinaliza a importância e o lugar que ocupa no Direito Internacional dos Direitos Humanos. Não se encontra uma redação única relativa à proibição da discriminação. Expressões como “igual proteção”, “condições de igualdade”, “sem distinção”, “sem discriminação”, por vezes usadas como sinônimos, são algumas das roupagens encontradas nas declarações e tratados de direitos humanos à noção de igualdade e não discriminação. Aliás, talvez a principal delas – e que passa despercebida – são as normas que garantem direitos a “toda pessoa”.

Em função dessas diferentes estruturas linguísticas e da relação guardada com os demais direitos constantes em um instrumento específico, tem-se categorizado esse princípio, em geral, em 3 tipos de cláusulas (CHIRIBOGA, 2012). A primeira, apelidada de *cláusula subordinada de igualdade*, traz essa noção como uma garantia vinculada a cada um dos direitos previstos em determinado tratado de direitos humanos, de que o art. 1.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos é um dos melhores exemplos. A segunda, *cláusula autônoma*, refere-se à igualdade como um direito independente, cuja violação não depende de que esteja em risco outro direito ou liberdade reconhecida no tratado. Essa garantia autônoma de não discriminação está presente no art. 26 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, que encontra correlato em normas dos sistemas regionais de direitos humanos, como se verá adiante. Por fim, há um terceiro conjunto de cláusulas, conhecidas

como *incorporadas*, por consagrar esse princípio na formulação de um direito protegido. Aqui, é possível encontrar um amplo leque de normas nos tratados internacionais, o que faz desse princípio um dos pilares fundamentais para a proteção dos direitos humanos tanto no Direito Internacional como no interno.

Historicamente, o surgimento do princípio de não discriminação remonta às modernas declarações de direitos de fins do século XVIII. Naquele contexto, à luz das ideias de Locke, Rousseau e Montesquieu, começava a nascer o modelo de Estado liberal, diante da necessidade de se limitar o poder das monarquias absolutas. Emerge, então, a noção mais clássica de igualdade formal, no sentido de que a lei deve ser aplicada de forma similar a todos os indivíduos, independentemente de suas características. Essa ideia foi posteriormente traduzida como “igualdade perante a lei” nos tratados internacionais contemporâneos.

Considerado o contexto internacional, o ponto de partida se situa na Convenção nº 111 da Organização Internacional do Trabalho relativo à discriminação em matéria de emprego e ocupação, de 1958, primeiro instrumento internacional que trouxe uma definição explícita de discriminação.³ A Declaração Universal de Direitos Humanos (1948), documento inspirador de demais tratados de direitos humanos, traz essa noção em diversos dispositivos, com destaque ao artigo 2º, ao prever que, em relação ao gozo dos direitos nela elencados, não deve haver distinção alguma, nomeadamente de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou outra, origem nacional ou social, de fortuna, nascimento ou *qualquer outra circunstância* – termo que sinaliza um rol não taxativo. Acrescenta ainda que “não será feita nenhuma distinção fundada no estatuto político, jurídico ou internacional do país ou do território da naturalidade da pessoa,

3 Sobre o conceito de discriminação, dispõe o art. 1.1 do referido tratado:

a) toda distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidade ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão;

b) qualquer outra distinção, exclusão ou preferência que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou tratamento em matéria de emprego ou profissão que poderá ser especificada pelo Membro interessado depois de consultadas as organizações representativas de empregadores e trabalhadores, quando estas existam, e outros organismos adequados.

seja esse país ou território independente, sob tutela, autônomo ou sujeito a alguma limitação de soberania”.⁴

Essa noção reaparece nos principais instrumentos do sistema das Nações Unidas que se seguiram, ainda que nem sempre sob a mesma fórmula. Os dois Pactos de 1966 trazem o comando aos Estados de respeito e garantia dos direitos neles reconhecidos, sem discriminação, elencando os motivos que a proíbem.⁵ No caso do Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos, como já se mencionou, há um artigo autônomo – o art. 26 – que consagra o direito, sem discriminação alguma, à igual proteção perante a lei.

Além dos Pactos, o princípio tem espaço nas convenções sobre direitos humanos relativas a grupos específicos – crianças, trabalhadores migrantes, pessoas com deficiência, mulheres e grupos raciais e étnicos.⁶ Os dois últimos casos – o da Convenção relativa à Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW, na sigla em inglês) e da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (CERD, em inglês) – se destacam não apenas por ser o combate à discriminação a principal finalidade desses tratados, mas também porque estabelecem explícita e diretamente o conceito de discriminação. E o fazem nos seguintes termos:

[...] a expressão “discriminação contra a mulher” significará toda distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo e que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício pela mulher, independentemente de seu estado civil, com base na igualdade do homem e da mulher, dos direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo (CEDAW, art. 1º).

4 Também os artigos 1º, 7º, 10, 16 e 23 da Declaração Universal incorporam o princípio da igualdade e não discriminação.

5 Ambos os tratados apontam, no art. 2º, os seguintes motivos: raça, cor, sexo, idioma, religião, opinião política ou de outra índole, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

6 Com destaque aos art. 2º da Convenção sobre Direitos das Crianças, art. 7º da Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e Membros de suas Famílias e do art. 5º da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. Essa última traz também uma definição de discriminação no art. 2º.

[...] a expressão “discriminação racial” significa qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência fundadas na raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tenha por fim ou efeito anular ou comprometer o reconhecimento, o gozo ou o exercício, em igualdade de condições, dos direitos humanos e das liberdades fundamentais nos domínios político, econômico, social, cultural ou em qualquer outro domínio da vida pública (CERD, art. 1.1).

Em relação ao conceito abstrato de não discriminação, a Corte Interamericana tomou por base exatamente essas duas definições para concluir que “discriminação é toda distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada nos motivos proibidos que tenha por objeto ou por resultado anular o menosprezar o reconhecimento, gozo ou exercício, em condições de igualdade, dos direitos humanos e liberdades fundamentais nas esferas política, econômica, social, cultural ou em qualquer outra esfera”⁷.

Sob o contexto europeu, o estudo sobre o princípio de igualdade e não discriminação passa, necessariamente, pelo art. 14 da Convenção Europeia para Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais (1950)⁸ e pela decisão paradigmática da Corte Europeia sobre Direitos Humanos conhecida como *Caso Linguístico Belga*, por registrar a primeira manifestação desse Tribunal sobre a matéria. Nesse caso, a Corte Europeia precisou que a violação ao art. 14 se dá quando o tratamento diferenciado não se baseia em fins legítimos ou quando não guarda relação de proporcionalidade entre os meios empregados e os objetivos pretendidos.⁹ A necessidade de legitimidade e de justificativa objetiva e razoável passou a compor a tríade de critérios usados, na jurisprudência internacional, para se aferir a discriminação.

Perante o sistema africano, o que se destaca é o lugar ocupado pela cláusula autônoma de não discriminação na Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos (1981), respectivamente no art. 3º,

7 Corte IDH. Relatório Anual 2014. OEA/Ser.L/V/II.147. Doc.1, adotado em 2015, pp. 59-60 (tradução das autoras).

8 A Convenção Europeia conta também com um Protocolo – o de nº 12, em vigor desde 1º de abril de 2005 – que proíbe a discriminação a respeito do gozo de qualquer direito estabelecido por lei.

9 Corte Europeia de Direitos Humanos, *case “relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium” vs. Belgium*, jul. 1968, parágrafo 34.

antes mesmo do direito à vida, previsto no art. 4º.¹⁰ Além disso, a Carta Africana tem uma gramática voltada ao direito dos povos, ao contrário das convenções europeia e americana, centradas no indivíduo. Seguindo essa perspectiva, a Carta inova ao explicitamente prever o direito dos povos à igualdade. É o que diz o art. 19, ao se referir a que “os povos são iguais, gozam da mesma dignidade e têm os mesmos direitos. Nada pode justificar a dominação de um povo por outro”.

Por fim, diante do contexto regional interamericano, pode-se explorar o princípio da igualdade e não discriminação a partir dos 3 principais instrumentos deste sistema, quais sejam, a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (1948), a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969) e o seu Protocolo Adicional em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1988) ou Protocolo de San Salvador.¹¹

É interessante pontuar que nenhum deles contém uma definição de discriminação, razão pela qual se utiliza a referência das duas convenções especializadas na matéria (CEDAW e CERD). Em realidade, a única norma produzida pelo sistema de proteção regional interamericano que inclui essa definição é o art. 1.2 da Convenção Interamericana para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra Pessoas com Deficiência:

O termo “discriminação contra as pessoas portadoras de deficiência” significa toda diferenciação, exclusão ou restrição baseada em deficiência, antecedente de deficiência, consequência de deficiência anterior ou percepção de deficiência presente ou passada, que tenha o efeito ou propósito de impedir ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício por parte das pessoas portadoras de deficiência de seus direitos humanos e suas liberdades fundamentais.

Conquanto o silêncio dos tratados constitutivos do sistema interamericano no que concerne a uma definição mais específica

10 O art. 2º da Carta traz também a proibição geral da discriminação, ao dispor que toda pessoa tem direito ao gozo dos direitos e liberdades nela reconhecidos, sem nenhuma distinção. O art. 3º refere-se à igualdade perante a lei e à igual proteção da lei, similar à redação dada aos arts. 26 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e do art. 24 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, tidos como direitos “autônomos”.

11 Com destaque aos art. 2º da Declaração Americana, art. 24 da Convenção Americana e os arts. 2º e 3º do Protocolo de San Salvador.

dos princípios referidos tenha obstruído uma maior exatidão, o uso de outros instrumentos internacionais, de direito comparado e da construção progressiva de uma jurisprudência correlata tem desvelado nuances mais concretas de práticas de discriminação e desigualdades regionais e dos limites imperativos à sua reprodução e prática sistemática. Entretanto, antes de seguir ao exame da jurisprudência da Corte Interamericana nessa matéria, é necessário explorar o conteúdo das normas da Convenção que encerram esse princípio.

2.1 Previsões convencionais

Uma leitura inicial do texto da Convenção Americana nessa matéria nos leva imediatamente a dois artigos principais: o art. 1.1, relativo à obrigação, por parte dos Estados, de respeitar e garantir os direitos nela previstos, sem discriminação, e o art. 24, como cláusula autônoma, que consagra o direito à igualdade perante a lei. No entanto, ao se buscar as normas que incorporam esse princípio na Convenção (ou cláusulas incorporadas), é possível observar que o texto convencional traz a noção de não discriminação em, ao menos, outros 5 pontos: os art. 8.2 (garantias judiciais),¹² 13.5 (liberdade de pensamento e de expressão),¹³ 17.2, 17.4 e 17.5 (proteção da família)¹⁴ e 27.1 (suspensão de garantias).¹⁵

12 O art. 8.2 da Convenção elenca um conjunto de garantias mínimas a que “durante o processo, toda pessoa te[n]ha] direito, em *plena igualdadade* [...]” (grifo das autoras).

13 Prevê o art. 13.5 que “[a] lei deve proibir toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitamento à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência”.

14 O art. 17, ao tratar do direito à proteção da família, assim estabelece nos itens 2, 4 e 5:

“2. É reconhecido o direito do homem e da mulher de contraírem casamento e de constituírem uma família, se tiverem a idade e as condições para isso exigidas pelas leis internas, na medida em que não afetem estas o princípio da não-discriminação estabelecido nesta Convenção. [...]

4. Os Estados-partes devem adotar as medidas apropriadas para assegurar a igualdade de direitos e a adequada equivalência de responsabilidades dos cônjuges quanto ao casamento, durante o mesmo e por ocasião de sua dissolução [...].

5. A lei deve reconhecer iguais direitos tanto aos filhos nascidos fora do casamento, como aos nascidos dentro do casamento.”

15 Nos termos do art. 27.1: “[e]m caso de guerra, de perigo público, ou de outra emergência que ameace a independência ou segurança do Estado-parte, este poderá adotar as disposições que, na medida e pelo tempo estritamente limitados

É interessante pontuar que, durante os trabalhos preparatórios da Convenção Americana, sinalizou-se uma preocupação de não repetir o conceito ao longo do instrumento “posto que sua repetição em qualquer artigo específico tende a debilitar a aplicação de tal princípio em outros artigos em que se menciona”. (OEA, 1969, p. 65). A solução encontrada para evitar o desgaste foi o uso de expressões substitutivas como “plena igualdade” ou “equivalência de responsabilidades”. Ao mesmo tempo, havia uma ressalva à preocupação das delegações presentes à Conferência Especializada Interamericana de não repetir em demasia o princípio de não discriminação na Convenção: “a menos que sua omissão se interprete no sentido de debilitar sua aplicação em artigos onde não se menciona”. Embora a proposta construída pelo Grupo de Trabalho a cargo de propor a Convenção ao então art. 16.2 (atual art. 17.2) dispusesse inicialmente que o direito do homem e da mulher de contraírem matrimônio e de fundarem uma família “será reconhecido de acordo com as condições razoáveis estabelecidas por lei”, a versão definitiva contempla expressamente a obrigação de conformidade com o princípio de não discriminação contemplado na Convenção (OEA, 1969, p. 63).

Quanto ao artigo 1.1 da Convenção, aqui está a conhecida obrigação geral de respeito aos direitos humanos nela consagrados, amparada na noção de *pacta sunt servanda*:

1.1 Os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, *sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social*.¹⁶ (Segunda parte com grifo das autoras)

Essa norma compõe, junto com o art. 2º (dever de adotar disposições de direito interno), os dois deveres gerais a cargo dos Estados em relação a cada um dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção, tanto que formam um capítulo específico na Convenção

às exigências da situação, suspendam as obrigações contraídas em virtude desta Convenção, desde que tais disposições não sejam incompatíveis com as demais obrigações que lhe impõe o Direito Internacional e não encerrem discriminação alguma fundada em motivos de raça, cor, sexo, idioma, religião ou origem social.”

¹⁶ Esse artigo também está previsto no art. 3º do Protocolo de San Salvador.

intitulado “Enumeração de Deveres”. Assim, ao lado desse dever de *respeito* e *garantia*, está a obrigação dos Estados, prevista no art. 2º, de adequar o seu direito interno às normas internacionais, seja eliminando eventuais insuficiências em sua legislação, seja harmonizando os dispositivos internos com direitos consignados na Convenção, de modo a torná-los efetivos. Afirma-se que essa dupla de artigos, inclusive pela inter-relação que guardam entre si, forma a base sobre a qual repousa toda a teoria da responsabilidade do Estado por violações a direitos humanos à luz da Convenção:

[...] Desde el inicio de su jurisprudencia la Corte IDH ha abordado, con especial cuidado, lo relativo a la ‘obligación’ de cumplimiento de los derechos humanos. En su primera sentencia sobre el fondo, en el Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras (1988), sostuvo que el artículo 1.1 del Pacto de San José es fundamental para determinar si una violación de los derechos humanos reconocidos por la Convención Americana puede ser atribuida a un Estado; y especificó la existencia de dos obligaciones generales en materia de derecho internacional de los derechos humanos que se derivan de lo dispuesto por dicho precepto: la obligación de ‘respetar’ y la obligación de ‘garantizar’ los derechos (MACGREGOR; MÖLLER, 2014, p. 47).

De maneira geral, tem-se destacado a importância do art. 1.1 no campo da responsabilidade dos Estados, em função do conteúdo trazido na primeira parte: o dever de *respeito* e *garantia*. Na jurisprudência da Corte Interamericana, todas as vezes que o Estado descumpre obrigações específicas derivadas de cada direito protegido pela Convenção, emerge sua responsabilidade internacional, fundamentada nesse artigo. Isso significa dizer que a obrigação geral de respeitar e garantir direitos do referido artigo não pode ser objeto de uma violação autônoma, mas deve ser lida (e declarada descumprida) em relação aos direitos substantivos da Convenção.¹⁷

No entanto, não se pode desprezar que esse dispositivo contém, além dessa obrigação de respeito e de garantia, uma terceira obrigação: a de não discriminar. Embora esse artigo seja ponto de partida para se explorar a noção de igualdade e não discriminação na Convenção – justamente por trazer o comando de não discriminar em função dos motivos nele elencados –, a ênfase dos desenvolvimentos

¹⁷ Justamente por não ter uma existência independente, esse art. 1.1 entra no rol de “cláusulas subordinadas”, seguindo a classificação doutrinária antes mencionada.

jurisprudenciais da Corte terminou por recair nas duas primeiras obrigações. Quiçá por essa razão a ideia de igualdade e não discriminação, em termos contenciosos, tenha sido aprofundada posteriormente.

Examinando a segunda parte do art. 1.1, durante os trabalhos preparatórios da Convenção, algumas considerações importantes foram feitas a esse respeito. A delegação dos Estados Unidos pontuou que a ideia de igualdade e não discriminação não é absoluta, permitindo-se que haja distinções razoáveis voltadas às minorias, por exemplo, desde que não sejam degradantes ou formas encobertas de discriminação:

De manera similar, se han aceptado distinciones que benefician a grupos que se encuentran en situación desventajosa, como los parias hindúes, los indios o los negros norteamericanos que sufren efectos de la discriminación pasada. El mismo principio de adaptación dictado por el sentido común se ha reconocido para los niños, los enfermos, los lisiados, etc., cuando diferentes necesidades y responsabilidades exigen tratamiento diferente que tienda a normalizar la situación del individuo (OEA, 1969, p. 148).

Preocupação semelhante é demonstrada pelo representante da Costa Rica ao manifestar-se sobre a proteção incondicional do direito de formação de partidos políticos:

Con respecto al inciso d) del proyecto del Grupo de Trabajo dijo que era innecesaria y hasta peligrosa la frase ‘cuyo funcionamiento la ley debe proteger’, pues podría entenderse con razón, que se debe proteger a todos los partidos cuando en realidad un partido que se inspire en la discriminación racial, por ejemplo, no debe ser protegido. Añadió que lo esencial era establecer el derecho del individuo a pertenecer a partidos políticos. Propuso, además, que se eliminara el derecho de proteger indiscriminadamente a todos los partidos políticos (OEA, 1969, p. 255).

Essa preocupação em não estabelecer um ideal de igualdade absoluto – por conseguinte debilitador de necessários reequilíbrios históricos – esteve presente nos debates preparatórios à Convenção e será posteriormente reafirmada pela Corte Interamericana. Os posicionamentos dos delegados, seja dos Estados Unidos, seja da Costa Rica, ilustram a tensão existente entre os princípios de

igualdade e não discriminação e realidades assimétricas, bem como possíveis conflitos entre princípios.

Outro ponto de destaque nesse artigo é a lista, não exaustiva, dos motivos que proíbem a discriminação, também conhecidas como “categorias suspeitas” ou “motivos proibidos”. Tanto o art. 1.1 quanto o correlato art. 3º do Protocolo de San Salvador têm caráter aberto, por também vedar a discriminação por *qualquer outra condição social*. Críticas são feitas a esse ponto não por essa redação aberta, mas pela técnica usada pela Corte Interamericana para incluir novas categorias suspeitas.

Além do art. 1.1, como já mencionado, a Convenção traz também um direito autônomo no art. 24, resgatando a noção clássica do princípio da igualdade: “[t]odas as pessoas são iguais perante a lei. Por conseguinte, têm direito, sem discriminação, à igual proteção da lei”. Rotular o art. 24 como obrigação autônoma significa dizer que esse dispositivo não deve ser aplicado em conjunto com nenhum outro direito convencional, unicamente em relação à lei interna. Assim, em tese, uma violação do art. 24 deveria se produzir por si só, não em conjunto com outro direito substantivo da Convenção.

Alguns consideram que os arts. 24 e 1.1 se distinguem na concepção de igualdade que consagram, nos sujeitos protegidos e nos motivos. No entanto, a própria Corte esclareceu, como se mostrará adiante, que a única diferença entre ambos está no alcance de cada cláusula. O art. 24 reforça a ideia prevista no art. 1.1, mas é específica, por outro lado, por proibir o tratamento discriminatório de origem legal:

Aunque las nociones no son idénticas y quizás la Corte tendrá en el futuro la oportunidad de precisar las diferencias, [el artículo 24 de la Convención] reitera en cierta forma el principio establecido en el artículo 1.1. En función del reconocimiento de la igualdad ante la ley se prohíbe todo tratamiento discriminatorio de origen legal. De este modo la prohibición de discriminación ampliamente contenida en el artículo 1.1 respecto de los derechos y garantías estipulados por la Convención, se extiende al derecho interno de los Estados Partes, de tal manera que es posible concluir que, con base en esas disposiciones, éstos se han comprometido, en virtud de la Convención, a no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias referentes a la protección de la ley (CORTE IDH, Opinión Consultiva OC-04/84, par. 54).

Como mencionado, a noção de igualdade e não discriminação não se esgota nesses dois artigos da Convenção. Está expressamente mencionada em outros pontos do texto convencional. O art. 17.2, por exemplo, reconhece o direito a celebrar casamento e a fundar uma família, “na medida em que não afetem estas o princípio da não discriminação”. Nesse ponto, é interessante voltar aos *travaux préparatoires* da Convenção porque, na redação inicialmente sugerida a esse inciso, não se fazia referência a esse princípio.

Da mesma maneira, o caráter abrangente e a natureza de cláusula subordinada do artigo 1.1 permitem a sua vinculação a outros artigos, possibilitando uma análise mais holística de cenários discriminatórios. Por essa razão, a declaração de violação a outros artigos em conjunção a esse dispositivo será mais comum que a instituição de uma violação direta ao artigo 24. A seguir, serão descritos outros aspectos mais concretos da interação entre esses artigos, voltados a dissolver práticas violadoras.

3. DESENVOLVIMENTOS JURISPRUDENCIAIS

Esta seção explorará o desenvolvimento conceitual da noção de não discriminação na jurisprudência da Corte Interamericana. Serão examinados casos e opiniões consultivas representativos década a década, com o objetivo de delinear possíveis desdobramentos concretos, bem como o panorama jurídico regional relacionado a esse princípio. A seção posterior analisará, de maneira crítica, as principais tendências identificadas nesta perquirição histórica. A seleção de decisões referentes aos primeiros anos de atividade da Corte foi realizada por meio de uma investigação individual dos casos e relatórios anuais do Tribunal, enquanto as decisões subsequentes foram retiradas da seção de desenvolvimento jurisprudencial determinada pela própria Corte.

3.1 Primeiras décadas: ensaios consultivos

Durante os primeiros anos de funcionamento, a Corte Interamericana teve suas funções concentradas na edição de Opiniões Consultivas, regulada pelo artigo 64 da Convenção. Apesar de iniciar seu mandato com a entrada em vigor da Convenção em 18 de julho de 1978, quase 9 anos depois de concluído o texto final em San José da Costa Rica, houve um hiato de aproximadamente 2 anos até que

um primeiro Estado aceitasse a sua jurisdição¹⁸. Era uma Corte legal e institucionalmente ativa, porém formalmente inapta a admitir casos contenciosos. Esses casos chegariam à sua apreciação apenas em 1986, intermediados pela Comissão Interamericana e se referindo a episódios de desapareções forçadas ocorridas em Honduras¹⁹.

Hipóteses ao hiato de funcionamento da competência contenciosa da Corte entre 1979-1988 incluem concentração funcional, seletividade e falta de expertise da Comissão Interamericana como fatores determinantes. Em questionamento a juízes da Corte sobre a questão, apontam-se outros fatores relacionados à politização (Policarpo Callejas Bonilla, Honduras, 1988-1991), centralização, eficácia (Orlando Antonio Tovar Tamayo, Venezuela, 1989-1991) e inabilidade técnica (Thomas Buergethal, Estados Unidos, 1979-1991) do órgão, alguns destes remanescentes em críticas hodiernas. A pergunta exata – relevante para que se entenda que o hiato não significa necessariamente inação regional –, feita há cerca de duas décadas, era a seguinte:

Quando a Comissão recebe uma petição, ela determina em que medida a petição se relaciona a uma violação de um direito protegido pela Convenção. Se a petição é declarada admissível, a Comissão investiga a situação e tenta resolver a questão. Se a Comissão não consegue chegar a um acordo, irá elaborar um relatório a ser enviado para o Estado com os fatos em apreciação e suas conclusões. Se a questão permanece sem solução, a Comissão pode publicar um relatório ou submeter o caso à Corte. Nos onze anos iniciais, desde a primeira sessão da Corte, a Comissão estava lidando com milhares de petições. Entretanto, até 1990 só tinha submetido três casos à Corte. Qual a razão para isso? (FROST, 1992, p. 179)

Em contraste à escassez de decisões contenciosas, em 1987 (ano anterior à publicação da primeira sentença), a Corte já havia expedido

18 A Costa Rica e o Peru depositaram em 2 de julho de 1980 e 21 de janeiro de 1981, respectivamente, instrumentos reconhecendo a jurisdição contenciosa da Corte, de acordo com os artigos 45 e 62 da Convenção. Foram os primeiros Estados a fazê-lo formalmente. Adicionalmente, a constituição peruana de 28 de julho de 1980 continha uma cláusula específica aceitando as provisões ao artículo 62, e o presidente da Venezuela, em discurso de 18 de junho de 1980, havia manifestado que o governo iniciaria o processo de aceitação da jurisdição contenciosa.

19 As três primeiras decisões de mérito da Corte relacionam-se a desapareções forçadas ocorridas no Estado de Honduras. Confirmam-se os casos Velásquez-Rodríguez (1988), Fairén-Garbi e Solís Corrales (1989) e Godínez-Cruz (1989).

9 Opiniões Consultivas. Não é, portanto, surpreendente que essa seja a via por meio da qual surja uma primeira manifestação mais contundente sobre os princípios de igualdade e não discriminação.

Em meados da década de 1980, estavam em debate propostas de emendas a dispositivos constitucionais que regiam a naturalização na Costa Rica, impondo requisitos mais rígidos para a aquisição de nacionalidade. Por meio da solicitação de uma Opinião Consultiva (Opinião Consultiva nº 4, doravante OC/4), o governo do Estado questionava se os dispositivos propostos afetariam os direitos à nacionalidade e à igualdade dos cônjuges. A resposta da Corte, ademais de outros aspectos, aporta uma contribuição relevante para a diferenciação entre os dois principais artigos da Convenção relacionados à não discriminação, como mencionado na seção anterior.

A OC/4 estabelece as bases para a distinção e consequente aplicação dos artigos 1.1 e 24. De acordo com formulações interpretativas mais recentes, a Corte reitera que enquanto a obrigação geral contida no artigo 1.1 se restringe à garantia de não discriminação de direitos protegidos pela Convenção, o artigo 24 possui caráter autônomo, podendo abarcar leis contidas nos ordenamentos domésticos. Essa dinâmica dualista entre os dois artigos, que reveza momentos de complementariedade e momentos de diferenciação, revela a tentativa de consolidar o caráter abrangente da proteção desses direitos. Nesse sentido, a Corte reiterou em decisão de 2012:

[...] mientras la obligación general del artículo 1.1 se refiere al deber del Estado de respetar y garantizar “sin discriminación” los derechos contenidos en la Convención Americana, el artículo 24 protege el derecho a “igual protección de la ley”. Es decir, el artículo 24 de la Convención Americana prohíbe la discriminación de derecho o de hecho, no sólo en cuanto a los derechos consagrados en dicho tratado, sino en lo que respecta a todas las leyes que apruebe el Estado y a su aplicación. En otras palabras, si un Estado discrimina en el respeto o garantía de un derecho convencional, incumpliría la obligación establecida en el artículo 1.1 y el derecho sustantivo en cuestión. Si, por el contrario, la discriminación se refiere a una protección desigual de la ley interna o su aplicación, el hecho debe analizarse a la luz del artículo 24 de la Convención Americana (CORTE IDH, Caso Atala Riffo vs. Chile, 2012, par. 82).

Sobre a importância dessa diferenciação, o atual juiz da Corte, Eduardo Ferrer MacGregor, argumenta que:

En este sentido, la importancia del artículo 24 radica en que cubre aquellas vulneraciones del derecho a la igualdad que no involucran a su vez la violación de otros derechos reconocidos en la Convención y que, por tanto, están por fuera de la órbita de protección del artículo 1.1(MACGREGOR; MÖLLER, 2014, p. 584).

Conquanto configure diretrizes gerais relevantes, a OC/4 não encerra a significação dos artigos em questão. Outros aspectos têm sido evidenciados gradativamente. A título exemplificativo, não obstante haja menções, desde a primeira sentença da Corte, às obrigações relacionadas ao *pacta sunt servanda* engastadas no artigo 1.1, a perscrutação da ideia de não discriminação acontece apenas posteriormente. Entre outros aspectos, destaca-se a ambiguidade inicial do caráter desse dispositivo. Nos primeiros casos decididos pela Corte não estava definido se poderia haver uma violação autônoma do artigo 1.1 ou se seria sempre necessária uma articulação entre esse dispositivo e outras previsões convencionais. À medida que avançou a jurisprudência interamericana, se foi estabelecendo que essa obrigação não poderia ser objeto único de uma violação, concebendo-se, assim, uma nova particularidade distintiva em relação ao seu outro par.

Detalhada essa construção substantiva efetuada na década de 1980, observa-se que a chegada, nos anos subsequentes, de novos Estados à jurisdição contenciosa da Corte não se refletiu em um desenvolvimento jurisprudencial consistente em matéria de não discriminação e igualdade. Enquanto a Corte amadurece institucionalmente, aperfeiçoando-se processual e materialmente, sobretudo em matéria reparatória, os casos que lhe são remetidos refletem o complexo e heterogêneo cenário regional (que mesclava a transição entre regimes ditatoriais, ensaios democráticos e recaídas autoritárias) e a necessidade de reestruturar as bases de excessos refletidos em desaparecimentos forçados, limitações à liberdade de expressão, execuções extrajudiciais e abusos e práticas violentas institucionalizadas por agentes de Estado. Outras tentativas de avançar o tema são ofuscadas por direitos mais imperativos e pela importância da OC/4.

3.2. A década de 2000: a vez de Pasárgada

O novo milênio inaugura uma era de expansão quantitativa e qualitativa do Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Amplia-se o número de Estados-parte da Convenção que reconhece a competência contenciosa da Corte, multiplicam-se casos e diversificam-se temáticas. Abre-se espaço para as demandas por igualdade de setores estruturalmente apartados da sociedade e alijados de direitos (ABRAMOVICH, 2009). A jurisprudência desse período consubstancia novos direitos derivados dos princípios da igualdade e não discriminação, o delineamento de conceitos condutores e a interdição de práticas discriminatórias sistemáticas, estabelecendo padrões e critérios de proteção regional. Esta seção será dividida em quatro subtítulos que reúnem os principais avanços em termos de igual proteção diante da lei, de consolidação do conceito de distinção e de discriminação indireta e, finalmente, de identificação de cenários de discriminação estrutural.

3.2.1. Igual proteção perante a lei

Como argumentado anteriormente, a noção de igualdade formal objetiva vedar tratamentos discriminatórios, garantindo-se direitos de todas as pessoas, no sentido de que todos são iguais perante a lei. Uma segunda noção, diferenciada, equipara igualdade à proteção de grupos sistematicamente marginalizados. Tem origem na constatação de que na sociedade existem certos grupos²⁰ que foram sistematicamente excluídos do gozo e exercício de seus direitos. Como consequência, institui o dever do Estado de evitar que esta situação perdure e de reverter os efeitos de marginalizações históricas. Dessa obrigação derivam-se a abstenção de ações que aprofundem o distanciamento dos grupos, além da revisão de normas que sejam aparentemente neutras, mas que exerçam impacto discriminatório sobre grupos específicos, e da adoção de medidas positivas que favoreçam a integração social. Existem críticas à associação do princípio da igualdade a essa segunda concepção. Historicamente, percebe-se que o termo “discriminação” se desenvolveu de forma mais intensa em relação à proteção desses grupos. Por conseguinte, esta formulação semântica é mais comum no texto de tratados de direitos humanos,

²⁰ Por “grupos”, entendem-se aqueles que compartilham uma identidade ou que se encontrem em uma situação de dependência.

especificamente aqueles de escopo antidiscriminatório e de proteção a grupos historicamente vulneráveis (mulheres, minorias étnicas ou raciais ou pessoas com deficiência).

3.2.2. Diferenciação entre distinção e discriminação

Outro desdobramento relevante, que remonta a inquietudes declaradas por algumas delegações durante os trabalhos preparatórios da Convenção, é a diferenciação sugerida entre “distinção” e “discriminação”. Baseada em instrumentos e decisões internacionais, a Corte Interamericana defende que tratamento desigual designado a indivíduos em situações de desigualdade não constitui necessariamente um ato discriminatório²¹. Dessa forma, reiterando um princípio já estabelecido na OC/4 e reiterado em outras opiniões consultivas²², a Corte afirmou que nem todo tratamento discriminatório constitui em si uma violação à dignidade humana. Para deixar tal divisão clara, foram delimitados os conceitos de “distinção”, que se refere a uma diferenciação compatível com a Convenção por ser razoável, proporcional e objetiva, e de “discriminação”, que é arbitrária e, portanto, leva a violação de direitos humanos²³. Embora tal distinção formal represente um avanço significativo no sentido de evitar a classificação automática de qualquer diferenciação como uma prática violadora, os limites traçados entre as duas práticas parecem ainda pertencer mais ao campo textual abstrato do que a um nível mais evidente de práticas delineadas que assegure maior segurança jurídica.

21 Corte IDH. Caso do Povo Saramaka. vs. Suriname. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custos. Sentença de 28 de novembro de 2007. Série C No. 172, parágrafo 103.

22 Proposed Amendments of the Naturalization Provisions of the Constitution of Costa Rica. Advisory Opinion OC-4/84 of January 19, 1984. Series A No. 4, para. 56; Juridical Condition and Human Rights of the Child. Advisory Opinion OC-17/02 of August 28, 2002. Series A No. 17, para. 46; and Juridical Condition and Rights of the Undocumented Migrants. Advisory Opinion OC-18/03 of September 17, 2003. Series A No. 18, para. 89.

23 Corte IDH. Caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custos. Sentença de 6 de agosto de 2008. Série C No. 184, parágrafo 210, 211.

3.2.3. Discriminação direta e indireta

Outro conceito admitido pela Corte, com base em formulações anteriores de outros organismos internacionais²⁴, é o de discriminação indireta. A identificação de tal categoria permite uma amplificação do raio de proteção dos princípios de igualdade e não discriminação, possibilitando que se ordene aos Estados a adoção de medidas positivas. O trecho abaixo, reiterado em múltiplas decisões, é bastante ilustrativo a esse respeito:

[...] los Estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación *de jure* o *de facto*". Los Estados están obligados "a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas. Esto implica el deber especial de protección que el Estado debe ejercer con respecto a actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias."²⁵

O conceito de discriminação indireta implica efeitos particularmente negativos que podem advir de práticas ou normas que aparentam neutralidade ou repercussões inofensivas. Um exemplo representativo de discriminação indireta é o caso *Artavia Murillo*, que concerne à proibição da prática de fertilização *in vitro* a partir de uma decisão da Câmara Constitucional da Suprema Corte da Costa Rica de 2000. A Corte entendeu que a decisão gerou discriminação indireta pela conjugação de três diferentes fatores. Inicialmente, em razão da situação de incapacidade das vítimas, ocasionada por sua infertilidade. Adicionalmente, por uma questão de gênero, uma vez que se concluiu que, por questões biológicas e sociais, os efeitos negativos da infertilidade não são distribuídos igualmente, sobrecaindo um peso maior sobre a mulher. Finalmente, pela situação financeira das vítimas, que as coloca em desvantagem em

24 O Comitê de Direitos Humanos, o Comitê de Eliminação de Discriminação Racial, o Comitê de Eliminação de Discriminação contra Mulheres e o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais reconhecem o conceito de discriminação indireta, bem como a Corte Europeia de Direitos Humanos.

25 Corte IDH. Caso Comunidade Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay. Mérito, Reparações e Custos. Sentença de 24 de agosto de 2010. Série C No. 214, parágrafo 271.

relação a outros indivíduos que podem viajar ao exterior para realizar o tratamento²⁶.

Esse caso evidencia que o dever de proteção do Estado abrange não somente a proibição de políticas, normas e práticas propositalmente discriminatórias, mas também ações cujos impactos possam ser discriminatórios, independentemente de sua intenção. Em formulação recente, a Corte estabelece que o direito à igualdade e não discriminação é afetado de maneira indireta quando há um efeito desproporcional de normas, ações ou outras políticas, mesmo quando há uma formulação – aparentemente neutra – que resulta em efeitos negativos em grupos vulnerabilizados²⁷.

3.2.4 Discriminação estrutural

Em sua jurisprudência recente, a Corte tem identificado tanto situações de discriminação fortuita e individualizada quanto contextos de discriminação estrutural, que lhe exigem uma consideração especial, sobretudo em termos reparatórios. Nesses casos, será geralmente necessário transcender medidas de restituição e buscar medidas que ensejem a transformação da situação enraizadora da violação. Identificam-se, na jurisprudência da Corte, três principais grupos comumente associados à ideia de discriminação estrutural. Cada um desses grupos envolve diferentes questões quanto ao acesso igualitário ao direito e à justiça, quanto à relação com as ideias de distinção e discriminação indireta e quanto a práticas que violam a sua dignidade enquanto pessoas humanas. Esses entrelaçamentos serão explorados a seguir.

a) Grupos Indígenas

A noção de tratamento diferenciado, questionada durante os trabalhos preparatórios da Convenção, ressurgiu a partir de casos

26 As pessoas portadoras de deficiência são muitas vezes objeto de discriminação em virtude de sua condição, motivo por que os Estados devem adotar as medidas de caráter legislativo, social, educativo, trabalhista ou de qualquer outra natureza, necessárias para eliminar toda discriminação relacionada com as deficiências mentais e propiciar a plena integração dessas pessoas à sociedade. *Cfr.* Corte IDH. Caso *Ximenes Lopes vs. Brasil*. Mérito, Reparações e Custos. Sentença de 4 de julho de 2006. Série C No. 149, parágrafo 105.

27 Corte IDH. Caso *Nadege Dorzema et al vs. República Dominicana*. Mérito, Reparações e Custos. Sentença de 24 de outubro de 2012. Série C No. 251, parágrafos 234-236.

relacionados a esse grupo. A Corte tem sustentado em suas decisões que membros de povos indígenas, bem como de comunidades tribais, necessitam de *medidas especiais* para que sejam garantidos plenamente seus direitos²⁸, em especial o acesso à justiça²⁹. Destaca-se a necessidade de oferecer proteção especial considerando “o respeito às particularidades e características sociais e econômicas, bem como a situação de particular vulnerabilidade, costumes, valores, tradições e regime jurídico específico”³⁰.

Alguns direitos gerais estabelecidos pela Corte em relação a comunidades indígenas para contrapor práticas discriminatórias envolvem a garantia, sob condições igualitárias, da autonomia plena de indivíduos sobre seu território, aceitando a relação especial estabelecida com a terra ancestral e que fundamenta o direito coletivo à propriedade³¹ e o respeito amplo às particularidades culturais.

Em casos específicos como *Yatama* – que analisou a decisão do Tribunal Superior Eleitoral nicaraguense que impediu representantes de uma organização política indígena regional de disputar eleições municipais em 2000 –, a Corte editou uma decisão que garante o direito à inserção política e à elegibilidade de indivíduos independente do grupo de que faça parte. Debateu-se o acesso dos indígenas ao sistema eleitoral nicaraguense, considerando o indeferimento

28 Corte IDH. Caso do Povo Saramaka. vs. Suriname. Exceções Prelinares, Mérito, Reparações e Custos. Sentença de 28 de novembro de 2007. Série C No. 172, parágrafo 85.

29 Caso da Comunidade Indígena Sawhoyamaxa v. Paraguai. Mérito, Reparações e Custos. Sentença de 29 de março de 2006. Séries C No. 146, parágrafo 83.

30 Caso da Comunidade Indígena Sawhoyamaxa v. Paraguai. Mérito, Reparações e Custos. Sentença de 29 de março de 2006. Séries C No. 146, parágrafo 83.

31 A Corte estabelece que: “[a]l desconocerse el derecho ancestral de las comunidades indígenas sobre sus territorios, se podría[n] estar afectando otros derechos básicos, como el derecho a la identidad cultural y la supervivencia misma de las comunidades indígenas y sus miembros”. Puesto que el goce y ejercicio efectivos del derecho a la propiedad comunal sobre “la tierra garantiza que los miembros de las comunidades indígenas conserven su patrimonio”, los Estados deben respetar esa especial relación para garantizar su supervivencia social, cultural y económica. Asimismo, se ha reconocido la estrecha vinculación del territorio con las tradiciones, costumbres, lenguas, artes, rituales, conocimientos y otros aspectos de la identidad de los pueblos indígenas, señalando que “[e]n función de su entorno, su integración con la naturaleza y su historia, los miembros de las comunidades indígenas transmiten de generación en generación este patrimonio cultural inmaterial, que es recreado constantemente por los miembros de las comunidades y grupos indígenas”. *Cfr.* Corte IDH. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Mérito e reparações. Sentença de 27 de junho de 2012. Série C No. 245, parágrafo 212.

das candidaturas apresentadas pela organização indígena Yatama. Basicamente se exigia a constituição de partidos políticos para participar de eleições municipais na Nicarágua, o que afeta o direito das comunidades indígenas a serem eleitas, porque são obrigadas a se organizar de forma diferente de suas culturas e costumes. Na sentença, a Corte reconheceu a violação dos artigos 8º, 23, 24 e 25 da Convenção, destacando a necessidade de adaptar a normativa eleitoral da Nicarágua à diversidade cultural das diversas minorias étnicas que fazem parte do país, permitindo-lhes acessar à disputa por meios que respeitem seus costumes, usos e tradições. Adicionalmente, a Corte concluiu que os candidatos foram afetados por discriminação jurídica de fato e que esse foi o fator constitutivo da proibição de sua participação na contenda³². Em *affidavit* solicitado durante o processo, uma especialista afirmou que “indígenas não têm acesso igualitário à justiça e encontram discriminação de todos os tipos ao precisar aceder ao sistema judiciário”³³. Este caso tem uma importância especial porque representa a primeira decisão contenciosa em que a Corte declarou a violação da obrigação de não discriminar.

Outra aplicação tangencial desse princípio ocorre no caso *Moiwana*, em que a Corte, apesar de fazer referência ao fato de que essa comunidade maroon pode ter se sentido discriminada, não declara nenhuma violação. No caso *Sawhoyamaya*, a Corte afirma a existência de um dever do Estado de outorgar a grupos vulneráveis e marginalizados (comunidades indígenas e pessoas com deficiência) um tratamento particular que permita exercer os direitos convencionais que foram menoscabados pela situação de discriminação estrutural em que se encontram. No entanto, depois de constatar que o Estado não cumpriu com esses deveres, não declara que a omissão de adotar medidas especiais adequadas constitui uma violação da obrigação de não discriminar do art. 1.1. De forma mais elaborada, em *Yakye Axa* a Corte afirmou que, na aplicação do princípio em questão, deveria ser contemplada a situação particular das comunidades indígenas e, portanto, ser outorgado um trato diferenciado, tanto pelos Estados em seu ordenamento interno, como pela Corte ao interpretar disposições convencionais. Contudo, em nenhum desses

32 Corte IDH. Caso Yatama vs. Nicaragua. Exceções Prelinares, Mérito, Reparações e Custos. Sentença de 23 de junho de 2005. Série C No. 127, parágrafo 224.

33 *Cfr.* UN. Report of the Special Rapporteur on the situation of human rights and fundamental freedoms of indigenous people, Rodolfo Stavenhagen, U.N. Doc. A/59/258, 12 de Agosto de 2004, parágrafo 29.

casos a Corte declarou violadas as cláusulas de igualdade. A postura da Corte pode ser considerada uma lenta, porém progressiva resposta a demandas da Comissão, que em 1972 já havia adotado uma resolução em que defendia que, por razões históricas e princípios humanitários, uma proteção especial a populações indígenas deveria constituir um compromisso prioritário dos Estados³⁴.

b) Migrantes

De maneira similar a alguns outros pontos abordados, a apreensão com a situação de vulnerabilidade de migrantes remonta aos trabalhos preparatórios da Convenção. Em comentários realizados ao atual artigo 22.5³⁵, se discute que:

Parece que en este párrafo [párrafo 5] no se provee a la protección suficiente de los extranjeros que se hallan legalmente en el territorio de otro país. Ya que la Convención es para proteger a todas las personas sin discriminación por razones de “origen nacional”, se debería reforzar este párrafo para prevenir la deportación arbitraria de extranjeros (OEA, 1969, p. 64).

Tal preocupação não é revertida textualmente em um dispositivo legal que garanta, de maneira abrangente, uma proteção especial a esse grupo. Embora tenha havido uma remediação por meio do inciso 9 que proíbe a expulsão *coletiva* de estrangeiros³⁶, percebe-se que a remoção de migrantes não encontra óbice convencional. Ao adotar um texto mais restritivo, de certa maneira, limita-se a possibilidade de um direito de migração mais amplo, deixando vulnerabilizados e aptos à discriminação migrantes desprotegidos por outros regulamentos. A redação de uma Convenção talvez demasiado vaga em relação a questões de nacionalidade tenha levado a uma necessidade de reforço desses direitos por meio de decisões jurisprudenciais, como exemplifica a decisão do caso *Niñas Yean y*

34 *Cfr.* Resolution on Special Protection for Indigenous Populations. Action to Combat Racism and Racial Discrimination, OEA/Ser. L/V/II.29 Doc. 41 rev. 2, 13 de março de 1973.

35 Artigo 22 (Direito de circulação e de residência), item 5: “Ninguém pode ser expulso do território do Estado do qual for *nacional* e nem ser privado do direito de nele entrar”.

36 Artigo 22 (Direito de circulação e de residência), item 9: “É proibida a expulsão *coletiva* de estrangeiros”.

*Bosico*³⁷, cujas determinações foram reiteradas pelo recente *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas*:

el estatus migratorio de una persona no se transmite a sus hijos. La “situación ilícita” del extranjero que “se encuentra en situación migratoria irregular” se refiere a los extranjeros en situación irregular, y no a sus hijos. Por ello, no resulta justificado per se establecer una diferencia entre las personas nacidas en territorio dominicano que son hijas de extranjeros con base en la diferente situación de sus padres en cuanto a la regularidad o irregularidad migratoria”³⁸.

Questões envolvendo discriminação de migrantes, sobretudo haitianos, em território dominicano também são encontradas no caso *Nadege Dorzema et al*, que se refere à morte e ferimento de um grupo de indivíduos depois que soldados dominicanos atingiram um caminhão que tentava trafegar haitianos pela fronteira entre os dois países. A Corte reiterou mais uma vez que estão vedadas não apenas políticas e práticas deliberadamente discriminatórias, mas ações cujos impactos sejam discriminatórios, mesmo que não esteja provado dolo³⁹

O Estado do México foi protagonista de um importante debate sobre a situação de vulnerabilidade em que se encontram os trabalhadores migrantes, especialmente os que estão em situação irregular. Em 2001, o México solicitou a opinião da Corte, inicialmente, sobre se a qualidade migratória de uma pessoa poderia ser uma justificativa para privá-la do gozo e exercício de seus direitos, como os de natureza trabalhista, e se estas privações seriam compatíveis com o dever do Estado de garantir a não discriminação e a igualdade perante a lei. Três desdobramentos principais se seguem,

37 Neste caso a Corte, estabeleceu que o status migratório de um indivíduo não pode servir como condição ao Estado para garantir ou não nacionalidade, uma vez que não pode constituir uma justificativa para a privação ao direito a ter uma nacionalidade e exercer direitos; o status migratório de um indivíduo não é transmitido a seus descendentes; caso não tenha direito a outra nacionalidade, o indivíduo deve receber aquela referente ao território do Estado em que nasceu. Corte IDH. Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custos. Sentença de 8 de setembro de 2005. Série C No. 130, parágrafo 156.

38 Corte IDH. Relatório Anual 2014. OEA/Ser.L/V/II.147. Doc.1, adotado em 2015, p. 60.

39 Corte IDH. Relatório Anual 2012. OEA/Ser.L/V/II.147. Doc.1, adotado em 05 de março de 2013, pp. 63-64.

dois conexos à discriminação estrutural de migrantes e um terceiro referente ao caráter imperativo dos princípios de igualdade e não discriminação.

No que concerne aos aspectos relacionados aos migrantes, essa Opinião Consultiva (Opinião Consultiva nº 18, doravante OC/18) altera material os motivos proibidos de discriminação. Adicionalmente, é esclarecido que, como são muitos os instrumentos jurídicos em que se consagram direitos trabalhistas, a interpretação de qualquer de suas normas deve basear-se no princípio da aplicação da norma mais favorável à vítima, neste caso, o trabalhador. O Tribunal enumera direitos fundamentais dos trabalhadores migrantes que comumente não são respeitados – a proibição do trabalho forçado e obrigatório, o direito à associação e à liberdade sindical, a um salário justo pelo trabalho realizado, à previdência social, às garantias judiciais e administrativas, a um devido processo legal, entre outros – mas é silente sobre o direito de migrantes, independentemente de seu status trabalhista. São estes direitos inalienáveis, mas surgem da relação de trabalho e não da condição migratória do trabalhador. Conquanto se afirme que os trabalhadores migrantes indocumentados têm os mesmos direitos trabalhistas que os garantidos aos demais trabalhadores nacionais, pode-se ponderar que o posicionamento da Corte tenha sido cauteloso ao elencar esses direitos. São enumerados os direitos de *trabalhadores* migrantes e não de migrantes. Não obstante a OC/18 seja denominada de “Condição Jurídica e Direitos dos Migrantes Indocumentados”, seria mais apropriado diante de tal expediente converter o título à “Condição Jurídica e Direitos dos *Trabalhadores* Migrantes Indocumentados”.

Outra questão tratada na consulta – e que poderia conformar uma discussão mais ampla não estivesse fora do escopo temático do presente trabalho –, refere-se ao caráter que os princípios de igualdade e não discriminação alcançaram no domínio do direito internacional geral, mais especificamente, se são normas de *jus cogens*, e as consequências jurídicas que adviriam do descumprimento desses princípios por parte dos Estados. A Corte destacou a relação existente entre os princípios da não discriminação e de igualdade perante a lei, consagrados em diversos instrumentos internacionais. Reforçou que esses princípios devem se aplicar não apenas aos indivíduos que estejam regularmente no território de um Estado, mas a todos os que se encontrem sob sua jurisdição, em situação regular ou irregular,

o que os caracteriza como princípios fundamentais, inerentes à nossa condição de pessoa humana. Retomando os arts. 53 e 64 da Convenção de Viena sobre Direitos dos Tratados⁴⁰, a Corte afirma que o *jus cogens* não está mais restrito ao direito dos tratados, tendo já alcançado o direito internacional geral, “incidindo, em última instância, nos próprios fundamentos do ordenamento jurídico internacional”. Destarte, no entender do Tribunal, os princípios de igualdade e não discriminação já fazem parte do domínio do *jus cogens*, sendo, portanto, aplicáveis a todos os Estados, independentemente de terem ratificado ou não um tratado, impondo-lhes, inclusive, obrigações *erga omnes* de proteção.

Por fim, o caso *Vélez Loor* refere-se à detenção do equatoriano Jesus Tranquilino Vélez Loor e posterior investigação e julgamento, sem obedecer ao devido processo legal, antes da sua deportação em 2003. A Corte entendeu que migrantes indocumentados são grupo em situação vulnerável que deve ser protegido. Em construções jurisprudenciais mais generalistas, a Corte já estabeleceu que o Estado deve se abster de produzir regulamentações discriminatórias ou de efeitos discriminatórios que incidem sobre o exercício de direitos de determinados grupos da sociedade⁴¹. Entende-se que, embora os Estados tenham soberania para salvaguardar suas fronteiras e regular suas políticas migratórias, devem garantir o respeito aos direitos humanos dos migrantes quando aprovando leis migratórias.⁴² Percebe-se que são os direitos humanos e, de maneira mais específica, a dignidade da pessoa humana, o fator limite a políticas, de maneira que tal princípio encontra-se na fronteira entre distinção e migração. É possível estabelecer, por exemplo, tratamento diferenciado a migrantes documentados e indocumentados desde que se garanta o devido processo e a dignidade humana, independentemente da condição migratória. Percebe-se, desta maneira, que o limite

40 Tais artigos tratam, respectivamente, de tratados em conflito com uma norma imperativa de direito internacional geral (*jus cogens*) e da superveniência de uma nova norma de *jus cogens*.

41 Corte IDH Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana. Sentença de 8 de setembro de 2005. Série C No. 130, parágrafo 14; Corte IDH Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 setiembre de 2003. Serie A No 18, parágrafo 88.

42 Corte IDH Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 setiembre de 2003. Serie A No 18, parágrafos 112, 113 e 163.

entre possíveis distinções resvala inexoravelmente no princípio da dignidade da pessoa humana⁴³.

c) Gênero e Orientação Sexual

Questões envolvendo discriminação de gênero e orientação sexual tem uma chegada tardia à jurisprudência da Corte. O primeiro caso a abordar tais temas foi *Penal Miguel Castro Castro*, que descreve violações ocorridas durante a transferência das 135 mulheres que se encontravam presas no presídio Miguel Castro Castro para outra unidade prisional. A Corte declarou que o Estado tinha a obrigação de não discriminar mulheres em condições de detenção e estabeleceu que a violência sexual é uma forma de discriminação, reconhecendo a existência da prática dentro da penitenciária. O caso é representativo porque se declarou, pela primeira vez, uma violação à Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Violência contra Mulher (Convenção Belém do Pará) em relação à própria Convenção Americana, além da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura. Não obstante, a Corte não determinou que essas violações à integridade eram violações à obrigação de não discriminar em razão de gênero contemplada no art. 1.1.

É emblemática a demora do Tribunal em se pronunciar sobre a existência de violência sexual em condições de detenção. Um dos casos mais simbólicos na jurisprudência da Corte – *Loayza Tamayo* – refere-se justamente a uma mulher em condições de detenção que sofreu abusos sexuais, entre outros tratos cruéis e degradantes⁴⁴. Posto que esse caso é destacado na jurisprudência interamericana por introduzir a noção de projeto de vida⁴⁵, a Corte se omite a aprofundar

43 Corte IDH. Caso Nadege Dorzema *et al* vs. República Dominicana. Mérito, Reparações e Custos. Sentença de 24 de outubro de 2012. Série C No. 251, parágrafo 233.

44 O caso se refere à detenção ilegal e arbitrária, seguida de tortura, tratos cruéis e degradantes, da professora universitária Maria Elena Loyaza Tamayo por membros da Polícia Nacional do Peru, por ser acusada de participar de um suposto grupo terrorista. De acordo com as provas colhidas, a vítima sofreu diversas humilhações e tratamentos desumanos, tais como a incomunicabilidade durante a detenção, a exibição pública como mera acusada em traje infamante, o isolamento em cela e sem ventilação ou luz natural, golpes, afogamento, maus tratos e até estupro.

45 A ideia de projeto de vida se associa ao conceito de realização pessoal, que, por sua vez, apoia-se nas opções que o indivíduo pode ter para conduzir sua vida e alcançar o destino a que se propõe. *Cfr.* Corte IDH. Caso Loayza Tamayo. Reparações e Custos. Sentença de 27 de novembro de 1998. Série C No. 42, parágrafos 147-149.

a discussão sobre o enquadramento da violência sexual cometida contra mulheres detidas como forma de discriminação.

Outras três sentenças, relativas ao Estado mexicano, confirmam o caráter estrutural de discriminação existente em relação a questões de gênero. Os casos *Férrandez Ortega*, *Rosendo Cantú* e *Campo Algodonero* envolvem violações cometidas contra mulheres sob um contexto de múltipla vulnerabilidade, seja porque algumas das vítimas fazem parte de comunidades indígenas, seja porque os abusos foram cometidos por agentes do Estado, seja porque a violência direcionada a mulheres é uma prática que acontece amiúde nesse Estado. As três decisões têm uma linguagem e uma previsão reparatória fortemente embasadas na prática sistemática de violações em relação às mulheres. Tiveram como principal efeito a tipificação do “feminicídio”, um reconhecimento de uma prática reiterada que, embora encontre referência normativa, continua constituindo prática do Estado.

Um último caso-chave, que inaugura a discussão de questões relativas à orientação sexual, refere-se ao tratamento discriminatório e à interferência indevida na vida privada e familiar de Karen Atala, devido à sua orientação sexual. Após intenso litígio, decisão da Corte Suprema de Justiça do Chile determinou a custódia das 3 filhas de Karen Atala ao pai, sob o argumento de que a mãe não deveria manter a custódia por conviver com pessoa do mesmo sexo, após o divórcio. Cabe destacar que a decisão da Corte Interamericana é acompanhada por cenários domésticos de discussão envolvendo a legalização de união entre parceiros de mesmo sexo, direitos de adoção e direitos LGBTI. A contrapartida do sistema de proteção interamericano a nível institucional se reflete no estabelecimento da relatoria para direitos LGBTI na Comissão Interamericana, em 2012. Na sentença, a Corte entendeu que o Chile violou os arts. 1.1 e 24 da Convenção Americana, por afrontar o princípio da igualdade e não discriminação. À luz de uma interpretação dinâmica e evolutiva (compreendendo a Convenção como *living instrument*), considerou o art. 1.1 como cláusula aberta, de forma a incluir a categoria de orientação sexual, impondo aos Estados a obrigação geral de assegurar o exercício de direitos, sem qualquer discriminação. Com isso, a Corte motivou a inclusão de “orientação sexual” na lista de motivos proibidos⁴⁶.

46 A expressão “motivos proibidos” se refere àqueles temas em que é quase impossível imaginar causa razoável de um trato diferente justificado. Correspondem a características das pessoas que não parecem ser relevantes para nenhuma disposição ou diferença que o Estado deseje fazer para alcançar algum propósito

A inclusão da orientação sexual como categoria proibida teve como base, segundo a Corte, resoluções da Assembleia Geral da OEA, parâmetros estabelecidos pela Corte Europeia e organismos das Nações Unidas⁴⁷. Alguns consideram que expressões abertas não dão carta branca ao intérprete para incluir qualquer tipo de categoria. A Corte entendeu, em *Atala Riffo*, que o processo de interpretação da expressão “outra condição social” deve sempre optar pela alternativa mais favorável à tutela dos direitos protegidos, segundo o critério da norma mais favorável, e garantir, sem nenhum tipo de discriminação, o exercício pleno e livre dos direitos fundamentais constituídos na Convenção. Utilizou-se, portanto, o princípio *pro personae*. Adicionalmente, a Corte indicou que o direito de não discriminação vinculado à orientação sexual não se limita a condição de ser homossexual, devendo incluir outras expressões conectadas ao projeto de vida de cada indivíduo. Por conseguinte, o uso do princípio do melhor interesse da criança não pode justificar práticas discriminatórias contra indivíduos devido à sua orientação sexual, pois se basearia em presunções estereotipadas e preconceituosas sobre a capacidade de exercer a paternidade ou maternidade. Outros desenvolvimentos jurisprudenciais envolveram o estabelecimento do necessário respeito à vida privada, que abarcaria a identidade física, social, bem como o desenvolvimento pessoal, a autonomia pessoal e o direito de estabelecer e desenvolver relações com outras pessoas do mesmo sexo. A Corte argumentou que embora existam sociedades intolerantes a condições diversas, os Estados não podem usar isso como justificativa para perpetuar tratamentos discriminatórios e que tanto o Direito como os Estados devem contribuir para o progresso social⁴⁸.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em suas primeiras linhas, esse artigo fez referência a um lugar fictício em que desigualdade e discriminação extremas e a

legítimo. Por isso, presume-se a ilegitimidade dessas medidas, e, no caso de aceitas, têm que ser imperiosas.

47 Na sentença, a Corte cita 49 fontes internacionais. No entanto, Dulitzky (2007) critica a argumentação sustentada nessa decisão, pois, das 49 fontes, 23 são adotadas antes de 2004 e nenhuma delas corresponde ao sistema interamericano.

48 Corte IDH. Relatório Anual 2012. OEA/Ser.L/V/II.147. Doc.1, adotado em 05 de março de 2013, pp. 63-64.

complementariedade aparentemente insólita entre subintegração e sobreintegração poderiam conduzir à criação de ordens jurídicas diversas. De certa forma, o percurso que desoculta a Pasárgada de assimetrias estruturais à Corte revela o desenvolvimento e maturação desse Tribunal e do contexto regional que o envolve, bem como o revezamento dessas ordens jurídicas diversas que regulam o balanço nem sempre uniforme entre direitos e indivíduos.

Na segunda seção, foram discutidas as definições normativas em abstrato dos princípios de igualdade e não discriminação, destacando-se o caráter subordinado ou autônomo das cláusulas convencionais, a partir de um resgate histórico e contextual de tais conceitos. Salientou-se a ausência de uma definição instituída a nível regional e o conseqüente – e positivo – diálogo realizado com instrumentos internacionais, sobretudo aqueles de caráter específico ao tema.

Em seguida, realizou-se um exame detalhado dos artigos 1.1 e 24, fazendo referência aos trabalhos preparatórios, à interpretação e aos desenvolvimentos hodiernos sob o contexto textual-normativo dos dispositivos. São ressaltadas inquietudes no plano de definição normativa que depois reaparecerão ilustrados por casos e desafios jurídicos mais concretos. Percebe-se, adicionalmente, que referidas previsões não estabelecem listas exaustivas de possibilidades de discriminação, deixando-se abertas e adaptáveis a mudanças trazidas pela realidade. O caráter dinâmico do direito é reafirmado por meio dessa flexibilidade textual e posteriores construções hermenêuticas.

A terceira seção explorou o desenvolvimento conceitual e os contextos de aplicação dos princípios de igualdade e não discriminação evidenciados pela jurisprudência consultiva e contenciosa da Corte. Identificaram-se dois momentos contrastantes quanto a avanços. As primeiras décadas de funcionamento da Corte apresentam um ritmo mais lento, determinado em tese por certa centralização de atividades por parte da Comissão, pela morosa adesão de Estados à jurisdição contenciosa indicada no artigo 62 e pelo perfil de casos que chegavam inicialmente ao Tribunal, refletindo o complexo e heterogêneo contexto regional de transição.

Sobreleva-se nesse período a Opinião Consultiva nº 4, que estabelece os parâmetros de diferenciação e da relação entre os artigos 1.1 e 24. De maneira geral, essa relação reverte-se em um diálogo complementar entre um princípio de caráter mais endógeno e subordinado, voltado à articulação perante outros dispositivos

convencionais, e outro de caráter exógeno e autônomo, ao mesmo tempo viabilizador de pontes com ordenamentos jurídicos domésticos.

O escrutínio da jurisprudência de décadas mais recentes revela um panorama mais diversificado, que consubstancia novos conceitos advindos da diferenciação entre distinção e discriminação e entre discriminação direta e indireta, a defesa desses princípios como obrigações *jus cogens*, além da noção de discriminação estrutural. Será esta última noção o eixo fundamental para a construção normativa e a reafirmação de grupos historicamente alijados de direitos, como indígenas, migrantes e mulheres, sob os princípios de igualdade e não discriminação. Será o resgate de uma Pasárgada de subintegração para um horizonte de integração.

Entre possíveis criticismos, sublinha-se a lentidão do desenvolvimento de uma estrutura hermenêutico-concreta que evite a repetição sistemática de assimetrias históricas e a invisibilização patente de outros setores dos quais se percebem indícios de violação estrutural. Enquanto a Corte esforça-se para incluir setores discriminados, como se pode antever prospectivamente a partir de casos relacionados a indivíduos portadores de HIV, outros grupos permanecem apartados. Nesse sentido, é interessante perceber que, entre possíveis motivos elencados para possível discriminação (motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social), acessem a Corte preponderantemente casos relacionados a gênero, origem nacional (estrangeiros) ou condição social (índios, reclusos). Questiona-se se este seria reflexo de uma invisibilização de outros temas, como racismo, ou de um fortalecimento doméstico, por meio de previsões legislativas e instituição de políticas públicas para prover soluções internas. Sob a segunda hipótese, percebe-se que o caminho para o horizonte que se almeja encontra-se necessariamente em reforços mútuos e práticas compartilhadas entre os múltiplos níveis jurídicos existentes no contexto regional.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS E JURISPRUDENCIAIS

ABRAMOVICH, Víctor. From Massive Violations to Structural Patterns: New Approaches and Classic Tensions in the Inter-American Human Rights System. *SUR: International Journal on International Law*, v. 6, n. 11, pp. 7-37, 2009.

BAYEFSKY, Anne. The Principle of Equality or Non-Discrimination in International Law. *Human Rights Law Journal*, Oxford, v. 11, n. 1-2, 1990.

BROWNLIE, Ian. *Principles of Public International Law*. 7th ed. Oxford: Oxford University Press, 2008.

CHÍA, Eduardo A.; CONTRERAS, Pablo. Análisis de la sentencia Artavia Murillo y otros ('Fecundación *in vitro*') vs. Costa Rica de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Estudios Constitucionales*, Talca, año 12, n. 1, pp. 567-585, 2014.

CHIRIBOGA, Oswaldo Ruiz. Cláusulas autónomas, subordinadas e incorporadas de igualdad y no discriminación en el Sistema Interamericano. In: MEJÍA R., Joaquín A (coord.). *Los Derechos Humanos en las sentencias de la Corte Interamericana sobre Honduras*. Editorial Casa San Ignacio/ Guaymuras: Tegucigalpa, 2012. pp. 175-218.

COURTIS, Christian. Dimensiones conceptuales de la protección legal contra la discriminación. *Revista Derecho del Estado*, Bogotá, n. 24, pp. 105-141, 2010.

DULITZKY, Ariel E. El Principio de Igualdad y No Discriminación. Claroscuros de la Jurisprudencia Interamericana. *Anuario de Derechos Humanos*, Santiago, n. 3, pp. 15-32, 2007.

EIDE, Asbjorn; OPSAHL, Torkel. *Equality and non-discrimination*. Oslo: Norwegian Institute of Human Rights, 1990.

FERIA-TINTA, Mónica. Primer caso internacional sobre violencia de género en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: El caso del penal Miguel Castro; un hito histórico para Latinoamérica. *Revista CEJIL*, año II, n. 3, pp. 30-45, 2007.

FROST, Lynda E. The Evolution of the Inter-American Court of Human Rights: Reflections of Present and Former Judges. *Human Rights Quarterly*, v. 14, n. 2 (May, 1992), pp. 171-205.

MACGREGOR, Eduardo Ferrer; MÖLLER, Carlos Pelayo. Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos. In: STEINER, Christian; URIBE, Patricia. *Convención Americana sobre Derechos Humanos: Comentario*. Berlin: Konrad Adenauer Stiftung, 2014, pp. 42-69.

MCKEAN, W. *Equality and Discrimination under International Law*. Oxford: Clarendon Press, 1983.

NEVES, Marcelo. Entre Subintegração e Sobreintegração: A Cidadania Inexistente. *Dados: Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, Iuperj, v. 37, n. 4, pp. 253-276, 1994.

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. *Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos*. Actas y Documentos. 7-22 nov. 1969. OEA/Ser.K/XVI/1.2. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/docs/basicos/ActasConferenciaInteramericanaDDHH1969.pdf>. Acesso em: 03 mai 2015.

_____. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Relatório Anual 2012. OEA/Ser.L/V/II.147. Doc.1, adotado em 05 de março de 2013.

_____. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Relatório Anual 2014. OEA/Ser.L/V/II.147. Doc.1, adotado em 2015.

PARRA VERA, Óscar; GONZÁLEZ LE SAUX, Marianne. Concepciones y cláusulas de igualdad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana. A propósito del Caso Apitz. *Revista IIDH*, San José, v. 47, pp. 127-164, 2008.

PALACIOS ZULOAGA, Patricia. *La no discriminación*. Estudio de la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos sobre la cláusula autónoma de no discriminación. Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile: Santiago, 2006.

RODRIGUES, María José Franco. *Los derechos humanos de las mujeres en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos de México, 2011. 82p.

SHELTON, Dinah. Prohibición de Discriminación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. *Anuario de Derechos Humanos*, Santiago, n. 4, pp. 15-39, 2008.

TRIBUNAL EUROPEU DE DERECHOS HUMANOS; AGENCIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA. *Manual de legislación europea contra la discriminación*. Luxemburgo: Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, 2011.

WEIWEI, Li. 2004. *Equality and Non-Discrimination Under International Human Rights Law*. Norwegian Centre for Human Rights, University of Oslo, Research Notes 03/2004. Disponível em:

<http://www.humanrights.uio.no/forskning/publ/publikasjonsliste.html>. Acesso em 03 mai 2015.

Referências jurisprudenciais

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Marcelino Hanríquez y otros*. (Caso 11.784). Relatório nº 73/00. 3 out. 2000. Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/annualrep/2000sp/CapituloIII/Fondo/Argentina11.784.htm> Acesso em: 03 mai 2015.

_____. *María Eugenia Morales de Sierra* (Caso 11.625). Relatório nº 4/01. 19 jan. 2001. Disponível em: <http://www.cidh.org/women/Guatemala11.625.htm> Acesso em: 03 mai 2015.

COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. *Observación General nº 18*. No Discriminación. 10 nov. 1989. Disponível em: <http://www1.umn.edu/humanrts/hrcommittee/Sgencom18.html> Acesso em: 03 mai 2015.

_____. *Jacobs v. Bélgica*. Comunicación n. 943/2000, CCPR/C/81/D/943/2000. 17 ago. 2004. Disponível em: <http://www.cdh.uchile.cl/media/publicaciones/pdf/15/233.pdf> Acesso em: 03 mai 2015.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Caso “*Relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium*” (merits). 23 jul. 1968.

_____. *Caso Abdulaziz vs. United Kingdom*. 25 abri. 1985.

_____. *Caso Johnston y otros vs. Irlanda*. 18 dez. 1986.

_____. *Caso Inze vs. Austria*. 28 out. 1987.

_____. *Caso Salgueiro da Silva Mouta vs. Portugal* (No. 33290/96). 21 mar. 2000.

_____. *Caso Glor vs. Switzerland*. 30 abri. 2009.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Opinión Consultiva OC-04/84*. Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización. 19 jan. 1984. Série A No. 4.

_____. *Opinión Consultiva OC-18/03*. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. 17 set. 2003. Série C No. 18.

_____. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125.

_____. *Caso Yatama vs. Nicaragua*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. 23 jun. 2005. Série C No. 127.

_____. *Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130.

_____. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146.

_____. *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149.

_____. *Caso del Pueblo Saramaka. vs. Suriname*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172.

_____. *Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela*. Fondo, reparaciones y costas. 5 ago. 2008. Série C No. 182.

_____. *Caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C No. 184.

_____. *Caso Tiu Tojín vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2008. Serie C No. 190.

_____. *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205.

_____. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C No. 214.

_____. *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C No. 216.

_____. *Caso Atala Riffo vs. Chile*. Fondo, reparaciones y costas. 24 fev. 2012. Série C No. 239.

_____. *Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de octubre de 2012. Serie C No. 251.

_____. *Caso del Pueblo Saramaka. vs. Suriname*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172.

_____. *Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de octubre de 2012. Serie C No. 251.

_____. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245.

RESPEITO À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NA JUSTIÇA CRIMINAL BRASILEIRA DO ESTADO DEMOCRÁTICO

PRISÃO PREVENTIVA, DENÚNCIA e PENAL PRIVATIVA DE LIBERDADE

A 3ª via processual-penal para a correta interpretação e aplicação da lei, presunção de inocência, ônus *probandi* e última *ratio* da prisão

Cândido Furtado Maia Neto

Procurador de Justiça – Ministério Público do Estado do Paraná; Pós-doutor em Direito; Mestre em Ciências Penais e Criminológicas; Especialista em Direito Penal e Criminologia; *Expert* em Direitos Humanos (Consultor Internacional das Nações Unidas no período 1995-96); Professor Pesquisador e de Pós-Graduação; Docente para Cursos Avançados de Direitos Humanos e Prática de Justiça Criminal no Estado Democrático.

Trabalho em homenagem aos ícones veneráveis que se encontram no “plano astral”, que lutaram e continuam lutando pela Justiça e pela Verdade, são benfeitores da humanidade que nos dias atuais iluminam a todo o momento a comunidade jurídica terrena, enviando esforços intuitivos e inspirando para o aperfeiçoamento de Novas Práticas, *in memoriam* Antônio Beristain (+29.12.2009-Espanha); Alessandro Baratta (+25.5.2002-Alemanha); Rui Barbosa (+1.3.1923) juriconsulto de renome internacional; Tobias Barreto (+26.6.1889) da Escola do Recife e da ABL; Nelson Hungria (+26.3.1969) ex-ministro do STF; Heráclito Fontoura Sobral Pinto (+ 30.11.1991) jurista e ferrenho defensor dos Direitos Humanos; Francisco de Assis Toledo (+28.4.2001) subprocurador-Geral da República, e ex-ministro do STJ; Evandro Cavalcanti Lins e Silva (+17.12.2002) ex-Min. STF, ex-Procurador-Geral da República; Heleno Claudio Fragoso (+18.5.1985) advogado criminalista; e Luiz Luisi (+3.11.2005), livre-docente pela UFRGS. E ainda os juristas e criminólogos de envergadura intelecto-moral que merecem a nossa régia admiração, por seus excelsos escritos de invulgar coragem que exaltam o coração e emocionam ante a tamanha grandeza de cultura incontestável; falo de René Ariel Dotti; Nilo Batista; Antônio Augusto Cançado Trindade; Francisco Rezek; Fábio

Konder Comparato; César Barros Leal; José Bolívar Bretas (Brasil); Eugenio Raúl Zaffaroni (Argentina); Lola Aniyar de Castro (Venezuela); José Luiz de la Cuesta Arzamandi (Espanha); José Gonzáles Macchi (Paraguai); Luigi Ferrajoli (Itália). São queridos mestres “heróis da liberdade”, que tive e tenho a honra de desfrutar na minha vida acadêmica, em congressos, cursos de pós-graduações etc., onde recebi riquíssimos ensinamentos humanísticos. Todos estes doutos e eternos professores trabalham para valorizar e prestigiar a justiça penal em prol dos Direitos Humanos.

Neste artigo, trataremos de três temas ou de três institutos de direito criminal à luz dos Direitos Humanos como conteúdo necessário à efetivação do devido processo-penal legal, justo e necessário, para manutenção do Estado Democrático ante a prevalência hierárquica dos instrumentos internacionais das Nações Unidas (ONU) e da Organização dos Estados Americanos (OEA), aprovados em suas Assembleias Gerais e disponibilizados aos Estados-Membros para adesão e ratificação formal, além daqueles de aceitação tácita universal, dentre os quais cito especialmente as Diretrizes das Nações Unidas para os Membros do Ministério Público (ONU/1990).

Em outras palavras, ou a *contrario sensu*, a descrição do título deste trabalho se refere à 1ª via processual-penal, ou seja, LIBERDADE PROVISÓRIA, ARQUIVAMENTO DO INQUÉRITO POLICIAL e ABSOLVIÇÃO.

Todos os profissionais do direito devem respeito à dignidade da pessoa humana à luz do princípio da presunção de inocência ou do *in dubio pro reo*, devendo ser considerado em todas as fases procedimentais, desde o início (da investigação criminal), passando pela instrução criminal nas alegações finais e até a decisão judicial de mérito (de 1º ou 2º grau), com o trânsito em julgado da sentença ou acórdão (art. 5º, LVII CF).

Não se admite no sistema de justiça criminal democrática, conforme instituído pela Carta Magna da República Federativa do Brasil, a aplicação do princípio *in dubio pro societate*, em vigor no regime ditatorial do “Estado Novo” (período entre 1937 a 1945) época em que foi promulgado o Código de Processo Penal (Decreto-lei nº 3.689/1941).

Consta na Exposição de Motivos do Código de Processo Penal brasileiro atual:

As nossas vigentes leis de processo penal asseguram aos réus, extenso catálogo de garantias e favores, que a repressão se torna, necessariamente, defeituosa e retardatária... Urge que seja abolida a injustificável primazia do interesse do indivíduo... Não se pode continuar a contemporizar com pseudodireitos individuais... É restringida a aplicação do *in dubio pro reo*... A decretação da prisão preventiva, que, em certos casos, deixa de ser uma faculdade, para ser um dever imposto ao juiz (leia-se dever de prender preventivamente) ... Tratando-se de crime a que seja cominada pena de reclusão por tempo, no máximo, igual ou superior a 10 (dez) anos, a decretação da prisão preventiva será obrigatória...

Estes e outros *aberratio iuris* precisam ser olvidados pela comunidade jurídica nacional.

Na verdade, a hierarquia dos preceitos constitucionais (art. 5º Dos Direitos e Garantias Fundamentais) revogou e extirpou o princípio *in dubio pro societate* do sistema acusatório-garantista; infelizmente, porém, continua sendo utilizado reiteradamente na prática forense, no 1º ou no 2º grau de jurisdição.

Na docência de Dotti e de Hungria¹, podemos encontrar que a regra básica do direito penal democrático é a da interpretação da lei em benefício do réu, ou da norma mais favorável ao acusado, fazendo valer e prevalecer sempre na dúvida o princípio *in dubio pro reo*, bem como a interpretação restritiva (ou taxativa, isto é, sobre o que está escrito na norma). Excepcionalmente, admite-se a interpretação ampliativa ou extensiva, quando em estrito benefício do investigado-processado. Princípio da prevalência da norma mais favorável².

Apesar de o Código de Processo Penal vigente ter sido promulgado em época antidemocrática (ditatorial ou no período do “Estado Novo”), é imperioso dizer que alguns de seus artigos podem e devem ser aplicados, ou passarem obrigatoriamente por uma releitura, à luz da *Lex fundamentalis*, que impôs o sistema acusatório democrático para imperarem o contraditório e a imparcialidade judicial.

1 DOTTI, René Ariel, in “Curso de Direito Penal”. São Paulo: Revista dos Tribunais, 5ª ed., 2013.

“Comentários ao Código Penal”. HUNGRIA, Nelson Hungria e DOTTI, René A. Rio de Janeiro: GZ, 2014.

2 FRAGOSO, Heleno Claudio. *Lições de Direito Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

No Código de Processo Penal, o artigo 3º possibilita a aplicação dos princípios que se adequam ao sistema de justiça penal democrática; ou seja, a analogia *in bonam partem*, e nunca a *analogia in malam partem*, já que esta se vincula ao sistema inquisitorial e antidemocrático, há muito tempo fora de moda.

Quadro de destaque dos princípios democráticos e antidemocráticos:

ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO		ESTADO DE POLÍCIA
devido processo (penal) legal	<i>versus</i>	processo-penal inquisitivo
garantias fundamentais da cidadania	<i>versus</i>	ordem pública imperante
direito constitucional	<i>versus</i>	direito penal autoritário
direitos Humanos	<i>versus</i>	Estado gendarme
prevalência dos Direitos Humanos	<i>versus</i>	prevalência da lei ordinária
presunção de inocência	<i>versus</i>	presunção de culpabilidade
<i>in dubio pro reo</i>	<i>versus</i>	<i>in dubio pro societate</i>
analogia <i>in bonam partem</i>	<i>versus</i>	analogia <i>in malam partem</i>
interpretação favorável	<i>versus</i>	interpretação prejudicial
descriminalização	<i>versus</i>	criminalização
despenalização	<i>versus</i>	penalização
segurança jurídica	<i>versus</i>	(in) segurança pública
p.p.l. <i>ultima ratio</i>	<i>versus</i>	p.p.l. <i>prima ratio</i>
<i>no bis in idem</i>	<i>versus</i>	duplo processo-condenação
predomina atenuantes	<i>versus</i>	predomina agravantes
direito penal de ato	<i>versus</i>	direito penal de autor
princípio da isonomia	<i>versus</i>	tratamento diferenciado
princípio da verdade real	<i>versus</i>	princípio da verdade formal
princípio da oportunidade relativa	<i>versus</i>	princípio obrigatoriedade plena
inviolabilidade intimidade-privacidade	<i>versus</i>	quebra sigilo bancário e fiscal
inviolabilidade de comunicação	<i>versus</i>	interceptações telefônicas
asseguramento do direito adquirido	<i>versus</i>	expectativa de direito
princípio da liberdade de pensamento	<i>versus</i>	censura - restrições
juízo natural (Promotor Natural)	<i>versus</i>	Tribunal/juízo de exceção
princípio da indelegabilidade	<i>versus</i>	princípio da delegabilidade

(continua)

(conclusão)

ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO		ESTADO DE POLÍCIA
tipo penal fechado-preciso	<i>versus</i>	tipo penal aberto-incerto
<i>no iudex ex officio</i> e inercia	<i>versus</i>	parcialidade judicial
excepcionalidade da prisão preventiva	<i>versus</i>	generalização prisão preventiva
individualização da prisão-condena	<i>versus</i>	generalização da prisão
limite do cumprimento da p.p.l.	<i>versus</i>	prisão perpétua
inviolabilidade do direito à vida	<i>versus</i>	pena capital
medidas alternativas à prisão	<i>versus</i>	prisão como regra geral
ampla defesa	<i>versus</i>	cerceamento da defesa
<i>ônus probandi ministerial</i>	<i>versus</i>	<i>ônus probandi - invertido</i>
publicidade dos atos judiciais	<i>versus</i>	segredo de justiça
indelegabilidade de função	<i>versus</i>	delegação de função
representação parlamentar da lei penal	<i>versus</i>	lei penal com origens diversas

p.p.l = pena privativa de liberdade

5 metas para o Ministério Público humanitário:

1. Proteger a dignidade da pessoa humana, da vítima e do vitimário (art. 5º, XLIX CF)
2. Exigir a correta interpretação e aplicação da lei, ante a sua condição de *dominus litis* e *custos legis* na ação penal (art. 29, I CF e art. 257 CPP);
3. Exercer o controle externo da atividade policial (art. 129, VII CF);
4. Assegurar o regime democrático e o Estado de Direito (art. 127, *caput*, CF);
5. Efetivar o devido processo legal e a prevalência dos Direitos Humanos (art. 4º, II c/c art. 5º, LIV e LV CF).

Passemos agora para as questões de ordem prática, a saber:

A) LIBERDADE PROVISÓRIA – regra geral através do direito de todos os cidadãos de responder processo em liberdade

1ª via. LIBERDADE PROVISÓRIA - *prima ratio*

- sem fiança (art. 350 CPP)
- com fiança (art. 322 CPP)
- fixação do valor da fiança, serve para:

1. fazer frente às despesas processuais

2. garantia do pagamento de possível aplicação de pena de multa, ao ilícito irrogado (art. 91, I CP)

3. reparar os prejuízos da vítima resultantes do crime

3.1 danos materiais

3.2 danos morais

Quanto à ação *ex delicto* (art. 63 *usque* 68 CPP), esta pode ser interposta no juízo cível para adequar valores do dano material, ou somente para definir o dano moral, posto que a área penal independe da instância do juízo cível.

Sempre no arbitramento da fiança se levam em consideração as condições econômicas do acusado; nunca a espécie do delito praticado, razão pela qual se o crime for o tipificado no art. 121 CP, resta difícil calcular o valor da vida da vítima para aferir o quantum da fiança. Sabemos que é perfeitamente lícito e normal responder pelo crime de homicídio em liberdade, até mesmo sem a prestação de fiança.

De outro lado, a concessão de liberdade provisória, mediante arbitramento de fiança, se dá pela tipicidade do fato e não pela insignificância do delito ou por falta de afetação do bem jurídico-penal, porque nesta hipótese o fato é atípico.

Se se considera a insignificância do fato, o remédio legal para a liberdade está no *Habeas Corpus* (por falta de justa causa – atipicidade, art. 648 CPP), e não no instituto da liberdade provisória propriamente dita.

Vejamos: Sendo típico o fato e arbitrada fiança para a concessão de liberdade provisória, um dos requisitos judiciais (art.324, I c.c art. 327/328 CPP), impostos ao afiançado, é o de não praticar nenhum outro ato ilícito (seja leve ou grave); do contrário, restará automaticamente (legalmente) quebrada a fiança.

Ocorre que, na práxis jurídico-penal esta situação não vem sendo devidamente observada, sendo concedidas várias fianças sucessivamente, com expedições de inúmeros alvarás de soltura. O que é incorreto, impróprio ou ilegal.

Quando o agente está no gozo da liberdade provisória mediante afiança e comete o 2º ato ilícito (típico, obviamente, porque não se está aqui falando de insignificância), ao requerer a segunda liberdade provisória, cabe ao juiz de direito e ao Promotor de Justiça considerar o pedido prejudicado e, ao mesmo tempo, informar ao juiz natural do 1º fato (aquele que concedeu a 1ª fiança) o quebramento desta.

Não se trata de deferimento e nem de indeferimento, mas sim de pedido prejudicado pelo descumprimento de medida legal-judicial, em face da prática do 2º fato.

Este seria o *modus operandi* para a correta interpretação e aplicação da lei pra a liberdade provisória.

2ª via. MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS À PRISÃO (art. 319 CPP)

- compromisso de comparecimento em juízo
- proibição de acesso ou de frequência a determinados lugares
- proibição de manter contato com pessoa determinada
- proibição de ausentar-se da comarca e do País (local do crime, onde tramita o processo)
- recolhimento domiciliar
- suspensão do exercício ou função pública
- monitoração eletrônica

Sem prejuízo da aplicação do direito comparado à luz das Medidas não Privativas de Liberdade, ou denominadas Regras de Tóquio (ONU/Resolução nº 45/110 de 14.12.1990).

Por sua vez, medidas substitutivas são aquelas que podem ser aplicadas em troca da prisão; são certas condições obrigatórias de cumprimento, podendo ser revogadas pelo descumprimento. Já as medidas alternativas são aquelas que, do ponto de vista prático e legal, se desprendem da pena privativa de liberdade, como forma de sanções diversas, aplicadas para serem cumpridas em liberdade, baixo controle e vigilância judicial.

3ª via. PRISÃO PREVENTIVA – *ultima ratio* – princípio da excepcionalidade (art. 311 e 312 CPP)

• causas objetivas são aquelas que justificam o decreto de prisão preventiva.

Ex. por conveniência da instrução criminal (quando existe eminente perigo de fuga; ou quando o réu está coagindo testemunhas, ou ainda conturbando a produção probatória).

• causas subjetivas são as que dificilmente justificam o decreto de prisão preventiva.

Ex. garantia da ordem pública; garantia da ordem econômica; ou para assegurar a aplicação da lei penal.

B) Investigação criminal - fase do *ius perseguendi*

1ª via. ARQUIVAMENTO DO INQUÉRITO POLICIAL (art. 28 CPP) por razão de (a)tipicidade, responsabilidade penal, prescrição e competência

- análise objetiva referente à atipicidade – princípio da legalidade (art. 1º CP e art. 5º XXXIX, XL CF)

- sobre a maioria penal (art. 27 CP e art. 228 CF)

- sobre a prescrição (extinção de punibilidade – art. 107 e seguintes. CP)

- sobre a jurisdição constitucional ou Juiz e Promotor Natural, que define a competência judicial e/ou atribuição ministerial (art. 69 CPP) *ratione materiae*, *ratione loci*, *ratione personae*, por distribuição, conexão ou continência; e ainda pelo lugar da residência do réu, e porque não em algumas hipóteses, excepcionalmente, a competência definida pelo local da residência da vítima (em analogia com os arts. 93, I e 101, I do Código do Consumidor, e prevalência do princípio *in dubio pro victmae* – análise da tipicidade do ilícito; quando a infração é de pequeno potencial ofensivo (delito de “bagatela”) o feito tramita no Juizado Especial Criminal (Lei nº 9.099/95, arts. 2º, 60/61/62).

Ressaltamos, novamente, que não se deve confundir ilícito de pequeno potencial ofensivo com o princípio da insignificância da lesão³. O primeiro refere-se à infração penal típica leve, pequena ou mínima; já o segundo significa atipicidade por falta de lesão ao bem jurídico tutelado pelo sistema penal (repressivo), não configurando dano que exija processamento criminal.

2ª via. ARQUIVAMENTO DO INQUÉRITO POLICIAL (art. 28 CPP) por falta de provas e respeito aos princípios de justiça democrática

Com base em análise objetiva da prova concreta, absoluta ou certa quanto à autoria e à materialidade delitiva (art. 41 CPP) e não a indícios (art. 239 CPP). O sistema acusatório no Estado Democrático só trabalha com a absoluta certeza; do contrário, impera o princípio *in dubio pro reo*.

Antes de oferecer denúncia, o Promotor de Justiça verifica a materialidade delitiva; no caso de dúvida, requisita diligências para o esclarecimento, sobre provas técnicas, acareações etc. (art. 16 CPP);

3 TOLEDO, Francisco de Assis, in “Princípios Básicos de Direito Penal”. São Paulo: Saraiva, 5ª ed., 2010.

necessita-se que o agente ministerial esteja certo da autoria delitiva; não estando, cabe requisitar à autoridade policial para que proceda a novo interrogatório (art. 196 CPP).

Ainda que o artigo 239 do Código de Processo Penal brasileiro expresse e admita os indícios, que significam, apenas, um sinal, um vestígio, uma indicação, muito utilizado na inquisição (Tribunal Inquisitorial do Santo Ofício – com origem no sec. XII até sec. XIX), a prova indiciária ou inquisitorial não possui valor no sistema adotado pela Constituição federal (1988).

No Estado Democrático de Direito imperam o contraditório e a ampla defesa, nos processos e procedimentos administrativos e judiciais (art. 5º, LV CF). Não se condena com base em indução, conjectura ou probabilidade, mas sim na certeza plena, absoluta e concreta da materialidade, autoria e culpabilidade.

- prescrição em perspectiva se dá por falta do interesse de agir ou falta de justa causa (art. 648, I CPP), ante a análise geral de todas as questões fáticas e de direito: quanto à precariedade das provas ou sobre a utilidade do processo quanto à possibilidade prática de aplicação de sanção (previsão de punibilidade, em perspectiva).

- princípio da oportunidade ministerial onde a titularidade da política criminal estatal correlaciona-se com o princípio da utilidade e economia processual. O princípio da oportunidade na práxis penal moderna possui maior amplitude – *lato sensu* –, não está somente vinculado à ação penal privada, mas também se aplica na esfera da ação penal pública condicionada e incondicionada.

Afirma Nilo Batista⁴ que o princípio da oportunidade se vincula ao sentimento social de segurança pública pela necessidade estatal da persecução penal, pois muitos ilícitos vigentes já foram, pela sociedade, descriminalizados de fato.

- princípio *pro homine* ou de humanidade refere-se à aplicação de medida judicial mais branda e também ao perdão judicial (art. 120 CP).

- tipos penais em branco⁵ (princípio da legalidade, da taxatividade e da representação popular), a aprovação da lei penal é exclusiva do

4 In “Punidos e Mal Pagos”. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

“Introdução Crítica ao Direito Penal”. Rio de Janeiro: Revan, 12ª ed., 2011.

“Direito Penal Brasileiro I”, ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Rio de Janeiro: Revan, 4ª. ed., 2011.

5 MAIA NETO, Cândido Furtado, in “Tráfico de Drogas e Contrabando: Tipos Penais em Branco”, Revista Prática Jurídica – Consulex, Ano IV – nº 34, 31/01/2005,

Congresso Nacional, onde a competência legislativa é privativa da União para criar tipos penais completos, e não abertos ou em branco (art. 22, I CF). Vejamos os exemplos abaixo:

1. Art. 334 do Código Penal (contrabando e descaminho – as espécies de mercadorias proibidas e o valor de isenção são fixados pelo Poder Executivo, por meio de medida administrativa e não legislativa); e

2. Arts. 33 e 34 da Lei nº 11.343/2006 (tráfico de drogas proibidas – as substâncias entorpecentes são elencadas e reguladas pela ANVISA, órgão da gestão executiva); ainda que a norma geral expresse em desacordo com determinação regulamentar. A lei nº 11.343/2006 é infraconstitucional, portanto não possui força para contrariar dispositivo constante na Carta Magna. A válvula de escape legal se dá em razão da ratificação e adesão dos instrumentos internacionais referentes à repressão ao uso e tráfico de entorpecentes, firmado pela República Federativa do Brasil. Portanto, a legalidade não tem origem na regulação da ANVISA, mas nos Tratados e Convenções internacionais.

Outras normas e tipos penais como os crimes contra o meio ambiente são regulados por determinação do CONAMA; o delito de condução de veículo sob efeito de bebida alcoólica depende de resolução do CONTRAN; entre outros.

Note-se, que nem o Presidente da República está autorizado a legislar em matéria penal, via Medida Provisória. Pergunta-se: como um órgão ou servidor público de 3ª ou 5ª hierarquia funcional estaria complementando tipo penal aberto ou em branco, sem *referendum* do Parlamento Nacional.

Por respeito aos Direitos Humanos e à dignidade da pessoa processada é primordial a estrita legalidade. Tipos penais em branco não se adaptam e não se integram ao sistema acusatório democrático.

3ª via. DENÚNCIA – quando se inicia a fase do *ius persequendi*

Antes da denúncia o agente ministerial poderá interpor *habeas corpus* (art. 5º, LXVIII CF c/c art. 654 CPP) em favor do investigado, para que alcance sua liberdade ou para trancar o inquérito policial.

A jurisprudência do STF e do STJ sobre trancamento do inquérito policial e/ou da ação penal é clara quando restam demonstradas a atipicidade da conduta praticada, a ausência de elemento constitutivo

do tipo, a não comprovação da materialidade delitiva, ou, ainda, quando a autoria é incerta, dando-se o trancamento da investigação policial (do inquérito policial), medida excepcional, cabível quando evidente a falta de justa causa para futura ação penal.

Para o oferecimento da denúncia se faz imprescindível a análise do dolo - a intenção do agente como elemento subjetivo-constitutivo do tipo penal - (art. 18, I CP); e/ou da culpa (art. 18, II CPP, imprudência, negligência ou imperícia); porque o Código Penal (Lei nº 7.209/1084 - Parte Geral) adotou a teoria finalista da ação, revogando a teoria causalista; esta vigorava no Decreto-lei nº 2.848/1940 - Parte Geral, onde o dolo e a culpa integravam a culpabilidade propriamente dita e não a tipicidade, como elemento do crime, assim nos ensinando Luisi.⁶

Na prática, tal mudança legislativa torna-se substancial. O Ministério Público, antes da propositura da ação penal (da denúncia), verifica o dolo ou a culpa, e não como era antes (de 1984), quando o agente do Parquet analisava a caracterização do crime - do dolo e da culpa - somente no término da ação penal, isto é, na fase das alegações finais ou das derradeiras alegações, e vinha promovendo denúncias por meros indícios.

- princípios da legalidade e da taxatividade *versus* inépcia da exordial.

A legalidade no Estado Democrático surge da taxatividade, onde todos os cidadãos devem saber o que é lícito ou proibido, sendo inescusável o desconhecimento da lei (art. 21 CP); do mesmo modo a exordial acusatória (a denúncia ministerial) deve descrever taxativamente o crime e a conduta com todas as suas circunstâncias; do contrário, configura inépcia da acusação, por afronta à legalidade quanto à exigência processual.

É pacífica a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em considerar excepcional o trancamento da ação penal pela via do habeas corpus, que autoriza o encerramento do processo-crime quando de logo avulta ilegalidade ou abuso de poder. Se a denúncia não descreve suficientemente os fatos ilícitos protagonizados individualmente pelo(s) agente(s), a inicial acusatória incorre na impropriedade descrita no inciso I do art. 395 do Código de Processo Penal, ferindo, ademais o princípio da ampla defesa.

⁶ LUISI, Luiz, in "O Tipo Penal, A Teoria Finalista e a Nova Legislação Penal". Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1987.

A orientação legal é pela necessidade da individualização da conduta de cada denunciado, não podendo ser relativizada. A denúncia ministerial deve conter a descrição pormenorizada, ou seja, em todas as suas circunstâncias, quanto à participação de cada acusado, de modo a possibilitar o adequado exercício do direito de defesa. A inépcia da denúncia se dá quando redigida de forma a não apontar a posição jurídica do fato ilícito e da conduta do denunciado.

Deste modo, não há dúvida de que a descrição fática constante da denúncia deve ser certa, precisa e objetiva; nada de argumentos ou citações subjetivas, indutivas, sobre isto ou aquilo. Tudo perfeitamente descrito quanto à conduta do réu ou dos coautores, quanto ao modo de agir, hora e local determinado (art. 41 CPP ou falta de justa causa art. 648, I CPP).

Por analogia, aplica-se ao agente do Ministério Público o disposto nos artigos 16 e 17 do CPC e art. 19 da Lei nº 8.429/1992, em que a litigância de má-fé é proibida e pode resultar em responsabilidade administrativa e judicial.

Devemos ressaltar que o artigo 127 CF expressa que ao Ministério Público, como instituição essencial a função jurisdicional do Estado, incumbe a tutela dos interesses individuais e sociais indisponíveis (leia-se respeito à dignidade da pessoa humana em proteção aos Direitos Humanos), tanto do processado-réu como da vítima direta de crime (ou indireta: a sociedade em geral).

O trabalho do Promotor de Justiça é duplo porque, ao oferecer denúncia, o agente ministerial não olvida os Direitos Humanos do processado e muito menos das vítimas de crimes, principalmente pelo que consta no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (ONU/1966 - BR 2002), na Convenção Americana sobre Direitos Humanos ou no denominado Pacto de San José da Costa Rica (OEA/1969 - BR 2002).

Estes instrumentos internacionais pertencem ao ordenamento jurídico pátrio, com categoria de norma interna com prevalência constitucional, ou seja, superior à norma infraconstitucional (ex. Código Penal e do Código de Processo Penal); ex. a Declaração de Princípios de Justiça para as Vítimas de Crimes e de Abuso de Poder (ONU/1985), de reconhecimento e aceitação tácita universal, ante a aprovação pela Assembleia-Geral das Nações Unidas, sendo a República Federativa do Brasil Estado-Membro da ONU.

Assim como a Declaração Universal dos Direitos Humanos (ONU/ 1948), não é um instrumento técnico-jurídico de natureza de um Tratado, como afirma Rezek; mas “Existem certos direitos individuais cujo respeito e consenso exige a comunidade internacional. São os direitos da pessoa humana, reconhecidos pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, ainda que não tenha natureza de Tratado, por não haver sido regularmente celebrada como determinam as normas do direito internacional público, tem força como se assim fosse, e para alguns tratadistas está na categoria dos Documentos indenunciáveis, o que tecnicamente não é exato, mas politicamente é uma realidade”⁷, ensina o ex-ministro da Corte Suprema de controle da legalidade e da constitucionalidade.

É de se observar que as cláusulas de Direitos Humanos (direito internacional humanitário) desfrutam hoje, nas palavras do professor Antônio Augusto Cançado Trindade⁸, de caráter imperativo *ius cogens*, ou seja, norma imperativa, peremptória, inderrogável; isso significa que não é possível a sua derrogação por outra norma de caráter nacional, ante a grande importância no contexto da comunidade internacional. As normas de Direitos Humanos somente são substituídas por outras normas constantes em Tratados ou Pactos de Direitos Humanos.

Leciona Konder Comparato⁹:

Sem entrar na tradicional querela doutrinária entre monistas e dualistas a esse respeito, convém deixar aqui assentado que a tendência predominante, hoje, é no sentido de se considerar que as normas internacionais de direitos humanos, pelo fato de exprimirem de certa forma a consciência ética universal, estão acima do ordenamento jurídico de cada Estado. Em várias Constituições posteriores à 2ª Guerra Mundial, aliás, já se inseriram normas que declaram de nível constitucional os direitos humanos reconhecidos na esfera internacional. Seja como for, vai-se firmando hoje na doutrina a tese de que,

7 In “A Constituição Brasileira e as Normas de Direito Internacional Humanitário”; Coleção Relações Internacionais nº 6, do Instituto de Pesquisas de Relações Internacionais (PRI). Brasília: Escopo, out/1988, p. 97.

8 In “A Proteção Internacional dos Direitos Humanos”. São Paulo: Saraiva, 1991. - “Evolução do Direito Internacional Humanitário e as Posições do Brasil”. Direito Internacional Humanitário. Brasília: Instituto de Pesquisas de Relações Internacionais, 1988.

9 KONDER COMPARATO, Fábio: “A afirmação histórica dos direitos humanos”. São Paulo: Saraiva, 1999, pp. 48-49.

na hipótese de conflito entre regras internacionais e internas, em matéria de direitos humanos, há de prevalecer sempre a regra mais favorável ao sujeito de direito, pois a proteção da dignidade da pessoa humana é a finalidade última e a razão de ser de todo o sistema jurídico.

O princípio da *prevalência da norma (internacional) mais favorável, em confronto com a norma interna*.¹⁰

Neste sentido tem uma grande importância a Declaração de Princípios das Vítimas de Crimes (ONU/1985); porque se trata do marco legal internacional referente aos Direitos Humanos à luz da vitimologia e da Justiça Restaurativa, Conciliadora ou Reparadora versus Justiça eminentemente Retributiva, esta sem apresentar resultados práticos e positivos à sociedade.

A Justiça Restaurativa visa a conciliação entre vítima e vitimário e à reparação dos danos causados pelo crime, através da responsabilidade e do reconhecimento do réu (vitimário) quanto aos efeitos da sua conduta ilícita e prejudicial à vítima.

Ela, JUSTIÇA RESTARURATIVA, com letras maiúsculas, segundo o mestre Beristain¹¹, do país Vasco; olha para o futuro objetivando a recomposição ou a restauração do ato. Já o modelo de justiça retributiva (em letras minúsculas) olha para o passado e nada reconstrói ou restaura, é simplesmente punitiva, aplica pena inócua, que não ressocializa, não repara os danos do crime, e ainda é transcendente e não individual, porque suas resoluções não solucionam o problema crime, apenas redefine, causando danos a todos, ao réu e seus familiares e para a vítima, configurando 3ª vitimização, provando e gerando a reincidência (70% dos apenados com privação de liberdade, voltam a delinquir).

A) Fim da instrução criminal - fase jurídica quanto ao mérito da questão

Culpabilidade (art. 59 CP) – *ius puniendi*

10 “Este princípio, perseguido pelo direito internacional geral, e vigorosamente defendido por setores da doutrina brasileira, parece não haver ganho, até o presente, expressiva concreção na jurisprudência brasileira, devendo ser lembrada a questão do depositário infiel.” (Bahia, Saulo José Casali, Tratados Internacionais no Direito Brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 116).

11 BERISTAIN, Antonio. “Nova Criminologia à luz do direito penal e da vitimologia”. Brasília: UNB, 2000. Tradução de MAIA NETO, Cândido Furtado. “Derecho Penal, Criminologia y Victimología”. Curitiba: Juruá, 2007. Prólogo MAIA NETO, Cândido Furtado.

1ª via. *Prima ratio* ABSOLVIÇÃO

• A autoria e a materialidade foram analisadas na fase da denúncia; precisam, porém, ser confirmadas durante a instrução criminal; do contrário, absolve-se por improcedência da ação.

• É certo que pode ocorrer mudança na prova técnica-pericial e testemunhal, por surgirem novos elementos na fase da instrução criminal, conduzindo à absolvição; não sendo a denúncia confirmada, absolve-se por improcedência da ação.

• Art. 386 CPP.

2ª via. *Ultima ratio* – CONDENAÇÃO

No Estado Democrático de Direitos somente se condena com base em prova concreta e absoluta. Incertezas, conjecturas ou indícios conduzem à absolvição.

Na condenação visa-se primeiro aplicar sanções alternativas a pena privativa de liberdade, a saber:

• sanções restritivas de direito (art. 43 e segs. CP)

• pena de multa (art. 49 e segs. CP)

• sanção pecuniária em favor da vítima¹² (art. 43, I CPP e art. 91, I CP)

• Art. 387 CPP.

3ª via. (Ou última hipótese). APLICAÇÃO DE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE – *ultima ratio* ou último recurso é a restrição do *ius libertatis*: direito de ir, vir e ficar (art. 5º LXVIII CF)

O *quantum* da pena deve atender ao princípio da conexão e da proporcionalidade entre o crime e o dano resultante; sem prejuízo do princípio de humanidade ou de justiça criminal (*pro homine*) em favor do apenado, com aplicação de atenuantes a seu favor (art. 65 CP). É preciso dar mais valor às atenuantes do que às circunstâncias agravantes (art. 61 CP). Sempre se aplica a lei (a norma) mais favorável ao agente (art. 2º CP), sem olvidar o perdão judicial (art. 120 CP).

Registros de Inquéritos Policiais e Ações Penais sem trânsito em julgado não podem ser considerados para fins de maus antecedentes na dosimetria da pena

Recurso Extraordinário nº. 591054, com repercussão geral. Decisão do STF 17.12.2014

¹² MAIA NETO, Cândido Furtado, in “Direitos Humanos das Vítimas de Crimes”. Curitiba: Juruá, Curitiba, 2014.

Princípio da Presunção de Inocência: Art. 5º, LVII CF: “ninguém será considerado culpado antes do trânsito em julgado de sentença condenatória”.

Os maus antecedentes só podem ser valorados quando houver decisão transitada em julgado (firme – coisa julgada); ou seja, quando não for passível de mudança por via recursal.

Súmula nº 444 STJ: “É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base”.

O Superior Tribunal de Justiça decidiu: “O envolvimento em inquéritos diversos e em vários processos ainda em curso não se presta como indicativo de maus antecedentes, no momento da fixação da pena. Precedentes.” (Recurso Especial nº. 722751/RS, 5ª Turma, Rel. Min. Gilson Dipp, DJU de 29/08/2005).

Também não é possível justificar a prisão provisória (temporária/preventiva) com fundamento na existência de inquérito policial e de ação penal; continua imperando o princípio da presunção de inocência. O reconhecimento da culpa somente se dá com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, isto é, irrecorrível.

É o princípio da presunção de inocência versus presunção de culpabilidade.

- pena abaixo do mínimo legal, segundo Zaffaroni¹³, é perfeitamente possível e legal aplicar pena abaixo do mínimo legal, quando no “caso concreto” a pena mínima cominada ainda se mostre alta para a reprimenda estatal. Assim é possível pena abaixo do mínimo legal; jamais será permitida pena acima do máximo fixado em lei. Em benefício do réu se aplicam normas e princípios por analogia (*in bonam partem*) para alcançar a equidade e a Justiça efetiva, necessária e devida.

Caso prático como exemplo: “Um motorista conduzindo seu veículo em via pública, por estar com pressa ou não, faz uma ultrapassagem imprudente, causando choque com um caminhão, levando a óbito seus parentes, que estavam no automóvel, ou seja, mãe, esposa e dois filhos”. Pergunta-se: É justo e viável processar e

13 ZAFFARONI, Eugenio Raul. “Sistemas Penales y Derechos Humanos en America Latina”. Buenos Aires: Depalma, 1986.

“Criminologia. Aproximación desde un margen”. Bogotá: Temis, 1988.

“En busca de las penas perdidas”. Bogotá: Temis, 1990.

“Derecho Penal – Parte General”. Buenos Aires: Ediar, 2000.

condenar o pai de família por este trágico acidente? Aplicam-se o princípio de humanidade e o perdão judicial (art. 120 CP).

Perdão ou a renúncia da sanção, não significa destruição da organização legal ou do sistema judicial; mas, sim, a real e maior preocupação com o respeito à dignidade da pessoa humana, em proteção à integridade física e moral do processado. A Justiça está inserida nos princípios de Direitos Humanos (lei natural irrevogável), e não nos códigos propriamente ditos, por que estes são oriundos de leis criadas politicamente para atender interesses econômicos ou de grupos.

Na fase de execução penal (Lei nº 7.210/1984).

A pena privativa de liberdade tem por objetivo a reintegração social do apenado (art. 1º LEP), e respeito à dignidade da pessoa encarcerada (art. 1º, III CF) em atenção à sua integridade física e moral (art. 38 CP, art. 40 LEP e art. 5º, XLIX CF).

É preciso observar as normativas internacionais em matéria de Direitos Humanos¹⁴ em respeito à dignidade das pessoas privadas de liberdade; dentre elas, cito:

Regras Mínimas para o Tratamento dos Reclusos (ONU/Aprovadas 1955, Res. 663C [XXIV]) 31.7.57 e 2076 [LXII] 13.5.77).

Normas para a aplicação efetiva das Regras Mínimas para o Tratamento dos Reclusos (Aprovadas pelo Conselho Econômico e Social das Nações Unidas – Resolução 1984/47, de 25.5.84 – Anexo das Regras Mínimas para o Tratamento dos Reclusos).

Princípios Básicos para o Tratamento dos Reclusos (ONU/Res. 45/111, 14.12.90).

Regras Mínimas das Nações Unidas sobre Medidas não Privativas de Liberdade (Regras de Tokio. Adotada pela Assembléia Geral/ONU Res. 45/110, de 14.12.1990).

Conjunto de Princípios para a Proteção de Todas as Pessoas Submetidas a Qualquer Forma de Detenção ou Prisão (ONU/Res. 43/173, 9.12.88).

Tratado Tipo de Extradicação (ONU/Res. 45/116. 7.º Cong NN. UU. Milão 26 de agosto a 6 de setembro de 1985).

14 MAIA NETO, Cândido Furtado, in “Código de Direitos Humanos para a Justiça Criminal Brasileira”. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

Acordo Tipo sobre a Transferência de Reclusos Estrangeiros e Recomendações sobre o Tratamento de Reclusos Estrangeiros (ONU/ Res. VII Cong. NN.UU. para Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquente, Milão, 26 de agosto a 6 de setembro de 1985).

Tratado Tipo de Auxílio Judiciário Mútuo em Matéria Penal (ONU/Res. 45/117 da Assembleia Geral)

Protocolo de Assistência Jurídica Mútua em Assuntos Penais (entre os Governos da República Argentina, Federativa do Brasil, Paraguai e Oriental do Uruguai, em Buenos Aires, aos 13 de junho de 1996).

Declaração sobre a Proteção de Todas as Pessoas contra a Tortura e Outros Tratos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (Adotada pela Assembleia Geral /ONU Res. 3452 [XXX] de 9.12.1975.

Convenção contra a Tortura e outros Tratos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (Adotada pela Assembléia Geral/ ONU Res. 39/46, de 10.12.1984 - vigencia 26.6.87). Ratificação em 28.9.1989

Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura OEA (1985) Ratificação em 20.7.1989, Decreto de promulgação nº 98.386, de 9.11.1989.

Princípios de ética médica aplicável à função do pessoal de saúde, especialmente os médicos, na proteção de pessoas presas e detentas contra a tortura e outros tratos ou penas cruéis, desumanas ou degradantes (Adotado pela Assembleia Geral/ONU Res. 37/194, de 18.12.1982).

Declaração dos Direitos do Retardado Mental (Proclamada pela Assembleia Geral/ONU Res. 2856 [XXVI], de 20.12.71).

Princípios para a Proteção dos Enfermos Mentais e o Melhoramento da Atenção à Saúde Mental (Adotados pela Assembleia Geral/ONU Res. 46/119, de 17.12.91).

Regras Mínimas para as Mulheres Presas (ONU dez/2010).

Impende destacar ainda a “inconstitucionalidade da execução da pena privativa de liberdade”¹⁵, por caracterizar maus tratos, tratamento

15 MAIA NETO, Cândido Furtado, in “inconstitucionalidade da Execução da Pena de Prisão: Abuso de Autoridade e Flagrante Violação aos Direitos Humanos”

desumano, degradante, ou pena cruel, em desconformidade com a Constituição federal (art. 5º, XLVII “e” CF) e em total desrespeito à dignidade da pessoa reclusa.

O próprio Ministro da Justiça Eduardo Cardoso, certa vez, no ano de 2013, em discurso público se referiu às prisões brasileiras como sendo verdadeiras masmorras terríveis; afirmando que preferia morrer que cumprir pena em uma prisão brasileira. “Que novidade!”

A pena privativa de liberdade, em si, não é proibida; pelo contrário, aceita e permitida no sistema legislativo pátrio, *ex vi* do artigo 5º, XLVI “a” CF cc. com artigos 32, I e 33 CP (Lei nº 7.209/1984) e pelo sistema universal dos Direitos Humanos, mas quando na prática é aplicada, configurando-se desumana, cruel e infamante, representa sério e forte desrespeito ao sistema internacional e interno.

A ilegalidade da execução da pena privativa de liberdade é um flagrante atentado ao Estado Democrático de Direito, ao devido processo, afetando diretamente a dignidade da pessoa humana, tornando a execução penal indevida (Lei nº 4.898/1965, abuso de autoridade).

Em 1937, o advogado Sobral Pinto impetrou *habeas-corpus* no Tribunal de Segurança Nacional, com base no Decreto de Proteção e Defesa dos Animais. Isso ele o fez para salvar do flagelo da prisão o preso político alemão Harry Berger, que se encontrava em condições subumanas. O Decreto tinha sido assinado por Getúlio Vargas, em época de ditadura civil e em analogia *in bonam partem*, foi aceito em benefício de uma pessoa.

O nobre e ex-ministro do STF, Evandro Lins e Silva, afirmava de maneira objetiva e contundentemente que era contra a pena privativa de liberdade; para ele a prisão só serve para degradar a dignidade e corromper o ser humano. Nada mais.

José Luís de la Cuesta Arzamandi (Espanha) e José Gonzáles Macchi (Paraguai), renomados mestres de direito penal, são autores de valiosas obras sobre “Tortura e maus-tratos”¹⁶.

(revisado). RT, Revista dos Tribunais; Publicação Oficial dos Tribunais de Justiça; Ano 83, n.707, Setembro de 1994 - São Paulo. - Direitos Humanos: Doutrinas Essenciais, vol. II. São Paulo: RT, 2011, p. 385.

16 DE LA CUESTA, José L. “El Delito de Tortura”. Barcelona: Bosch, 1990.

Gonzáles Macchi, José Ignacio: in “Introducción al Derecho Penal Paraguayo”. Asunción: Intercontinental, 2003.

Direitos Humanos agoniza mas não morre¹⁷, alguém (comunidade jurídica e as Cortes internacionais) sempre te socorre, antes do suspiro derradeiro. Tentam mudar a sua estrutura de *ius cogens* através de violentadora jurisprudência nacional impondo outra cultura-jurídica e muitos nem percebem. Os Direitos Humanos são fortemente criticados por aqueles que não sabem e não entendem seu verdadeiro valor e missão.

Assim, o arquivamento do inquérito policial ou da investigação criminal, a concessão de liberdade provisória e a absolvição são as medidas judiciais de *prima ratio* ou de 1ª via a ser promovida pelo Ministério Público.

Já o oferecimento de denúncia, o requerimento para decretação de prisão preventiva, e a condenação do réu, com base em pena privativa de liberdade, refere-se à 3ª via, ou o último recurso – a última *ratio* – na atuação do agente do *Parquet* na qualidade de verdadeiro Promotor dos Direitos Humanos e do regime democrático, instituído pela República Federativa do Brasil (art. 1º cc. art. 129 CF).

Estado ético é o Estado superior de Direitos Humanos; portanto, Estado-Acusação ético se traduz no Ministério Público Social¹⁸ que respeita integralmente os Direitos Humanos, nas palavras do saudoso Prof. Alessandro Baratta¹⁹. A relação democracia e justiça penal está nos princípios e requisitos mínimos de Direitos Humanos, que limitam e excluem violações, criminalizações ou disfuncionalidades processuais-penais grosseiras.

A existência de um Ministério Público ético e moral já era anseio de Simão Bolívar, herói da América Latina, libertador e

17 Quando falamos dos Direitos Humanos até parece a composição do carioca Nelson Sargento, da velha guarda da escola de samba Estação 1ª de Mangueira, “o samba agoniza mas não morre”.

18 Ministério Público Social significa atividade ministerial voltada para efetivação das políticas públicas essenciais à cidadania, educação, saúde, segurança, trabalho, moradia, etc., como forma de prevenção da criminalidade. Através de propositura de medidas no juízo cível em benefício da sociedade em geral que efetivem as garantias fundamentais indispensáveis e indisponíveis, via mandado de segurança, ação civil pública e ação popular. É a contribuição ministerial com trabalhos judiciais e extrajudiciais, em áreas alheias ao direito penal, para reduzir e prevenir o crime. Trata-se de um cambio social determinado pelo Ministério Público. Ministério Público Social é aquele que assume responsabilidade de defesa da paz coletiva por adesão aos pactos internacionais de Direitos Humanos; tenta na prática prestar assistência jurídica humanitária a quem mais dela necessita...

19 In “Requisitos mínimos del respeto de los derechos humanos en la Ley Penal”, in Revista Capítulo Criminológico nº 13. Maracaibo: Universidad del Zulia, 1985.

revolucionário, o qual disse: “Na América Latina (leia-se no Brasil), os tratados (leia-se de Direitos Humanos) são papéis, as constituições não passam de livros, as eleições são batalhas, a liberdade (leia-se a prisão) é anarquia e a vida um tormento”²⁰.

Por esta razão, não há ordem, não há progresso, não há respeito às leis; o que existe é insegurança jurídica, com desrespeito aos direitos fundamentais do cidadão, resultando em abuso de “autoridade” e na impunidade dos criminosos de colarinho branco.

O *neopositivismo* ou pós-positivismo racional e sofisticado na práxis processual-penal, moderna e verdadeiramente humanista, tem por base o direito natural (Direitos Humanos) hierarquicamente superior à legislação infraconstitucional como ordem ética na relação moral, justiça e Direitos Humanos.

As garantias fundamentais individuais se concretizam na qualidade de cláusulas pétreas e sempre prevalecem ao interesse público, obviamente se a ideologia e o regime político adotado for efetivamente democrático.

A função do direito penal é limitar o poder punitivo do Estado (da polícia, do Ministério Público e do Poder Judiciário); por isto se fala em garantismo penal, que significa assegurar os direitos fundamentais individuais do acusado, em respeito aos Direitos Humanos, especialmente a dignidade da pessoa.

A doutrina especializada denomina “minimalismo penal” ou “reduccionismo penal”, no magistério de Luigi Ferrajoli²¹, quando se expressa: “como castigar?”, “como proibir?” e “como julgar?”.

Limitar o poder punitivo estatal, em nome do Estado de Direitos Humanos, para assegurar e regular o devido processo legal, restringindo o excesso de criminalização e de penalização; e também controlar o abuso de autoridade caracterizado pelo grande número de processamento criminal indevido, que resulta na improcedência da ação penal, seja por falta de justa causa ou por absolvição ante a carência de provas certas e absolutas.

Neste diapasão o sistema penal democrático e os Direitos Humanos não aceitam e não se coadunam com teorias criminológicas e discursos que legitimam o poder punitivo estatal, especialmente

20 S. Huntington in “*A ordem política nas sociedades em mudança*”. São Paulo: Edusp, 1975.

21 In “*Derecho y Razón*”. Madrid: Trotta, 1995.

quando se dirige à população mais carente ou de menor renda (= clientela máxima do sistema penal-penitenciário).

São “teorias” antigas e sempre presentes na história da humanidade, desde a lei de talião “olho por olho, dente por dente...”, com registro no Código de Hamurabi (2.285 a 2242 a. C.) dando origem ao princípio da proporcionalidade entre o ato e a pena; e a Lei Romana das XII Tábuas (450 a 433 a.C.) previa que os cidadãos romanos não poderiam ser condenados à morte, sem processo e sentença devida. Pasmem, estas garantias já estavam expostas no período denominado de vingança privada.

Mais tarde na era da Justiça da Santa Inquisição, ou da vingança divina, na sequência a fase da vingança pública (com início no sec. XVIII).

Nos dias atuais dissemina-se a cultura de emergência ou do direito penal difuso na tentativa de justificar a necessidade de maior proteção social, dando-se maior valor ao “interesse público” do que as garantias fundamentais individuais, procurando mitigar, relativizar e desvaloriza-las; ou quando o direito penal do autor em base as teorias da tolerância zero, do direito penal do inimigo, da sociedade de risco, entre outras tantas denominações de “Justiça Infinita”; “Justiça Maior”, “Justiça Plena”, etc., que se sobrepõe ao direito penal de ato.

Estas teorias penais-criminológicas²² representam a *reductio ad constitutionem* (a redução do constitucionalismo-penal) ou o aumento do autoritarismo do Estado, e vem deseducando os profissionais do direito, aniquilando cada vez mais o respeito à dignidade da pessoa humana, em nome da falsa “segurança pública, social ou cidadã”, transformando o verdadeiro Promotor de Justiça em puro e simples Promotor de Acusação²³, acreditando que seu trabalho dá uma resposta à sociedade e reprime o ilícito. Na verdade representa uma falsa resposta social, visto que o processo-crime e a prisão só produzem efeitos negativos, comprovados pelas estatísticas oficiais com o aumento da taxa da reincidência e pela não ressocialização do delinquente.

22 CASTRO, Lola Aniyar de: “Criminologia da Reação Social”, trad. Ester Kosovski. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

- “Criminología de la Liberación”. Maracaibo: Universidad del Zulia, 1987

23 MAIA NETO, Cândido Furtado: “Promotor de Justiça e Direitos Humanos”. Curitiba: Juruá, 3ª ed., 2013

A liberdade, a igualdade, a cidadania e a justiça são vertentes dos Direitos Humanos e pressupostos fundamentais ao respeito à dignidade da pessoa humana.

Na dúvida, arquiva-se, tranca-se a Ação Penal ou absolve-se (in dubio pro reo), e nunca se processa, pronuncia-se ou condena-se (in dubio pro societate). As garantias individuais são direitos concretos que prevalecem ante as abstrações (in dubio pro societate), estas servem ao direito autoritário, aos regimes antidemocráticos ou aos governos ditatoriais. Não se pode permitir que nos regimes democráticos as abstrações “em nome da sociedade” venham destruir o sistema jurídico humanitário positivo, para dar lugar a um odioso direito repressivo, onde o Estado condena e acusa sem provas concretas. (MAIA NETO, Cândido Furtado)

Processar, denunciar, prender e condenar não significa intimidar, posto que a pena não intimida (teoria da prevenção geral) e não ressocializa (teoria dos “res” e teoria da prevenção especial). Para solucionar ou amenizar o problema da criminalidade se faz necessária a aplicação de políticas públicas sociais; portanto, é o Ministério Público Social²⁴, que poderá contribuir com trabalhos judiciais e extrajudiciais, em áreas alheias ao direito penal, para reduzir o crime. Não é difícil entender isto, mas a maioria dos profissionais do direito penal insiste no método arcaico da repressão penal, que se resume na tentativa de prestar resposta à sociedade, equivocada e sensacionalista.

O eminente professor e pós-doutor César Barros Leal²⁵ nos brinda com magníficos estudos acadêmicos sobre segurança pública, penitenciarismo e agora nos apresenta as propostas da justiça restaurativa, conduzindo e ensinando - todos os profissionais do direito sobre os princípios de humanidade, dentre eles o respeito à dignidade da pessoa humana.

24 Expressão cunhada por MAIA NETO, Cândido Furtado, desde 1992, em sua dissertação de mestrado intitulada: “Ministerio Público y Acusación Criminal; constante também nas obras publicadas pela editora Juruá. 1ª ed. 1999, p. 93; 2ª ed. 2007, p. 115; e 3ª ed. 2012, p. 166 (“Promotor de Justiça e Direitos Humanos”); e pela editora Lake-SP, 2005, p. 331 “Criminalidades, Doutrina Penal e Filosofia Espirita”.

25 In “Prevenção Criminal, Segurança Pública e Administração da Justiça”. Fortaleza: Banco do Nordeste, 2006, CDD 363-1

“Justiça Restaurativa Amanhecer de uma Era”. Curitiba, Juruá, 2014.

Contundentemente, o eminente jurista, criminalista e professor José Bolívar Bretas²⁶ pontualmente ressalta, em artigo de sua lavra, “a imperiosa necessidade da defensoria pública”, que não se pode falar em jurisdição democrática, sem a existência efetiva da instituição da Defensoria Pública (art. 134 CF). Todas as comarcas e instâncias judiciais precisam obrigatoriamente funcionar com um número de defensores públicos proporcional à efetiva demanda judicial, com relação ao número de juízes e promotores de justiça da unidade jurisdicional (art. 93, XIII CF); somente desta forma, o Estado prestará seu dever de assistência jurídica gratuita aos necessitados (Lei nº 1.060/1950).

Sem Ela (leia-se: Defensoria Pública), estamos diante de um Estado sem jurisdição, visto que a função jurisdicional da Defensoria Pública é essencial e imprescindível à estrutura da administração de Justiça incumbida da promoção e proteção dos Direitos Humanos (Lei Complementar nº 80/1994).

Ademais, no sistema acusatório democrático impera o princípio do contraditório, da ampla defesa (*equality of arms – adversary system*), da imparcialidade e da celeridade judicial ou da razoável duração do processo, desde a investigação/acusação até o trânsito em julgado da sentença (art. 5º LXXVIII CF), sempre no mais estrito respeito à dignidade da pessoa humana.

De agonia em agonia

...o fim da tirania

Com sabedoria...

..alunos e professores...

Cantavam assim....

Já raiou a liberdade.

... é a evolução, em sua legítima razão.

*Liberdade Senhor...Ô Senhor...Liberdade.*²⁷

26 In “A imperiosa necessidade da Defensoria Pública”; Caderno Direito e Justiça, O Estado do Paraná, Curitiba, 16.12.2003, pp. 8-9.

27 Trechos da música Heróis da Liberdade. Compositores: Silas de Oliveira, Mano Décio e Manoel Ferreira

CONCLUSÃO

Tudo o que acima foi demonstrado de maneira objetiva se baseia nas Diretrizes das Nações Unidas para os Membros do Ministério Público (ONU/1990) de todo o mundo, perfeitamente aplicável no sistema de justiça criminal brasileira vigente.

O Promotor de Justiça é por excelência o advogado público número um da sociedade, não mais o algoz do Tribunal da Inquisição ou aquele Acusador cego de outrora, bitolado e intransigente, pois atua em base ao princípio da racionalidade, vez que detêm independência e amplos poderes para ex officio impetrar habeas corpus em favor do ius libertatis, solicitar absolvição e deliberar pelo arquivamento das causas injustas, tudo em nome do Estado Democrático para a prevalência das garantias fundamentais indisponíveis, indeclináveis, inalienáveis, inderrogáveis e naturais da cidadania, com a atribuição funcional de exigir a correta aplicação – interpretação - da lei ante as cláusulas vigentes dos Deveres Humanos e responsabilidades individuais e sociais, bem como a devida e eficiente tutela dos Direitos Humanos das vítimas de crime”. E “Ao Estado-Ministerial que detêm a titularidade do dominus litis e a atribuição constitucional exclusiva do ius perseguendi e do ius puniendi, no sistema democrático não interessa denunciar por denunciar e muito menos acusar por acusar, posto que para fundamentar as cláusulas pétreas e o devido processo legal exige-se respeito integral a dignidade da pessoa humana sem qualquer forma de discriminação ou de preconceito, posto que a incumbência e o dever da segurança jurídica também se realiza com o arquivamento do inquérito policial, com o trancamento da ação penal e principalmente com a absolvição do réu. Deste modo, é fácil concluir que se o onus probandi do Estado-Ministerial não se materializa ou não se concretiza efetivamente, impera e prevalece o princípio in dubio pro reo, ante a dúvida e a falta de provas, pois a incerteza no processo criminal conduz democraticamente ao princípio da imparcialidade e da justiça como garantia maior da cidadania em prol dos Direitos Humanos. (Maia Neto, Cândido Furtado)

Vejamos o que consta nas Diretrizes sobre os poderes discricionários dos agentes do Ministério Público:

Cláusula 17. Nos países onde os membros do Ministério Público estão investidos com poderes discricionários, a lei ou as regras ou regulamentos públicos enunciam os princípios orientadores que

visam a reforçar os procedimentos equitativos e favorecer as tomadas de decisão coerentes durante o processo, nomeadamente aquando do desencadear dos procedimentos judiciais ou da renúncia a esses procedimentos.

E sobre as alternativas ao processo crime:

Cláusula 18. De acordo com a sua legislação nacional, os membros do Ministério Público examinaram com toda a atenção a possibilidade de renúncia aos procedimentos judiciais, de pôr termo – leia-se de pôr fim – aos processos de forma condicional ou incondicional ou de os transferi-los para fora do sistema judiciário oficial, respeitando plenamente os direitos dos suspeitos e das vítimas. Os Estados devem, para esse fim, examinar atentamente, a possibilidade de adotar métodos de transferência dos casos presentes aos tribunais não só para aligeirar a pesada carga de processos que lhes estão distribuídos, mas também para evitar o estigma criado pela detenção antes do julgamento, a formação da culpa e a condenação e os efeitos perniciosos que a detenção pode implicar.

Por sua vez, a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados (ONU/1969 – BR 2009) expressa nos artigos 26 e 27: “Todo Tratado obriga as Partes e deve ser executado por elas de boa-fé” (*pacta sunt servanda*); e “uma Parte não pode invocar as disposições de seu direito interno como justificativa para o inadimplemento de um Tratado”; inclua-se num conceito *lato sensu*, outros instrumentos legais de Direitos Humanos, como: Pactos, Convenções, Declarações, etc.

Ademais, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, ou o chamado Pacto de San José da Costa Rica (OEA/1969 – BR 2002), nos artigos 29 e 30, determina: “nenhum dispositivo da presente Convenção poderá ser interpretado no sentido de permitir a supressão, excluir ou limitar exercício de direitos e da liberdade”.

Também o Conjunto de Princípios para a proteção de todas as pessoas submetidas a qualquer forma de detenção ou prisão (das Nações Unidas), o princípio 3º reza: “Não se restringirá ou menosprezará nenhum dos direitos humanos das pessoas submetidas a qualquer forma de detenção ou prisão reconhecidos ou vigentes em um Estado em virtude de leis, convenções, regulamentos ou costumes sob pretexto de que o presente Conjunto de Princípios não reconhece esses direitos ou os reconhece em menor grau”.

Para Tobias Barreto²⁸, “a nossa vida jurídica é com efeito digna de lástima”. Há de se clamar contra as manipulações governamentais, contra as lavagens celebrais (ideológicas) produto do clero e das Academias (leia-se, das ciências penais).

E numa comparação entre os representantes da Igreja e do Poder Público, asseverou:

1. Em regra poucos padres sabem ler o latim do Breviário da Igreja e poucos profissionais do direito sabem ler o latim das Institutas (leia-se, interpretar e aplicar corretamente as leis).

2. Os padres são capazes de excomungar os fiéis, e os profissionais da Justiça são capazes de fabricar processos, para julgar e condenar os seus inimigos (leia-se, cidadãos ou semelhantes).

Concluiu o mestre da Escola do Recife e patrono da cadeira 38 da Academia Brasileira de Letras: “a Igreja nos garante a bem-aventurança por muito menos dinheiro do que o Estado nos garante Justiça”.

Sonhei, que estava sonhando um sonho sonhado, ... Eu sonhava que sonhava... Ai de mim que mal sonhava...Um sorriso sem fúria, entre réu e juiz, A clemência e a ternura por amor da clausura, A prisão sem tortura, inocência feliz, Ai meu Deus, Falso sonho que eu sonhava...²⁹.

Sonho sim, com o respeito à dignidade da pessoa humana, do outro, do semelhante ou do próximo (na fala de Jesus Cristo); e também sonho com o Estado de Direitos Humanos, em prol da cidadania universal, sem quaisquer discriminações ou intolerância para o devido e necessário prestígio da Justiça³⁰.

“Não há Justiça sem Deus”³¹, lutar sempre por Justiça com esperança e sem medo, o futuro Deus determina. Os sacerdotes, escribas, doutores da lei censuraram e condenaram injustamente Cristo, que foi executado a pedido do povo e por ordem do Procurador da Judeia Pôncio Pilatos, face suas pregações conflitantes com os fariseus. Mas até os dias atuais a humanidade reconhece o

28 In “Estudos de Direito”. Campinas: Bookseller, 2000.

29 Musica “Sonho de um Sonho”. Autor: Martinho da Vila.

30 Lei nº 8.625/1993 Art. 43, II “São deveres dos membros do Ministério Público – zelar pelo prestígio da Justiça.

31 In “Oração aos Moços”, Rui Barbosa.

erro magnânimo e histórico, considerando-o o Maior Defensor do RESPEITO À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA³².

A fraternidade, a solidariedade e o perdão são os nortes maiores do Ministério Público de hoje e do futuro, para o asseguramento dos Direitos Fundamentais Constitucionais de todos os investigados, processados, acusados e condenados, em que o respeito à dignidade da pessoa humana é a base maior da verdadeira justiça criminal democrática.

Podem me prender
Podem me bater
Podem, até deixar-me sem comer
Que eu não mudo de opinião.³³

BIBLIOGRAFIA

Traduções por MAIA NETO, Cândido Furtado:

1. “Cárcere: Utopia e Realidade” – Alfonso Zambrano Pasquel (Equador). Revista de Jurisprudência Criminal Brasileira. Curitiba: Juruá, vol. 32, 1993, Artigo.
2. “Estratégias para a Reforma da Justiça Penal” – Alberto M. Binder (Argentina). Revista Jurisprudência Criminal Brasileira. Curitiba: Juruá, vol. 33, 1994, Artigo.
3. “Notas para um Sistema Penitenciário Alternativo” – Lola Aniyar de Castro (Venezuela). Revista Jurisprudência Criminal Brasileira. Curitiba: Juruá, vol. 35, 1995, Artigo.
4. “A Nova Criminologia à luz do Direito Penal e da Vitimologia” – Antonio Beristain (Espanha). Brasília: UNB, 2000, Livro.

Leitura indicada e/ou recomendada:

ANIYAR DE CASTRO, Lola. *Criminología da Reação Social*. Rio de Janeiro: Forense, 1983

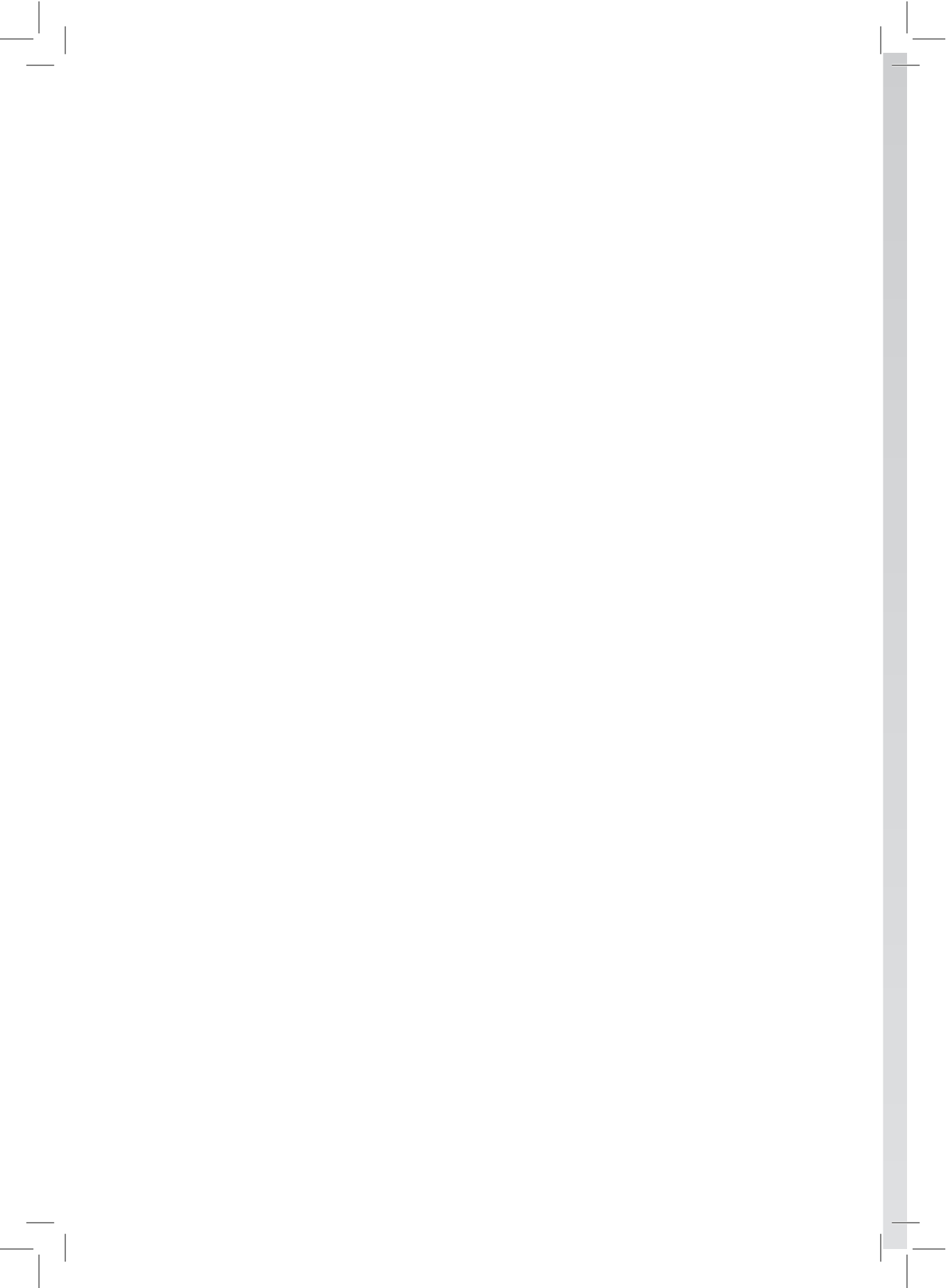
_____. *Criminologia de la Liberación*. Maracaibo: Unizulia, 1987.

ASSIS TOLEDO, Francisco de. *Princípios Básicos de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1982.

32 Maia Neto, in “Jesus Cristo: Maior e Verdadeiro Precursor dos Direitos e Deveres Humanos: Anunciador da Justiça de todos os Tempos, Gerações ou Dimensões” - Jornal O Estado do Paraná – Caderno Direito e Justiça, pp.07, 02.9.2007, Curitiba-PR.

33 Zé Ketí compositor autor de “Opinião”

- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discrecionariiedade e Controle Jurisdição*. São Paulo: Malheiros, 1992.
- BARRETO, Tobias. *Estudos de Direito*. Campinas: Bookseller, 2000.
- BARROS LEAL, César: *Prevenção Criminal, Segurança Pública e Administração da Justiça*. Fortaleza: Banco do Nordeste, 2006, CDD 363-1.
- _____. *Justiça Restaurativa: Amanhecer de uma Era. Sua Aplicação em Prisões e Centros de Internação de Adolescentes Infratores*. Curitiba: Juruá, 2014.
- BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 1990.
- BIDART CAMPOS, Germán J. *Teoría General de los Derechos Humanos*. Buenos Aires: Astrea, 1991.
- BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico – Lições de Filosofia do Direito* São Paulo: Icóne, 1999.
- CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Fabris, 1997.
- _____. *A Proteção Internacional dos Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 1991.
- COELHO, Luiz Fernando. *Teoria Crítica do Direito*. Porto Alegre: Fabris, 1991.
- DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal - Parte Geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- LAFER, Celso. *La reconstrucción de los derechos humanos*. México: Fondo de Cultura Económica, 1994.
- LUIGI, Ferrajoli. *Derecho y Razón*. Madrid: Trotta, 1989.
- LUISI, Luiz. *O Tipo Penal. A Teoria Finalista e a Nova Legislação Penal*. Porto Alegre: Fabris, 1987.
- RIBEIRO LOPES, Maurício Antonio. *Direito Penal, Estado e Constituição*. São Paulo: IBCCrim, 1997.
- TOCORA, Fernando. *Política Criminal en América Latina*. Bogotá: Librería del Profesional, 1990.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Derecho Penal - Parte General*. Buenos Aires: Ediar, 2000.
- _____. *Criminología. Aproximación desde un margen*. Bogotá: Temis, 1988.
- _____. *En Busca de las Penas Perdidas*. Bogotá: Temis, 1990.



O DIREITO À DIFERENÇA: A PERMISSÃO DAS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA A CASAS HOMOSSEXUAIS EM FACE DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA

Catarina Araújo Silveira Woyames Pinto

Mestra em Direito Internacional Público e Europeu e Doutoranda em Direito Público pela Universidade de Coimbra.

Gabriela Maciel Lamounier

Advogada; Professora universitária do Centro Universitário Newton Paiva, da Faculdade Minas Gerais e da Fundação Pedro Leopoldo; Especialista em Direito Processual e Direito Ambiental; Mestra e Doutora em Direito Público pela PUC/MG.

1. INTRODUÇÃO

O alargamento dos direitos fundamentais constitucionais aos *direitos sociais* foi uma das dimensões da resposta do Estado Social de Direito à questão social herdada da revolução industrial e às reivindicações de movimentos operários para quem, sobretudo nas difíceis condições econômicas e sociais da época, não havia verdadeira proteção da liberdade e da autonomia do cidadão. As reservas que esta atitude merece nem se dirigem tanto à importação das dúvidas sobre o merecimento constitucional material dos direitos sociais, já que, nesse plano, a discussão fazia e faz todo o sentido.

Tais reservas incidem antes sobre a importação não criticamente refletida de conceitos como “o mínimo social”, “a distinção entre direitos sociais originários e derivados” e “o princípio de proibição do retrocesso”, que, tendo uma explicação e fazendo sentido no contexto germânico onde surgiram, perdem função, justificação e interesse dogmático em contextos de Constituição com direitos sociais.

Atualmente, o direito da saúde é parte de um conjunto de direitos chamados *direitos sociais*, que têm como inspiração o valor da *igualdade entre as pessoas*. O Estado deve proporcionar às pessoas recursos para uma vida digna, visando a melhorar as condições de vida dos hipossuficientes, exercendo, para isso, um controle social.

No Brasil, este direito apenas foi reconhecido na Constituição Federal de 1988; antes disso, o Estado apenas oferecia atendimento à saúde para trabalhadores com carteira assinada e suas famílias; as outras pessoas tinham acesso a estes serviços como um favor e não como um direito. Durante a Constituinte de 1988, as responsabilidades do Estado são repensadas e promover a saúde de todos passa a ser seu dever.

Este artigo não deve ser lido apenas como uma promessa ou uma declaração de intenções; este é um direito fundamental do cidadão que tem aplicação imediata, ou seja, pode e deve ser cobrado.

Não será abordada a questão econômica, mas sim a *social*, tendo em vista um Estado Social que deve, em princípio, ser o garantidor dos direitos de seus cidadãos. A saúde é um direito de todos porque sem ela *não há condições de uma vida digna*, e é um dever do Estado porque financiada pelos impostos que são pagos pela população. Desta forma, para que o direito à saúde seja uma realidade, é preciso que o Estado crie condições de atendimento em postos de saúde, hospitais, programas de prevenção, medicamentos etc. E, além disto, impõe-se que este atendimento seja universal e integral.

A criação do SUS (Sistema Único de Saúde) está diretamente relacionada à tomada de responsabilidade por parte do Estado. A ideia do SUS é maior do que simplesmente disponibilizar postos de saúde e hospitais para que as pessoas possam acessar quando necessitarem. A proposta é que seja possível atuar antes disso, através dos agentes de saúde que visitam frequentemente as famílias para se anteciparem aos problemas e conhecerem a realidade de cada família (exemplo é o médico da família), encaminhando as pessoas para os equipamentos públicos de saúde quando necessário.

Desta forma, organizado com o objetivo de proteger, o SUS deve promover e recuperar a saúde de todos os brasileiros, independentemente de onde moram, trabalham e quais seus sintomas. Infelizmente, este sistema ainda não está completamente organizado e ainda existem muitas falhas. No entanto, seus direitos estão garantidos pela constituição e devem ser cobrados para que sejam cumpridos.

Já em Portugal, nos últimos trinta anos de vigência da Constituição portuguesa de 1976, os *direitos sociais* e econômicos se tornaram parte integrante do regime democrático-constitucional, discutindo-se, para tal, como e em que medida estes direitos têm

tido objeto de lutas sociais e políticas; e como e em que medida estas lutas foram transformando nosso entendimento desses direitos, designadamente à medida que eles foram sendo reinterpretados e aplicados quer como fundamento de políticas públicas, quer pela jurisprudência do Tribunal Constitucional.

Na segunda metade do século, por influências sociais, políticas e econômicas, a família passou por modificações acentuadas, contribuindo para isso, em grande parte, o surgimento de uma nova perspectiva sobre as questões de gênero. A condição feminina foi se modificando e, concomitantemente, houve mudanças também no papel masculino, gerando reformulações na relação conjugal e, naturalmente, na relação pais-filho.

Com a emergência de novas tecnologias que passam a fazer parte do cotidiano das pessoas, mais rapidamente novos comportamentos são adquiridos, surgindo novas necessidades e expectativas. Estes e outros fatores vão se agregando e contribuindo para que a estrutura familiar tradicional – pai, mãe e filhos – não seja a única forma de relacionamento familiar, abrindo-se um espaço significativo a outras configurações familiares.

Posto isto, a pergunta que tentará ser respondida ao longo deste artigo é: *o direito às técnicas de reprodução assistida, direito da saúde, tão importante para uma vida digna, deveria ser garantido a casais homossexuais?*

Não se pretende fazer um estudo a respeito da discriminação sofrida pelos homossexuais, apesar de ser relevante; o que se pretende é demonstrar tratar-se de um direito constitucional assegurado a todos, *sem distinção*.

Entende-se que deve haver a discussão de soluções jurídicas para outras formas de entidades familiares e também aqueles que desejam ter filhos sem um companheiro ou companheira, todavia, por uma questão de delimitação temática, somente o acesso a técnicas de reprodução assistida a casais homossexuais será aqui tratada.

2. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A REPRODUÇÃO ASSISTIDA

Os direitos sociais, assim como os econômicos e culturais, são procedentes dos movimentos sociais democratas e visam a garantir um padrão mínimo de vida, para que as pessoas possam desenvolver suas potencialidades. (GUERRA, 2013)

Na visão de Carlos Henrique Bezerra Leite (2010), esses direitos, pertencentes à segunda dimensão de direitos fundamentais, correspondem aos direitos de inclusão social, uma vez que requerem políticas públicas que efetivem o exercício das condições materiais em busca de uma existência digna.

Essa inclusão social, obviamente, abrange os homossexuais.

A reprodução assistida é um conjunto de técnicas que possibilitam casais estéreis terem filhos. Por esta técnica, ainda muito rejeitada pela sociedade brasileira, é possível o armazenamento do material genético, a doação de gametas e a fertilização heteróloga.

O Biodireito é a disciplina que trata da reprodução assistida e de seus aspectos jurídicos. O Biodireito, que trata dos direitos relativos à genética, hoje é tratado por alguns estudiosos como disciplina dos direitos fundamentais da quarta dimensão ou geração.

Nas palavras de Emanuel Marques,

O Biodireito é um novo ramo do Direito que trata da teoria, dos princípios, da legislação e da jurisprudência relativas às normas reguladoras da conduta humana, em face dos avanços da biologia, da biotecnologia e da medicina. O Biodireito concede tratamento ao homem não como ser individual mas, acima de tudo, como espécie a ser preservada. (MARQUES, 2013)

Acílio Rocha (2010) alega que a preservação do patrimônio genético e a não exploração comercial do genoma humano são direitos de quarta dimensão, decorrentes dos avanços científicos e tecnológicos que permeiam a crescente globalização do mundo.

Maria Helena Diniz (2002) esclarece que o Biodireito deve contribuir para o desenvolvimento das ciências da vida, garantindo o respeito à dignidade da pessoa humana.¹

3. O PLANEJAMENTO FAMILIAR E AS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA

Em seu livro “Memórias Póstumas de Brás Cubas”, Machado de Assis (2010, p. 03) escreve: “*não tive filhos, não transmiti a nenhuma criatura o legado de nossa miséria.*” Ou seja, o fato de

1

O art. 1º, III da Constituição da República Federativa Brasileira de 1988 prevê como fundamento do Estado Democrático de Direito a Dignidade Humana.

não poder ter um filho sempre assombrou tanto pessoas reais como alguns personagens da literatura.

A decisão de gerar um filho pode encontrar sérias limitações que, em um primeiro momento, inviabilizam a realização desse desejo, como, por exemplo, a infertilidade.

Quem poderia imaginar que pessoas estéreis ou que aparentemente não tinham condições, em virtude de orientação sexual, poderiam ter filhos? O que somente acontecia em filmes de ficção científica, passou a ser um tema discutido na sociedade mundial.

A tecnologia evoluiu e estas pessoas, que antes não podiam ter o tão sonhado filho podem, hoje em dia, escolher entre algumas opções: a adoção ou a reprodução artificial ou técnicas de reprodução assistida.

Nas palavras de Marillyn Strathern,

É, aliás, pelo fato de o fazermos constantemente que estou a levantar esta questão. As novas tecnologias da reprodução são apresentadas como abrindo novas perspectivas ao nível das opções reprodutivas, oferecendo assim uma visão da biologia sob controle de famílias que estão livres para escolher a forma que irão assumir. Por muito fantasiadas que sejam estas imagens das opções futuras, também é verdade que, com a justificação de se alargarem as possibilidades de realização humana, se aperfeiçoam técnicas e se dão conselhos médicos, de tal forma que nos agarramos à esperança de que os seres humanos só poderão beneficiar com a engenharia genética. Por um lado, uma visão fantasiosa de opções, por outro, a realização de decisões concretas: seja qual for a maneira como se encare a questão, podemos agora pensar na procriação como algo que está sujeito a preferências e opções pessoais duma maneira que nunca anteriormente fora possível. A criança é literalmente – e em muitos casos, como é evidente, com grande alegria – a encarnação do acto de optar. (STRATHERN, 2008, p. 1013)

Com o intuito de extinguir o sofrimento de não poder deixar um legado, existem técnicas de reprodução assistida, solucionando, assim, um possível trauma que pode abalar seriamente a vida de uma pessoa ou mesmo acabar com um casamento ou uma união estável.

Contudo, o que se vê é o direito que deveria acompanhar o andamento da sociedade, negando a entender essas novas tendências, omitindo-se. A união civil entre pessoas do mesmo sexo não é expressamente regulada no Código Civil brasileiro de 2002.

A Comissão Revisora e Elaboradora do Anteprojeto de Código Civil recebeu críticas acerca da omissão.

O jurista Miguel Reale afirmou que:

Essa matéria não é de Direito Civil, mas sim de Direito Constitucional, porque a Constituição criou a união estável entre homem e mulher. De maneira que, para cunhar-se aquilo que estão querendo, a união estável dos homossexuais, em primeiro lugar seria preciso mudar a Constituição. Não era essa a nossa tarefa e muito menos a do Senado. (REALE, 1999)

Outrora considerada como doença ou perversão, o homossexualismo não é visto mais como tal.

O sufixo *ismo*, que significa “doença”, foi retirado e substituído pelo sufixo *dade*, que designa “modo de ser”, por isso, a denominação Homossexualidade. (BRANDÃO, 2002)

Assim, a Organização Mundial de Saúde retirou a homossexualidade de sua lista de doenças mentais (Código Internacional de Doenças – CID-10), por se tratar de um estilo de comportamento geneticamente prevalente. (MALUF, 2008)

Ou seja, a ideia é de que a orientação sexual é, na realidade, uma gama de comportamentos e identidades e não uma condição. A homossexualidade é uma das muitas variações do comportamento humano.

Fato é que a busca pela felicidade levou ao surgimento de novas famílias que florescerem através do afeto, pois o que se deseja é conciliar as vantagens da solidariedade familiar com a liberdade individual.

Em opinião contrária, Francisco Muniz alega que:

As uniões estáveis de natureza homossexual podem ter relevância jurídica em outros planos e sob outras formas – não como modalidade de casamento ou entidade familiar. E, portanto, à luz do ordenamento jurídico brasileiro, as uniões homossexuais não integram o Direito de Família. (MUNIZ, 1993, p. 232)

Contudo, tal opinião não merece tanta atenção; afinal, há que se ter a visão constitucionalista dessas uniões, e não meramente civilista.

O Supremo Tribunal Federal, em 05 de maio de 2011, por ocasião do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº

4277 e da Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 132, reconheceu, por unanimidade, a união estável entre pessoas do mesmo sexo em todo o território nacional, interpretando o artigo 226, § 3º da Constituição da República Federativa do Brasil de forma mais ampla. (BRANDÃO, 2002)

Esboçam-se, portanto, na atualidade, novas modalidades de família, mais igualitárias e menos sujeitas às regras e/ou imposições.

O que se pretende com a tutela da autonomia no âmbito familiar é a liberdade do homem e da mulher de escolher como irão reger suas vidas no núcleo familiar, não podendo ter sua intimidade afetada, tendo em vista, sempre, que a paternidade seja feita de forma responsável.

Os *direitos reprodutivos*, que pertencem ao conjunto de direitos básicos dos cidadãos, advêm do princípio ou garantia constitucional da dignidade da pessoa humana que estão elencados como direitos individuais do homem e da mulher.

A dignidade da pessoa humana é *“um valor autônomo e específico inerente aos homens em virtude da sua simples personalidade. Consequentemente, a República baseia-se no homem como um sujeito e não como um objeto dos poderes ou relações de domínio.”* (CANOTILHO, 2007, p. 59)

O *planejamento familiar* é um dos direitos reprodutivos fundamentais reconhecidos pela Constituição da República Federativa do Brasil, em seu artigo 226, § 7º, em que institui o planejamento familiar como a base dos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável.

O planejamento familiar pode ser conceituado como sendo *“um conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal”*, de acordo com a Lei nº 9263/96, em seu artigo 2º.

Decorre daí a possibilidade de ajuda pelo Estado, através de medidas preventivas e assistenciais, no caso de infertilidade, pois nem os convênios médicos particulares cobrem os tratamentos necessários para amenizar ou tratar a infertilidade.

Não se trata de um controle populacional, mas da ajuda didática às populações menos favorecidas, de seus direitos e de suas possibilidades quando do nascimento de seus filhos. Assim, o planejamento familiar não irá ditar regras sobre o comportamento

sexual dos casais e, ainda, sobre a quantidade de filhos que um casal pode ou não ter.

O planejamento familiar é a livre escolha de um casal, heterossexual ou homossexual, de se organizar como família, da forma que entender. Trata-se de um direito que deve ser exercido de forma responsável.

Como outros direitos sociais garantidos pela Constituição, tanto portuguesa como brasileira, o direito à saúde faz com que o poder público esteja obrigado a oferecer condições ao planejamento, tanto de não haver gravidez indesejada como de auxiliar os que tanto desejam um filho, fonte de sua felicidade.

Certo é que o Estado deve garantir meios para que os cidadãos possam se desenvolver livremente, em todos os aspectos da vida, incluindo, dessa forma, os direitos reprodutivos.

Nos dizeres de Flávia Piovesan,

Vale dizer, a plena observância dos direitos reprodutivos impõe ao Estado um duplo papel. De um lado, demanda políticas públicas voltadas a assegurar a toda e qualquer pessoa um elevado padrão de saúde sexual e reprodutiva, que implica em garantir acesso a informações, meios, recursos, dentre outras medidas. Por outro lado, exige a omissão do Estado em área reservado à decisão livre e responsável dos indivíduos de sua vida sexual e reprodutiva, de forma a vedar a interferência estatal, coerção, discriminação e violência em domínio da liberdade, autonomia e privacidade do indivíduo. (PIOVESAN, 2003, p. 274)

Um dos eixos de ação dessa política é a introdução das tecnologias de reprodução assistida no Sistema Único de Saúde, entre elas a inseminação artificial heteróloga ou exogâmica, cuja aplicação envolve aspectos éticos, morais e também efeitos jurídicos ainda não regulamentados por nosso ordenamento.

Para um melhor entendimento, há que se destacar as principais modalidades de reprodução assistida.

3.1. Modalidades de Reprodução Assistida

Conforme a Organização Mundial de Saúde, *infertilidade é a incapacidade de um casal conceber após um ano de relacionamento sexual, sem uso de medidas contraceptivas*. Neste contexto estão os

casais que buscam essas técnicas e, depois de algum tempo tentando da forma convencional, não obtêm sucesso.

As pessoas que não possuem problemas graves de infertilidade iniciam um tratamento para melhorarem a ovulação ou a produção de sêmen e somente depois realizarem a inseminação artificial homóloga, considerada a mais simples.

A reprodução assistida² é um conjunto de métodos que proporcionam a manipulação de gametas e embriões, com a finalidade de lutar contra a infertilidade humana, com probabilidade de sucesso. (MARQUES, 2013)

3.1.1 Inseminação Artificial Homóloga

É a transferência do sêmen (do marido ou companheiro) pelo aparelho genital feminino, substituindo a relação sexual. A fecundação ocorre no interior do corpo da mulher. Neste tipo de inseminação artificial, o material genético pertence ao casal.

É utilizada nas situações em que o casal possui fertilidade, mas não é capaz da fecundação por meio do ato sexual. (DIAS, 2011)

3.1.2. Inseminação Artificial Heteróloga

É também conhecida como Inseminação Artificial com Doador. Nesta, o sêmen transferido é objeto de doação. Ocorre nos casos de esterilidade masculina ou em casos de produção independente ou mesmo em caso de mulheres homossexuais. (IDALÓ, 2011)

Na utilização desta técnica, observa-se de um lado um doador que se propõe anônimo, oferecendo seus gametas para viabilizar o projeto parental de outrem e no outro extremo, temos uma criança que, embora tenha mãe e pai, ao crescer poderá reclamar o direito de conhecer sua ascendência genética.

Tem-se, então, um conflito entre o direito ao conhecimento da ascendência genética e o direito à intimidade e uma nova discussão a respeito do direito de família, todos revolucionados pelos progressos da engenharia genética.

2 No Brasil, a reprodução assistida é regulamentada pela Resolução nº 1358/92 do Conselho Federal de Medicina.

3.1.3. Criopreservação

Neste tipo de reprodução assistida, há a doação de sêmen, mas este será utilizado futuramente, em casos de homens que precisam se submeter a tratamentos médicos como quimioterapia, radioterapia, vasectomia etc. (IDALÓ, 2011)

3.1.4. Fertilização *in vitro*

É a fecundação artificial na qual a fecundação ocorre em laboratório, fora do corpo da mulher. Após a fecundação do espermatozoide e do óvulo, o embrião, agora formado, pode ser transferido para o corpo da mãe, biológica ou não.

A fertilização *in vitro* requer mais elaboração e se trata de uma técnica mais cara, pois tanto os óvulos como os espermatozoides são coletados e fecundados no vidro, na proveta, para somente depois serem colocados no útero materno; por isto, o nome *bebê de proveta*.³

3.2. A reprodução assistida para os casais homossexuais

Existem casos de *gestação de substituição*, *maternidade de substituição* ou *barriga de aluguel*. Esta maternidade pode ser conceituada como sendo um acordo pelo qual uma mulher gerará o filho de um casal e irá, depois, entregá-lo ao casal, abdicando de qualquer direito sobre a criança que gerou.

No caso de casais de homens, é necessário que haja essa prestação de serviço para que o tão sonhado filho seja gerado com o sêmen de um deles e uma doadora de óvulos. Importante ressaltar que deve haver o consentimento de ambas as partes, como bem menciona a Resolução 1358/92 do Conselho Federal de Medicina, no caso brasileiro.

Com relação a Portugal, tal prática é proibida e pode ensejar em penalidade civil e penal. Quanto ao ordenamento jurídico português, Vera Lúcia Raposo alega que:

(...) não proíbe de forma expressa os contratos de maternidade de substituição. A sua recusa resulta somente de uma certa interpretação da lei. Nesse segundo entendimento, será lícita a

3 O nascimento do primeiro bebê de proveta (fecundação *in vitro*) foi o marco histórico da revolução genética. Foi o nascimento de Louise Brown em 1978, em Oldham/Inglaterra.

celebração de contratos no âmbito do estatuto pessoal, dos quais nasçam direitos e obrigações. Cabe perguntar o que ocorrerá quando ela se negue a comprimir. (RAPOSO, 2005, p. 116)

Em relação ao Brasil, a questão tem tomado um rumo diferente.

Apesar de não existir, no Brasil, lei que regule as técnicas de reprodução assistida, fica a cargo do Conselho Federal de Medicina seu regramento, o qual se dá através da Resolução n. 1.957/2010, em vigor desde 06 de janeiro de 2011.

O próprio Conselho considera a infertilidade um problema de saúde que pode sofrer implicações médicas e psicológicas e prevê a possibilidade de casais homossexuais recorrerem às técnicas de reprodução assistida para procriarem, primando pelos princípios da igualdade e da autonomia privada. (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2010)

Segundo Maria Berenice Dias,

Também os parceiros homossexuais, a quem a justiça insiste em não admitir a adoção, têm, cada vez mais, feito uso dos métodos modernos de inseminação artificial para constituírem uma família. Assim, as lésbicas utilizam o óvulo de uma que, fertilizado *in vitro*, é implantado no útero da outra. A parceira que dá a luz não é a mãe biológica, mas acaba sendo ela a mãe registral. Assim, ainda que a criança vá viver em um lar com duas mães, como o vínculo jurídico se estabelece exclusivamente com relação a que procedeu ao registro, trata-se de uma família monoparental. Os gays, igualmente utilizam técnicas reprodutivas para terem um filho. Muitas vezes é colhido espermatozoides de ambos, até para não saberem quem é o pai da criança que irá nascer. Feita a fecundação em laboratório, faz o par uso do que se chama barriga de aluguel. Ainda que o filho tenha dois pais, o registro do filho é levado a efeito somente por um dos genitores, constituindo-se uma família monoparental. (DIAS, 2011, pp. 201-202)

É fato que os casais homossexuais têm direito à reprodução. E quando esses casais fazem tal opção e exercem realmente o papel de genitores, há o reconhecimento de uma filiação socioafetiva.

Conforme os ensinamentos de César Fiúza (2014), os papéis desempenhados por homens e mulheres em relação aos filhos não correspondem, necessariamente, ao papel que os mesmos exercem em relação ao sexo genital.

E mais: os direitos dos casais heterossexuais devem ser estendidos aos casais homossexuais, inclusive o direito de utilizar técnicas de reprodução assistida. (BOMTEMPO, 2015)

4. PATERNIDADE *VERSUS* ASCENDÊNCIA BIOLÓGICA: ASPECTOS JURÍDICOS DA REPRODUÇÃO ASSISTIDA

As noções de sexualidade, vida privada, casamento, planejamento familiar, confrontam-se com uma evolução da sociedade e dos meios da biologia e da medicina, não constituindo, assim, uma realidade imutável, limitada pelo plano histórico, sociológico ou jurídico.

4.1. O direito à saúde: a reprodução heteróloga como solução para a homoparentalidade

O direito à saúde conflui no andar histórico da humanidade em uma perspectiva crescente de agregação de garantias da saúde, mas sempre reduzida e limitada frente aos requerimentos das necessidades humanas de uma saúde plena.

Considerar tal confluência de campos tão vastos do conhecimento humano significa refletir sobre a demarcação de uma nova área de construção do conhecimento. Trata-se de considerar o direito e a saúde como disciplinas isoladas e, com o intuito de buscar uma aproximação mais ostensiva entre ambas, gerar fatos e novidades político-institucionais na direção de uma articulação simbólica, capaz de dar respostas práticas na vida concreta porque o direito à saúde é garantido constitucionalmente, e é *para todos*.

4.2. O entendimento da matéria no Brasil

Com o advento do Código Civil de 2002, esperavam-se soluções que não surgiram. No artigo 1597, por exemplo, que trata do estabelecimento da filiação, novamente o problema não foi bem resolvido.

Há a dificuldade de se realizarem tais técnicas, considerando o desgaste físico e psicológico dos pacientes e até mesmo o constrangimento, já que, em alguns casos, é necessária a demonstração do amor que o casal tem. (NUNES; SANTOS, 2007)

De acordo com o Código Civil brasileiro:

Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

I - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;

II - nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;

III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;

IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;

V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido. (BRASIL, 2002)

Tal artigo corresponde ao artigo 1.603 do Projeto na versão de 1975, época em que não havia tanta discussão e preocupação social a respeito das técnicas de reprodução assistida heteróloga, daí a omissão verificada no texto original sobre os aspectos civis da reprodução assistida – incluindo a modalidade heteróloga. Inclui, assim, os nascidos no casamento os filhos havidos por inseminação artificial, desde que dela tenha conhecimento antecipado e acordado o cônjuge masculino.

Com relação ao inciso V, do artigo, presume-se que foi concebido na constância do casamento o filho havido por técnicas de reprodução assistida heteróloga previamente consentida pelo marido.

Entende-se forçoso reconhecer que a melhor técnica legislativa seria a de considerar a certeza da paternidade, o que significaria a inconceptibilidade do marido impugnar a paternidade relativamente à criança concebida e nascida da esposa com prévio consentimento. (GAMA, 2003)

Contudo, isto só diz respeito a casais heterossexuais. É necessário acabar com a hipocrisia e encarar a realidade. Com o surgimento dos métodos reprodutivos de reprodução assistida e da manipulação genética, o sonho de ter filhos se aproximou da realidade de todos. (DIAS, 2004)

A Constituição Federal brasileira, em seu artigo 226, determina ser a família a base da sociedade e tem especial proteção do Estado. (BRASIL, 1988).

Assim sendo, o Estado dará respaldo para a formação da família, incentivando o casamento, reconhecendo a união estável como meio de se privilegiar o afeto. A Constituição adotou o pluralismo como um dos fundamentos, o que implica a aceitação de uma multiplicidade das visões de mundo, que acarretam a possibilidade de cada pessoa construir uma concepção própria do que seja bom para si mesmo, até porque, não há mais a visão religiosa que tendia a unificar os mundos individuais, sendo que os valores eram compartilhados e não, diversificados, pois, podia arruinar com a ordem posta.

O indivíduo passou a ser importante e a representar algo para a sociedade. Todos, independentemente de seus projetos, têm a mesma valoração para o direito. *“Por isso, cada um possui, igualmente, direito de interpretar o que, para si, venha a ser liberdade, bem como suas manifestações e projeções em sua própria vida (...). É essencial que a sociedade e o Estado respeitem as diferenças individuais”*. (SALES; TEIXEIRA, 2011, p. 140).

Diante das possíveis dificuldades para a concretização da filiação biológica, a utilização de técnicas de reprodução assistida, como a inseminação artificial, a fecundação *in vitro* e a gestação de substituição surgem como uma forma de concretizar o tão sonhado desejo de ser pai ou mãe. E o avanço da medicina está aí para fazer com que tal sonho seja realizado, tendo em vista que a infertilidade humana e as formas biomédicas adquiriram proporções cada vez maiores na atualidade, sendo tema de novas Resoluções do Conselho Federal de Medicina brasileiro, no ano de 2011, de número: 1957/2010 que revogou a Resolução 1352/92, trazendo novos parâmetros deontológicos. (SALES; TEIXEIRA, 2011)

Quando se fala em princípios norteadores da reprodução assistida, há princípios do Biodireito e da Bioética, e princípios constitucionais, como, por exemplo, o princípio da dignidade da pessoa humana, da paternidade responsável, do direito à filiação etc.

O princípio da autonomia requer o respeito do profissional da saúde com o paciente, levando em conta seus valores sociais, éticos e religiosos. Consiste, em síntese, em deixar o paciente atuar sem influência externa, livremente, decorrendo, assim, a exigência do livre consentimento informado.

Já o princípio da beneficência requer do médico ou geneticista uma maior atenção aos interesses das pessoas envolvidas na prática biomédicas, evitando, quando possível, qualquer dano.

O princípio da justiça, na ótica do Biodireito, visa à imparcialidade na distribuição dos riscos e benefícios dos procedimentos, tratando os pacientes como desiguais conforme seus níveis de desigualdade.

O ordenamento jurídico brasileiro acolhe os direitos humanos constitucionalmente garantidos como direitos fundamentais como forma de proteção ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Independentemente da orientação sexual ou identidade de gênero do casal, os cônjuges e parceiros, firmando o termo de consentimento informado, podem fazer uso de técnicas de reprodução assistida.

Segundo Maria Berenice Dias (2004), em dezembro de 2008 houve a primeira decisão favorável ao registro dos filhos gêmeos no nome de duas mães que se haviam submetido à técnica de reprodução *in vitro*.

Já os casais masculinos têm filhos mediante a técnica da gravidez por substituição, que consiste na escolha de uma barriga de aluguel, através da escolha de um doador de sêmen, podendo optar pela escolha do material genético de ambos com o intuito de não saberem, de fato, quem é o pai biológico do filho.

E, em 2012, o direito ao duplo registro do filho concebido por inseminação artificial foi reconhecido pela justiça de Pernambuco. (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO, 2014)

4.3. O entendimento da matéria em Portugal

O artigo 64º da Constituição da República Portuguesa consagra o *direito à proteção da saúde*, determinando que a Lei Fundamental não limita a questão da saúde à esfera, tão somente, da medicina. Sendo que, o Serviço Nacional de Saúde é fundamental na garantia do direito a esta proteção. (PORTUGAL, 1976)

A possibilidade de procriação unilateral, ou seja, advinda de óvulos ou espermatozoides doados por uma pessoa anônima, ignorada, poderia levar a uma mudança radical no conceito de família.

Observa-se que no passado havia a certeza absoluta, inquestionável, da maternidade e as dúvidas surgiram somente com relação à paternidade. Hoje em dia, com os inovadores procedimentos de procriação artificial, o panorama é completamente diferente. Por isso, torna-se necessária a elaboração de legislação específica e de novos institutos jurídicos, a fim de que não haja um distanciamento entre o ordenamento jurídico e a realidade atual. (COSTA, 2000)

Face ao ordenamento jurídico português, a Lei nº 7, de 11 de maio de 2001, adotou “*as medidas de proteção das uniões da facto*”; não fez depender a qualificação da relação da orientação sexual dos seus membros, tendo como objetivo principal a equiparação do tratamento dado às relações de convivência homossexual. (PORTUGAL, 2001)

No mesmo sentido, a Lei nº 32, de 26 de julho de 2006, veio reforçar o entendimento de que “*sendo de sexo diferente, vivam em condições análogas aos dos cônjuges há pelo menos dois anos*”, em seu artigo 6º. E há, dessa forma, equiparação legislativa entre cônjuges e conviventes homossexuais. De acordo com as regras que presidem a atividade interpretativa, deve-se presumir que o legislador consagrou as soluções mais acertadas. (PORTUGAL, 2006)

A lei portuguesa nº 32, em seu artigo 7º.1 descreve que: “*as técnicas de PMA não podem ser utilizadas para conseguir melhorar determinadas características não médicas do nascituro, designadamente a escolha do sexo.*” Trata-se de um método que deve ser usado subsidiariamente, seguindo a tendência europeia, aplicando-se não somente para solucionar casos de infertilidade, mas também no tratamento de doença grave ou quando do risco de transmissão de doença grave, de doenças de origem genética, infecciosa etc. (PORTUGAL, 2006)

O artigo 3º tende a reforçar os princípios da dignidade humana e da não discriminação, já consagrados pelo Conselho da Europa, na Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina. (RAPOSO; PEREIRA, 2007)

As divergências dos tribunais portugueses com relação à matéria se têm verificado porque não é considerada uma família, mas sim *uma ameaça à instituição familiar*.

Foi somente em 1999, no caso Salgueiro da Silva Mouta *v.* Portugal, levado ao Tribunal Europeu do Direito do Homem, que, mesmo ambíguo com relação à matéria, nesse caso concreto, este, o Tribunal, decidiu que o poder parental não poderia ser negado somente pelo fato de ter relação amorosa com pessoa do mesmo sexo.

Ao casal homossexual de mulheres é facilitado o acesso a técnicas de reprodução assistida, visto que somente terão que solicitar um sêmen, de um doador. Contudo, como a maternidade de substituição ainda é vetada, pelo artigo 8º, I da Lei, nos casos em que haja um casal formado por dois homens, é impossível realizar dessa forma o sonho de ter um filho em Portugal.

5. MAIS VALE A PATERNIDADE SOCIOAFETIVA DO QUE A BIOLÓGICA?

Diante do atual contexto, vem se difundindo a utilização das práticas de reprodução assistida. A fecundação pode ocorrer com material genético do par ou, quando é doado por outra pessoa, chama-se heteróloga e, por isto, é que foi mais amplamente estudada nesse artigo; trata-se da possibilidade de que casais homossexuais têm de realizar um sonho: constituir família; ou, em termos jurídicos: constituir uma parentalidade socioafetiva.

O critério utilizado usualmente para impedir que casais homossexuais possam participar de medidas de procriação medicamente assistida consiste no fato de que estes não possam criar um filho porque a sociedade irá bani-lo, afinal, é o *estranho no ninho*, e será sempre taxado pejorativamente.

A relação de pai (um pai e uma mãe, duas mães ou dois pais) é fundada na afetividade, no afeto que se fortalece no dia a dia, e não necessariamente na origem biológica. Os laços de afeto e de solidariedade derivam da convivência e não do sangue.

Há aí, entre os adeptos de que a constituição da família e do planejamento familiar deva ficar entre casais heterossexuais, uma preocupação com o *bem estar da criança*. Não há como afirmar que a homoparentalidade irá ser maléfica ao filho do casal, pois esta não é um fator determinante para o exercício da autoridade parental.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com a ousadia pretensiosa dos operadores do Direito, tem-se, sempre, a melhor expectativa: a de que, através de trabalhos de investigação científica, os legisladores fiquem cada vez mais sensíveis ao tema.

Os caminhos que foram abertos pela biotecnologia e pela ciência da vida nas últimas décadas levantaram algumas questões éticas e sociais. Tais progressos colocam em voga o problema da necessidade de enquadramento normativo que conjugue as grandes expectativas quanto às implicações médicas com o respeito aos princípios éticos fundamentais.

Torna-se, portanto, imprescindível que os legisladores definam posições concretas e precisas sobre as novas aplicações das técnicas

de procriação assistida, pois a sociedade se encontra em constante mudança e, de certa forma, desarmada legalmente.

Proibir que casais homossexuais tenham filhos por inseminação artificial é negar o direito da saúde, um princípio constitucional, e também o direito de família àqueles que vivem sob o manto da solidariedade familiar, sobretudo dos *direitos fundamentais*, direitos constitucionais.

A função do direito é emancipar as pessoas em toda e qualquer situação jurídica em que ela esteja inserida, sendo que tal direito é de *todos*, sem distinção de orientação sexual. O Brasil tomou uma decisão correta em direção à igualdade e Portugal, por sua vez, está aos poucos discutindo leis sobre o assunto. Respeitar o outro e não ter tabus para falar sobre determinados temas: estamos no caminho certo.

O Princípio da Dignidade Humana se resume no tratamento do ser humano com respeito e dignidade.

Contudo, aceitar a reprodução assistida tão-somente para fins ligados à preservação da vida (saudável) não abarca por completo o Princípio da dignidade humana, o qual também se encontra presente nas técnicas de reprodução assistida utilizadas por casais homossexuais que buscam a formação de uma família.

Ainda que haja interferência humana na reprodução natural, é certo que as técnicas de reprodução natural auxiliam na criação da vida e na formação da família.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Machado de. *Memórias Póstumas de Brás Cubas*. Rio de Janeiro: Globo Editora, 2010.

BOMTEMPO, Tiago Vieira. *Utilização das técnicas de reprodução assistida às uniões homoafetivas*. Disponível em: www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista. Acesso 25 fev. 2015.

BRANDÃO, Débora Vanessa Caús. *Parcerias homossexuais: aspectos jurídicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso 15 mar 2015.

BRASIL. *Código Civil de 2002*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso 14 mar 2015.

- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. Vol. I. 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.
- CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução n. 1.957/2010*. Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1957_2010.htm. Acesso 17 mar 2015.
- COSTA, Anna Guiomar Nascimento Macêdo. A reprodução assistida: aspectos jurídicos de questões polêmicas. *Revista dos Mestrados em Direito Econômico da UFBA* Salvador: UFBA, 2000.
- DIAS, Maria Berenice. *Filiação Homoafetiva*. In IV Congresso Brasileiro de Direitos de Família. PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito de Família*. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil: Direito de Família*. Vol. 5. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- FIUZA, César. *Curso de Direito Civil*. 17ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2014.
- GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. A reprodução assistida heteróloga sob a ótica do Novo Código Civil. *Revista dos Tribunais*. Rio de Janeiro, v. 817, p.15, 2003.
- GUERRA, Sidney. *Direitos Humanos: curso elementar*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- IDALÓ, Marcella Franco Maluf. A reprodução assistida em face ao biodireito e sua hermenêutica constitucional. *Revista Jurídica UNIARAXÁ*. Araxá, v. 15, n. 14, pp. 137-162, 2011.
- LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. Casamento inexistente, nulo e anulável. *Revista do Advogado*. São Paulo. Ano XXVIII, n. 98, p. 68, jul 2008.
- MARQUES, Emanuel Adilson Gomes. *Direito de procriar: a reprodução assistida em face do princípio da dignidade humana*. 2013. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/29622/direito-de-procriar/2>. Acesso 03 mar 2015.
- MUNIZ, Francisco José Ferreira. A família e a evolução no direito

brasileiro. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Direitos de família e do menor*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

NUNES, Lydia Neves Bastos Telles; SANTOS, Natália Batistuci. Os reflexos jurídicos da reprodução assistida heteróloga e *post mortem*. *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos: Divisão Jurídica*. São Paulo, v. 41, n. 48, 2007.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. São Paulo: Max Limonad, 2003.

PORTUGAL. *Constituição da República Portuguesa de 1976*. Disponível em: <http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>. Acesso 13 fev 2015.

PORTUGAL. *Lei nº 32 de 2006*. Disponível em: <http://www.apdi.pt/pdf/LEI%2032-06%20PMA.pdf>. Acesso: 28 mar 2015.

PORTUGAL. *Lei nº 7 de 2001*. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=901&tabela=leis. Acesso: 28 mar 2015.

RAPOSO, Vera Lúcia. *De mãe para mãe: questões legais e éticas suscitadas pela maternidade de substituição*. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Centro de Direito Biomédico. Coimbra: Editora Coimbra, 2005.

RAPOSO, Vera Lúcia; PEREIRA, André Dias. Primeiras notas sobre a Lei portuguesa de procriação medicamente assistida (Lei n.º 32/2006. De 26 de julho). Separata de *Lex Medicinæ: Revista Portuguesa de Direito da Saúde*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

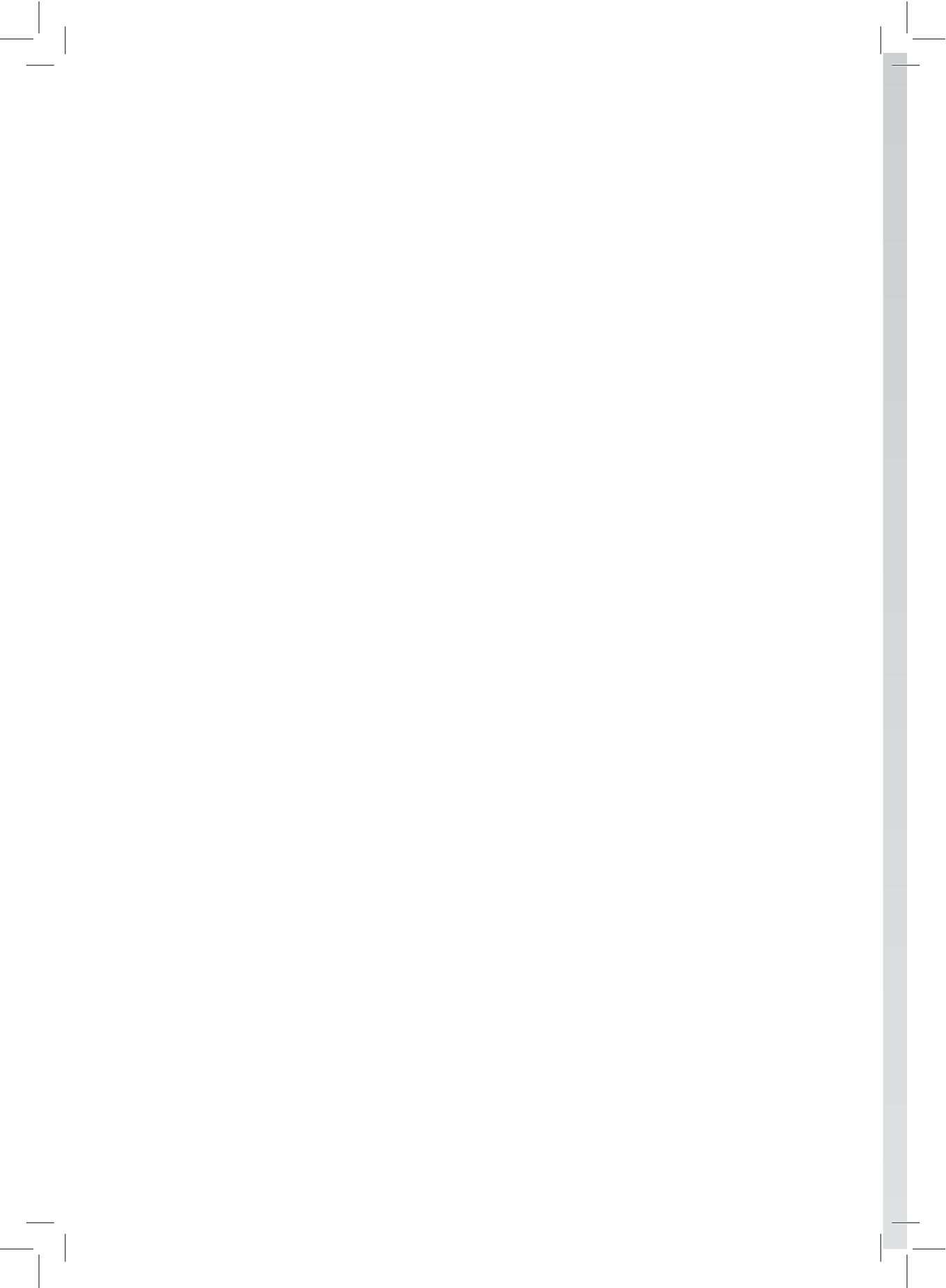
REALE, Miguel. *O projeto do novo Código Civil (Situação após a aprovação pelo Senado Federal)*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

ROCHA, Acílio da Silva Estanqueiro. Direitos Humanos e globalização. In: SANTORO, Emílio; BATISTA, Gustavo Barbosa de Mesquita; ZENAIDE, Maria de Nazaré Tavares; TONEGUTTI, Raffaella Greco (orgs). *Direitos Humanos em uma época de insegurança*. Porto Alegre: Tomo Editorial, 2010.

SALES, Ana Amélia Ribeiro; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Reprodução assistida heteróloga: uma escolha pós-moderna no âmbito do planejamento familiar. In: *Lex Medicinæ. Revista Portuguesa de Direito da Saúde*. Coimbra. Coimbra Editora, Ano 8, nº 15, 2011.

STRATHERN, Marillyn. *Parentesco e novas tecnologias da reprodução*. Coimbra: Editora Almedina, 2008.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO. Disponível em: http://www.tjpe.jus.br/noticias_ascomSY/arquivos/2012_03_05_sentenca_dupla_paternidade.pdf. Acesso: 20 dez 2014.



OS DIREITOS HUMANOS E O RESPEITO À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NO CONTEXTO DOS PRINCÍPIOS DA JUSTIÇA RESTAURATIVA

César Barros Leal

Procurador do Estado do Ceará; Professor aposentado da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Ceará; Doutor em Direito (UNAM); Pós-doutor em Estudos Latino-americanos (Faculdade de Ciências Políticas e Sociais da UNAM); Pós-doutor em Direito (Universidade Federal de Santa Catarina); Presidente do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos; Membro da Assembleia Geral e do Conselho Diretor do Instituto Interamericano de Direitos Humanos.

Muitos são os princípios da Justiça Restaurativa e alguns se confundem entre si e com os da mediação, seu *instrumento privilegiado*. A observância desses princípios – entre os quais sobressai o da DIGNIDADE humana – é fundamental como salvaguarda contra desvios que possam comprometer a essência do processo e pô-lo em risco. Identifico-os a seguir:

1. ASSUNÇÃO DE RESPONSABILIDADE

O ofensor deve admitir sua responsabilidade na ofensa cometida, algo considerado imprescindível nas práticas restaurativas, inclusive na mediação.

Consta no Preâmbulo do Anexo (Princípios Básicos para a Aplicação de Programas de Justiça Restaurativa em Matéria Penal) à Resolução n. 2002/12 do Conselho Econômico e Social das Nações Unidas que o enfoque restaurativo permite ao delinquente entender melhor as causas e os efeitos de sua conduta e assumir uma *genuína responsabilidade*.

Essa postura por parte do ofensor (adolescente ou adulto) é a premissa básica para solucionar o conflito e reconstruir os laços rompidos, especialmente entre este e a vítima.

2. BOA FÉ

O processo restaurativo não tem condições de avançar sem que seus participantes demonstrem serem movidos pela boa fé e assim merecer a confiança dos demais.

É vital que os atores do processo atuem com honestidade de intenções, sejam movidos pela sinceridade e não utilizem, por exemplo, estratégias retardatórias que favoreçam uma das partes.

Cabe ao facilitador estar atento a gestos ou condutas que possam traduzir má fé, dando, se for o caso, por concluído o encontro.

Recorro a uma bela lição sobre *bona fide*: “A boa-fé (tal qual a má-fé) tem a idade do homem. É como a ‘verdade’ e a ‘mentira’. Agindo-se com ‘boa-fé’ os próprios atos identificarão o propósito. Dizendo-se a ‘verdade’, será ela repetida tantas quantas vezes preciso, de formas diversas, mesmo em outras palavras. Agindo-se com ‘má-fé’, cedo ou tarde, será descoberto o vício e o autor responderá pelas consequências. Dizendo-se uma ‘mentira’, deverá o autor dizer noventa e nove outras vezes para sustentá-la. Agir com boa fé é atuar com lisura, sem ofensa à lei, sem dolo, é ser honesto.”¹

3. Celeridade/duração razoável

Sem as travas da justiça tradicional (bastante criticada por sua burocracia, sua notória morosidade), os trâmites restaurativos são rápidos e eficazes, até porque o procedimento é simples e oral e sua duração, que depende das características de cada caso, de sua natureza e complexidade, é definida pelas partes.

Tome-se em conta a Convenção sobre Direitos Humanos (Pacto de San José), que estabelece em seu artigo 25: (1) Toda pessoa tem direito a um recurso simples e *rápido* ou a qualquer outro recurso efetivo ante os juízes ou tribunais competentes, que a ampare contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que atuem em exercício de suas funções oficiais.

Segundo a Convenção Europeia para Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais: Toda pessoa tem direito a que sua causa seja ouvida de maneira equitativa, publicamente e *dentro*

1 PEDROTTI, Irineu Antonio, PEDROTTI, William Antonio e CARLETTI, Amilcare. *Máximas Latinas no Direito Comentadas*. Campinas, SP: Servanda Editora, 2010, p. 155.

de um prazo razoável, por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, que decidirá dos litígios sobre seus direitos e obrigações de caráter civil ou sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. Nesta mesma linha de ideias se elaborou a Emenda Constitucional nº 45/2004 (Reforma do Poder Judiciário), que incluiu um novo inciso (LXXVIII) ao artigo 5º da CF brasileira, segundo o qual se deve garantir a todos, em sede judicial e administrativa, a razoável duração do processo e os meios assecuratórios da celeridade de sua tramitação.

Em seu voto arrazoado, no Caso Mack Chang (Corte Interamericana de Direitos Humanos, 15 de novembro de 2003), demanda contra a Guatemala, por violação dos artigos 4º, 8º e 25 (direito à vida, direito às garantias judiciais e direito à proteção judicial, respectivamente) da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em prejuízo da antropóloga executada extrajudicialmente em 11 de setembro de 1990, afirmou o juiz Sergio García Ramírez:

A excessiva demora na aplicação de justiça constitui, de alguma maneira, denegação de justiça. “Justiça demorada é justiça denegada”, assinala uma antiga máxima, invocada com frequência. A exigência de observar um prazo razoável para a solução das controvérsias vinculadas ao tema dos direitos humanos tem várias projeções dentro deste mesmo contexto. Numa primeira hipótese, aplica-se ao tempo para o desenvolvimento de um processo contra qualquer pessoa. É assim que a Corte tem indicado que o “princípio de prazo razoável” ao qual fazem referência os artigos 7.5 e 8.1 da Convenção tem como finalidade impedir que os acusados permaneçam longo tempo sob uma acusação e assegurar que esta se decida prontamente.

Há de se ter o cuidado de não confundir celeridade com uma composição apressada, da qual resulte um acordo inadequado ou insatisfatório.

4. COMPLEMENTARIEDADE

A JR não pretende substituir a justiça comum. Já se disse que as duas justiças se complementam, aplicando-se, sempre que possível, práticas restaurativas que sejam capazes, por exemplo, de oferecer sanções mais brandas e/ou alternas, isto é, apresentar vantagens para os envolvidos no delito.

Nada estorva a possibilidade de que se amalgamem os benefícios da Justiça Restaurativa com os requisitos do sistema penal clássico. À maneira de exemplo: “em vez de uma pena efetiva de vinte e cinco anos de prisão, o arguido pode receber uma de quinze, desde que se haja retratado perante as vítimas, se tenha esforçado por repará-las ou se haja predisposto a prestar trabalho voluntário em favor da comunidade, daquelas ou das respectivas famílias, na prisão, ou, quando possível, fora da mesma.” Nos casos menos graves, sobretudo em segmentos “criminosos particulares ou semipúblicos”, nada impede tampouco “a complementação entre vias judiciais e informais na resolução dos problemas concretos levantados com a ofensa. As partes podem, por exemplo, chegar a um acordo em determinados pontos, desistindo ou renunciando à ação penal, mas carecendo de uma tutela cível ou arbitral para dirimir os restantes pontos. Para situações de processos penais pendentes, deve ser legalmente prevista a possibilidade de as partes poderem requerer à autoridade judiciária competente, até à publicação da sentença da primeira instância, a suspensão da instância e, concomitantemente, dos prazos prescricionais, enquanto as iniciativas de mediação sigam seu curso. Poder-se-á falar, portanto, numa dupla complementaridade entre o sistema de Justiça ‘oficial’ e os mecanismos de Justiça Restaurativa.” Se em termos gerais – conclui – devem ambos coexistir como instrumentos de profilaxia e gestão de conflitos, no caso concreto, por sua vez, nada impede que se movam ao mesmo tempo e em *satisfação dos interesses públicos e privados* que resultem de uma mesma ofensa.²

5. CONFIDENCIALIDADE

O que é objeto dos encontros, atrás das portas, deve ser confidencial (fatos, afirmações, sugestões, documentos apresentados), exigindo-se, em alguns lugares e casos, que se firme um pacto de confidencialidade para assegurar o sigilo (*pacta sunt servanda*). Isso permite um diálogo mais fluido, natural, sincero, favorecido pela oralidade do processo restaurativo. No caso de desistência ou malogro, não se transmite nada à justiça comum, não podendo ser usada a participação do ofensor como prova de admissão de culpa em procedimento judicial futuro, cível ou criminal.

2 FERREIRA, Francisco Amado, *op. cit.*, pp. 39-40.

Está previsto no parágrafo único do artigo 9º do Projeto de Lei nº 7.006/2006 que o princípio da confidencialidade busca a proteção da intimidade e da vida privada das partes.

Dispõe igualmente o artigo 10º da Lei de Justiça Penal Restaurativa do Estado de Durango, México, de 2009, que entre as obrigações do pessoal especializado está a de conservar a confidencialidade, na qualidade de segredo profissional, dos assuntos a respeito dos quais tenham conhecimento em virtude e no exercício de sua função.

O que é necessário para que uma mediação seja exitosa? Isso depende numa grande proporção “da segurança que tenham as partes sobre a privacidade com que haverá de se conduzir o processo. O mediador está obrigado a guardar segredo acerca das manifestações, documentação e relatórios que se utilizem durante o desenvolvimento da mediação. Este dever de confidencialidade é devido às partes entre si e também com respeito a terceiros.”³ Neste sentido: “Em qualquer caso, essa ideia de confidencialidade não só deve entender-se exigível ao mediador, à vítima e ao vitimário, senão, em seu caso e quando assim for possível, com respeito a quantas pessoas hajam podido ter alguma participação no procedimento de mediação, mediante a correspondente exigência de responsabilidade no caso de quebra da mesma por qualquer um deles”, devendo sublinhar-se a necessidade “de exigir esta confidencialidade aos advogados das partes que possam haver tido conhecimento do acontecido em mediação.” Assim, dito princípio se converte num dos pontos nodais de *viabilidade e eficiência* da mediação.⁴

3 CAVALLI, María Cristina e AVELLANEDA, Liliana Graciella Quinteros. *Introducción a la Gestión no Adversarial de Conflictos*. Madri: Editora Reus, 2010, p. 139. Cf. MAGRO, Vicente, HERNÁNDEZ, Carmelo e CUÉLLAR, J. Pablo: “O processo de mediação é confidencial, pois se concretiza num acordo firmado pelos mediados, onde se estabelecem as regras que devem satisfazer conjuntamente, garantindo-se que nada do que ali se concretize possa ser extrapolado, em nenhum sentido, fora do exclusivo âmbito que determina intrinsecamente o próprio processo de mediação. Tampouco o mediador poderá reproduzir nada do que no processo se diga nem ser citado como testemunha, pois o ampara o segredo profissional.” (*op. cit.*, p. 11)

4 VILAR, Silvia Barona. *Mediación Penal: Fundamento, Fines y Régimen Jurídico*. Valencia: Editora Tirant lo Blanch, 2011, p. 276. A confidencialidade é um dos princípios fundamentais que devem reger a conduta dos mediadores, juntamente com a competência, imparcialidade, neutralidade, independência e autonomia, respeito à ordem pública e às leis vigentes, de conformidade com a Resolução 125 do Conselho Nacional de Justiça.

Certamente, entendem alguns, poderá haver exceções quando, por exemplo, se trate de informação que representa uma futura ameaça aos participantes e a outras pessoas.

6. CONSENSUALIDADE

As partes acordam realizar um encontro restaurativo, respeitando suas regras, como a confidencialidade, e propõem cumprir o acordo celebrado.

Os processos restitutivos somente devem ser usados quando exista suficiência de provas para inculpar o delinquente e não podem prescindir de seu consentimento, assim como da vítima. Ambos poderão retirar sua anuência a qualquer momento do processo.

O Conselho da Europa (Recomendação nº R [99] do Comitê de Ministros a Estados Membros a respeito da mediação em matéria penal) recomenda que esta só deverá realizar-se caso a vítima e o ofensor consintam de modo inteiramente livre (*freely consent*).

Segundo Damásio Evangelista de Jesus, as práticas restaurativas pressupõem um *Acordo livre e plenamente consciente entre as partes envolvidas*, posto que, sem tal consenso, não haverá outra alternativa que não seja o procedimento tradicional.⁵

7. COOPERAÇÃO

A cooperação é indispensável para a qualidade da abordagem restaurativa. Aos envolvidos corresponde colaborar na medida de suas possibilidades, consciente das vantagens de chegarem a um acordo proveitoso *erga omnes*.

O ofensor, consciente dos prejuízos derivados de seu delito, buscará repará-los ou compensá-los, contando com a ajuda da vítima e dos demais.

Na realidade, estamos diante de um processo de pura cooperação, precisamente porque nele se observa uma convergência de interesses que permite alcançar um resultado favorável a todos os que participam do encontro de restauração.

5 JESÚS, Damásio de, "Justiça Restaurativa no Brasil", em *Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária*, vol. 1, nº 21, CNPCC, Brasília, 2008, p. 18.

8. DIGNIDADE HUMANA OU HUMANIDADE

No âmbito da Justiça Restaurativa cumpre respeitar e preservar, de cada um dos envolvidos em seus procedimentos, a dignidade humana), “uma qualidade inseparavelmente unida ao ser mesmo da pessoa”⁶, um princípio absoluto, central e inviolável, do qual decorrem outros princípios como a imagem, o direito à privacidade e à intimidade, a honra, a integridade moral e a liberdade.

Definida como o *piso erguido* pelo filósofo alemão Ernst Bloch, a *dignitatis humanae*, de todos os princípios o mais universal, foi erigida como fundamento da República pelo artigo 1º da Carta Magna, segundo o qual a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, se constitui em Estado Democrático de Direito e tem entre seus fundamentos, além da soberania, da cidadania, dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e do pluralismo político, a *dignidade da pessoa humana*.

Para Lúcia Barros Freitas de Alvarenga, é concebida como “referência constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais”⁷ e, para Rizzato Nunes, trata-se de um supraprincípio constitucional, que “ilumina todos os demais princípios e normas constitucionais e infraconstitucionais.”⁸ A Constituição espanhola de 1978, no artigo 10.1, refere o seguinte: A dignidade da pessoa, os direitos invioláveis que lhe são inerentes, o livre desenvolvimento da personalidade, o respeito à lei e aos direitos dos demais são fundamentos da ordem política e da paz social. A afirmação de que a liberdade, a justiça e a paz têm por base o reconhecimento da dignidade intrínseca e dos direitos iguais e inalienáveis de todos

6 IPIÑA, Antonio Beristain. *La Dignidad de las Macrovíctimas Transforma la Justicia y la Convivencia (In Tenebris, Lux)*. Madri: Editora Dykinson, 2010, p. 44.

7 ALVARENGA, Lúcia Barros Freitas de. *Direitos Humanos, Dignidade e Erradicação da Pobreza: Uma Dimensão Hermenêutica para a Realização Constitucional*. Brasília: Editora Brasília Jurídica, 1998, p. 223.

8 NUNES, Rizzato. *O princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana*. São Paulo: Editora Saraiva, 2002, p. 50. Rogério Greco, Promotor de Justiça do Estado de Minas Gerais, nos fala do Direito Penal do Equilíbrio, “que procura resolver os conflitos sociais com seriedade, buscando somente proteger os bens mais importantes e necessários ao convívio em sociedade. Preserva, portanto, o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, uma vez que somente intervém no direito de liberdade de seus cidadãos nos casos estritamente necessários, pois que sem essa intervenção ocorreria o caos social.” (em *Direito Penal do Equilíbrio: Uma Visão Minimalista do Direito Penal*. Niterói, RJ: Editora Impetus, 2014, p. 177)

os membros da família humana está no Preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Humanitas ou a dignidade do humano, sua centralidade como pessoa, o respeito que se deve à sua essência, “é uma perpétua busca no direito que provém do direito romano e atravessa toda a história de nosso saber, havendo padecido múltiplas vicissitudes, que não puderam nunca ocultar a permanente demanda recíproca: direito reclama sempre *humanitas*, simplesmente porque o saber jurídico não é mais do que um instrumento para a realização do ser humano e, como tal, não tem bússola quando se afasta da antropologia básica que faz deste uma pessoa para coisificá-lo, para reduzi-lo a uma coisa mais entre as coisas.”⁹

Este pensamento é compartilhado pelo professor Ignacio José Subijana Zunzunegui, da Universidade do País Vasco (UPV), para quem o paradigma de humanidade “deve impregnar a justiça tanto quando responde a uma estrutura heterocompositiva – em que o juiz resolve uma contenda entre partes confrontadas – como quando descansa num modelo autocompositivo – em que o juiz homologa a solução conferida ao conflito pelas partes originariamente em disputa –. Na fórmula heterocompositiva se destaca a potenciação do julgamento como um espaço em que os indivíduos emitem os relatos nos quais plasmam suas vivências, e a relevância da transferência aos mesmos de uma resposta que, ao estar fundada em razões atendíveis e compreensíveis, oferece uma mensagem dotada de uma elevada qualidade comunicativa. No modelo autocompositivo se prioriza a construção de um marco de diálogo que se alimenta do respeito, da escuta, da compreensão e da recreação conjunta do que foi danificado.”¹⁰

Nesta perspectiva, os mediadores internalizam a percepção de que devem tratar as partes com decoro absoluto e se supõe que estas

9 ZAFARRONI, Eugenio Raúl. *El Humanismo en el Derecho Penal*. México: Editora Ubijus/Instituto de Formação Profissional, 2009, p. 7. Vid: “...toda essa histórica e formal proclamação de ser a pessoa humana portadora de uma dignidade ‘inata’ é o próprio Direito a reconhecer o seguinte: a humanidade que *mora* em cada um de nós é em si mesma o fundamento lógico ou o título de legitimação de tal dignidade. Não cabendo a ele, Direito, outro papel que não seja o de declará-la.” (BRITTO, Carlos Aires. *O Humanismo como Categoria Constitucional*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010, p. 25)

10 ZUNZUNEGUI, Ignacio José Subijana. *El Paradigma de Humanidad en la Justicia Restaurativa*, artigo extraído da web.

atuem de igual modo, esforçando-se para enfrentar o conflito da melhor forma.

Ao aludir à participação de um facilitador no processo restaurativo, o Manual de Práticas Restaurativas para Conciliadores em Equidade, no marco do Projeto de Fortalecimento do Setor Justiça para a Redução da Impunidade¹¹ na Colômbia, esclarece que o facilitador contribuirá para que, de nenhum modo, qualquer uma das partes possa ser tratada, em algum instante, de forma desonrosa, respeitando-se, ao revés, a dignidade paritária a igualdade de todos os envolvidos, a fim de facilitar o entendimento e a harmonia social.¹²

9. DISCIPLINA

O respeito à disciplina é importante para todos os que se envolvem no processo com vistas à costura de um acordo e à sua continuidade. E certamente não falamos somente do ofensor e

11 Sobre a impunidade: "...tem efeitos devastadores para as vítimas das violações. A impunidade não só gera um enorme sentimento de frustração e desencanto entre as vítimas e seus parentes, senão que também supõe um obstáculo à reparação, já que, em parte, a reparação também tem que ver com o julgamento e o castigo dos responsáveis. As reflexões de Theo van Boven são muito ilustrativas desta íntima relação entre justiça e reparação quando assinala que 'em alguns países a inação no que diz respeito à investigação e ao castigo vai junto com a inação no concernente à reparação às vítimas. As vítimas podem ver-se privadas de importantes evidências que são necessárias para apoiar suas demandas de reparação.'" (ISA, Felipe Gómez. O texto, extraído de uma versão atualizada da introdução [p. 34] que figura no livro coordenado pelo autor [*El Derecho a la Memoria*. Zarauz, Espanha: Instituto de Direitos Humanos Pedro Arrupe, 2006], está disponível no site do ILSA – Instituto Latino-americano para uma Sociedade e um Direito Alternativos, com domicílio principal na cidade de Bogotá D.C., Colômbia). Ver: Conjunto de Princípios atualizado para a Proteção e a Promoção dos Direitos Humanos mediante a Luta contra a Impunidade, Relatório de Diane Orentlicher, Nações Unidas, Conselho Econômico e Social (8 de fevereiro de 2005): Princípio 33: Os procedimentos especiais que permitem às vítimas exercer seu direito a uma reparação serão objeto da mais ampla publicidade possível, inclusive pelos meios de comunicação privados. Dever-se-á assegurar essa difusão tanto no interior do país quanto no estrangeiro, inclusive pela via consular, especialmente nos países aos quais tiveram de exilar-se muitas vítimas. Princípio 34: O direito a obter reparação deverá abarcar todos os danos e prejuízos sofridos pelas vítimas; compreenderá medidas de restituição, indenização, reabilitação e satisfação, conforme o estabelece o direito internacional.

12 ALMEIDA, German Vallejo e CASTILLO, Maribel Arguello. *Manual de Práticas Restaurativas para Conciliadores en Equidad*. Bogotá: Ministério do Interior e da Justiça da República da Colômbia e União Europeia, 2008, p. 21.

da vítima, senão também dos representantes da sociedade civil e sobretudo de quem esteja exercendo a função de mediar o conflito.

Sem disciplina, sem sujeição às regras que norteiam os procedimentos restaurativos, não há como encaminhar-se a um encerramento satisfatório e obter os resultados perseguidos.

10. ECONOMIA DE CUSTOS

Entre as inumeráveis vantagens da JR se menciona o encurtamento de custos, intrínseco a práticas que dispensam o formalismo e uma pesada estrutura material e pessoal.¹³ Essa redução vale para o Estado e as partes envolvidas.

Quanto à mediação, é indubitável que “o mediador, como profissional que é, tem direito a ver retribuídos seus serviços às partes. Esta é a jogada econômica de maior impacto em uma mediação, dentro, isso sim, da contenção e moderação que quanto a despesas implica esta possibilidade de resolução de conflitos. Pode não ser a única, quando se produza a participação de terceiros (peritos) que também hajam de ser retribuídos... Pode produzir-se outra série de despesas relativas a notificações (postais), citações, utilização de locais, gabinetes ou escritórios para as reuniões etc... Em todo caso, a mediação se caracteriza por uma contenção da despesa e por uma importante moderação econômica em sua ‘conta final’ frente aos desembolsos que requer um processo jurisdicional.”¹⁴ Em síntese, independentemente do volume de gastos que possam dimanar de casos mais complexos, sempre será inferior ao modelo punitivo, seletivo, excludente, e beneficiará nesse sentido a administração da justiça e as partes.

Com respeito à economia nas despesas judiciais, é pertinente a lição de Elías Neuman de que um simples delito de menor gravidade “move a polícia, a justiça, a administração carcerária, num gasto assombroso e sem sentido ulterior... Nos tribunais se empregam

13 Trata-se de um processo “sem o peso e o ritual solene da arquitetura do cenário judiciário”. (SILVA, Eliezer Gomes da e SALIBA, Marcelo Gonçalves, Justiça Restaurativa, Sistema Penal, Direito e Democracia - Intercessões Ético-Discursivas, *Anais do Congresso Nacional do CONPEDI*, realizado em Brasília, no período de 20 a 28 de novembro de 2008. Acessível na web)

14 DIZ, Fernando Martín. *La Mediación: Sistema Complementario de Administración de Justicia*. Madri: Consejo General del Poder Judicial, 2009, pp. 153-154. O autor agrega que o menor custo econômico é uma das principais *paradigmáticas vantagens* da mediação.

fortíssimas somas de dinheiro a fim de investigar conflitos, quando mediante modelos consensuais, como a mediação penal prévia ao processo ou dentro deste, se reduziria profundamente o encarniçado quebranto econômico do sistema.”¹⁵

Terra de Homens fez um balanço sobre o custo da Justiça juvenil restaurativa no Peru. O programa custa 115 dólares mensais por adolescente, enquanto a privação de liberdade, nos centros correcionais, sai por 417 dólares ao mês.

Significativo também é a economia social resultante de um modelo que exhibe taxas menores de reincidência, o que implica necessariamente a diminuição dos custos do enfrentamento do crime.

11. EQUIDADE

Fundador e ex-presidente do Observatório de Prisões de Arequipa (Peru), ao expor no I Congresso Mundial de Justiça Juvenil Restaurativa (Lima, 2009), o belga Bruno Van der Maat mencionou um texto encontrado no túmulo de um juiz faraônico da XI Dinastia (Totnakht-ânhk): Julguei um caso de acordo com a equidade, de tal forma que ambas as partes saíram com um coração apaziguado.

No caso que nos ocupa, o termo *equidade* (*aequitas*) consiste em tratar a cada um (as partes do encontro) com imparcialidade, de modo que receba o que lhe corresponde por seus méritos ou condições, o que é justo e adequado em cada caso ou circunstância, sem beneficiar um em prejuízo do outro.

O importante é evitar a toma de decisões que sejam inequitas e rompem o equilíbrio que deve ser preservado no processo.

Ao tratar de meios alternos para a solução de controvérsias (técnicas de mediação, conciliação, juntas de facilitação, Justiça Restaurativa e demais formas de negociação) ante o Centro de Justiça Penal Alternativa, a Lei de Justiça Penal Alternativa do Estado de Chihuahua, México, assinala que esses meios são regidos por diversos princípios, entre os quais o da equidade, pois proporcionam condições de equilíbrio entre as partes, permitindo a composição de acordos reciprocamente satisfatórios e perduráveis.

15 NEUMAN, Elías. *Mediación y Conciliación Penal*. Buenos Aires: Edições Depalma, 1997, p. 31.

Dos Princípios Básicos para a Aplicação de Programas de Justiça Restaurativa em Matéria Penal (Resolução nº 2002/12) se extrai o seguinte: (13) Nos programas de justiça restitutiva e, em particular, nos processos restitutivos, devem aplicar-se salvaguardas básicas em matéria de procedimento que garantam a *equidade* para com o delincente e a vítima: a) com a observância do disposto na legislação nacional, a vítima e o delincente devem ter direito a consultar um assessor jurídico com relação ao processo restitutivo e, em caso necessário, a serviços de tradução ou interpretação. Os menores, ademais, terão direito à assistência dos pais ou do tutor; b) antes de dar seu acordo para participar de processos restitutivos, as partes devem ser plenamente informadas de seus direitos, da natureza do processo e das possíveis consequências de sua decisão; c) não se deve coagir a vítima nem o delincente para que participem de processos restitutivos ou aceitem resultados restitutivos, nem se deve induzi-los a fazê-lo por meios desleais.

É de Luigi Ferrajoli o apontamento seguinte, ao se referir à contraposição corrente entre legalidade e equidade: “Segundo uma definição escolástica que costuma remontar-se a Aristóteles, a equidade é ‘a justiça do caso concreto’. Mais precisamente, Aristóteles, ao analisar na Ética Nicomáquea as relações da *legalidade* e da *equidade* com a justiça, escreveu que ‘o equitativo, embora seja justo, não o é de acordo com a lei, senão como uma correção da justiça legal. A causa disso é que toda lei é universal e que há casos nos quais não é possível tratar as coisas retamente de um modo universal. Naqueles casos, pois, nos quais é necessário falar de um modo universal, sem ser possível fazê-lo retamente, a lei aceita o que for mais corrente, sem ignorar que há algum erro.’ A equidade serviria, pois, para preencher a distância entre a abstração do pressuposto típico legal e a concreção do caso julgado; ‘tal é a natureza do equitativo: uma correção da lei na medida em que sua universalidade a deixa incompleta.’ Com efeito, acrescenta Aristóteles, ‘quando a lei apresenta um caso universal e sobrevêm circunstâncias que ficam fora da fórmula universal, então está bem, na medida em que o legislador omite e erra ao simplificar, e que se corrija esta omissão, pois o mesmo legislador teria feito esta correção se tivesse estado presente e teria legislado assim se o tivesse conhecido. Por isso, o equitativo é justo e melhor do que certa classe

de justiça, não a justiça absoluta, mas sim melhor do que o erro que emana de seu caráter absoluto.”¹⁶

12. INFORMALIDADE

Nenhuma definição prévia de formas ou procedimentos (exceto pautas e parâmetros de caráter geral) amordaça as práticas restaurativas, isentas dos rituais presentes na justiça ordinária.

A falta de formalismo (ritualístico) da Justiça Restaurativa, vista como valioso instrumento a serviço da presteza e da eficácia, não pode ser identificada como ausência ou morigeração de cuidado, de garantias e de compromisso com a seriedade e a busca responsável da justiça.

Os países onde a JR exhibe os melhores resultados (em alguns, mais de 90% dos casos concluem com acordos de reparação), como Austrália, Nova Zelândia e Canadá, estão entre os que mais preservam o princípio da informalidade.

13. MÚTUO RESPEITO

No processo restaurativo se exige a reciprocidade de respeito entre todos seus participantes, inescusável para garantir a confiança e a posterior tomada de decisões consensuais.

Na mencionada Resolução nº 2002/12, está dito que aos facilitadores cabe desempenhar suas funções imparcialmente, com o devido respeito à DIGNIDADE das partes e por isso velarão para que se portem com *mútuo respeito*, devendo fazer o possível para que encontrem uma solução pertinente entre si.

No artigo 2º da Declaração da Costa Rica, afirma-se que os postulados restaurativos são baseados em princípios e valores que não apenas garantem o pleno exercício dos direitos humanos e a observância da DIGNIDADE de todos os envolvidos, como também favorecem o mútuo respeito entre os participantes dos procedimentos.

16 FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón: Teoría del Garantismo Penal*. Madri: Editora Trotta, 2011, p. 156. O artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça de Haia autoriza o emprego do princípio *ex aequo et bono* (porque é equitativo e bom) na decisão de um litígio interestatal desde que haja consenso entre as partes.

14. VOLUNTARIEDADE

As partes devem demonstrar sua vontade de participar do processo (o que é também destacado pelo Conselho da Europa, comprometido com a Justiça Restaurativa), sem imposições, conscientes de seus direitos e deveres, das particularidades dos procedimentos adotados e das consequências de um possível acordo. O ofensor buscará suavizar os efeitos de seu ato vergonhoso e se espera que assuma o compromisso de não reincidência.

Nesta linha de pensamento, cumpre considerar que “A desvalorização da voluntariedade na participação é um dos riscos da mediação. Por isso, para intervir no processo de mediação se deve garantir a manifestação da vontade. Nem a vítima, nem o acusado podem ver-se obrigados a iniciar uma mediação, ou a se manter nela, ou a adotar acordos que lhes sejam prejudiciais a seus interesses. Para estes fins, o mediador deve informar às partes os direitos, obrigações e consequências de sua participação, assim como de sua liberdade para iniciar ou abandonar o processo a qualquer momento, sem que isso tenha consequências jurídicas... Por outro lado, a liberdade de participação guarda relação direta com as garantias processuais. Nem a vítima, nem a pessoa acusada podem sofrer consequências jurídicas restritivas de direitos pelo início ou abandono do processo de mediação. Com respeito à primeira, não existe especial prejuízo jurídico na hipótese de que decida não começar o processo de mediação ou abandoná-lo, pois o processo penal está orientado para a determinação formal dos fatos sofridos, para a imposição de uma pena ao acusado e para a satisfação de seus interesses econômicos pelo prejuízo causado. O abandono do processo por parte da vítima pode ter consequências unicamente no plano emocional. No entanto, com respeito ao acusado, a questão é diferente, não só pelas consequências jurídicas que possam ser geradas, senão pela vulneração dos direitos fundamentais.”¹⁷

A despeito da relevância da voluntariedade, no modelo de Justiça Restaurativa tradicional, há, porém, quem afirme, como Nils Christie, que os ofensores podem ser obrigados a tomar parte nessas práticas; ou seja, haverá ocasiões (segundo o sistema maximalista de Justiça Restaurativa) nas quais dita justiça só poderá ser alcançada

17 MARTÍN, Julián Carlos Ríos, ESCAMILLA, Margarita Martínez, BERNABÉ, José Luis Segovia, DÍAZ, Manuel Gallego, CABRERA, Pedro e ARBELO, Montserrat Jiménez, *op. cit.*, pp. 43-44. Disponível na Internet.

mediante coerção, algo inadmissível para quem entende, como McCold, que isso significaria o regresso ao modelo punitivo.

Não se confunda a coação com o convite ou o estímulo à participação em uma abordagem restaurativa (não importa que provenha de instituições ou indivíduos). Por isso se fala de voluntariedade e não espontaneidade.

15. OUTROS PRINCÍPIOS

Os princípios apresentados não constituem *numerus clausus*. Evidentemente, outros podem ser citados (alguns também coincidentes com os da mediação) como bilateralidade, credibilidade, diligência, gratuidade, flexibilidade, honestidade ou probidade, igualdade entre as partes, imparcialidade ou neutralidade, interdisciplinaridade, oralidade, proporcionalidade, protagonismo, razoabilidade e segurança dos envolvidos, além daqueles presentes no direito penal como culpabilidade, legalidade, intervenção mínima e presunção de inocência.¹⁸

18 Fragmento do voto concorrente arrazoado de Sergio García Ramírez, que acompanhou a Sentença de exceções preliminares, fundo e reparações no Caso Tibi vs. Equador, proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos aos 7 de setembro de 2004: A ideia de uma “presunção de inocência” – ou talvez, melhor em benefício de quem objeta o caráter “presuntivo” deste conceito, de um “princípio de inocência ou inculpabilidade” – tem dois séculos de vida insegura. Dificilmente haveria um princípio que guardasse maior congruência com a justiça penal democrática que põe a cargo do Estado acusador a comprovação das imputações e do Estado julgador a decisão sobre estas. Nossa Convenção Americana acolhe o princípio: “toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se estabeleça legalmente sua culpabilidade.” (Artigo 8.2) A Corte Interamericana afirmou na sentença do caso *Suárez Rosero*, de 12 de novembro de 1987, e o reitera na sentença do presente caso, que o princípio de presunção de inocência constitui o fundamento das garantias judiciais. Com efeito, estas se organizam em torno da ideia da inocência, que não bloqueia a persecução penal, porém a racionaliza e direciona. A experiência histórica milita neste sentido. Mais: em parecer emitido pelo autor, na condição de membro do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária do Ministério da Justiça sobre projeto de lei que tratava de crimes hediondos, então em tramite no Congresso Nacional, afirmei: Mergulhada numa espiral de violência e manipulada pelos meios de comunicação social e pelos movimentos de *law and order*, a sociedade, atemorizada, em pânico, sem saber o que fazer, é induzida a não pensar nas raízes do problema, na possibilidade de enfrentá-lo em suas origens, e simplesmente demandar mais repressão, mais tipos penais, mais cárceres (e nesse caso pouco importa se existe ou não uma sentença formal condenatória, mesmo porque a *presunção de inocência* é um conceito vulnerado a toda hora pelos órgãos policiais e pela mídia, sob o aplauso generalizado dos que

Em junho de 2005, os participantes da Conferência Internacional “Acesso à Justiça por Meios Alternativos de Resolução de Conflitos”, na cidade de Brasília, tomando como base a Carta redigida em Araçatuba - SP, em abril do mesmo ano, no I Simpósio Brasileiro de Justiça Restaurativa, concluíram que as práticas restaurativas devem nortear-se por princípios e valores entre os quais: autonomia e voluntariedade na participação em práticas restaurativas, em todas as suas fases; respeito mútuo entre os participantes do encontro; envolvimento da comunidade, pautada pelos princípios da solidariedade e cooperação; garantia irrestrita dos direitos humanos e do direito à DIGNIDADE dos participantes; e promoção de relações equânimes e não hierárquicas.

- Fragmento do livro “Justiça Restaurativa – Amanhecer de uma Era – Aplicação em Prisões e Centros de Internação de Adolescentes Infratores”, publicado pela Editora Juruá, em 2015.

veem em ações espetaculosas ou em manchetes descomprometidas com a busca da verdade o aceno de uma resposta efetiva) e com isso assegura a permanência de um círculo vicioso, propugnando, em lugar de medidas de cunho preventivo (de curto, médio e longo prazo), a vingança, o castigo, particularmente o aprisionamento, na ingênua ilusão de que, dessa forma, se possa refrear a ascensão da criminalidade. (BARROS LEAL, César. *Pareceres Reunidos*. Fortaleza: Expressão Gráfica, 2006, pp. 44-45)

A IGUALDADE E A NÃO DISCRIMINAÇÃO COMO FUNDAMENTO DA DIGNIDADE HUMANA: A LUTA ANTI-RACISTA E O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Danielle Annoni

Doutora em Direito Internacional pela UFSC; Professora dos Cursos de Graduação em Direito e Relações Internacionais da UFSC; Professora dos Cursos de Mestrado e Doutorado em Direito da UFSC e do Curso de Mestrado em Relações Internacionais da UFSC; Coordenadora do Observatório de Direitos Humanos da UFSC.

Fernanda da Silva Lima

Doutoranda e Mestre em Direito pela UFSC (PPGD/UFSC); Integrante do Observatório de Direitos Humanos da UFSC; Integrante do Núcleo de Pesquisa em Estado, Política e Direito (NUPED/UNESC); Professora titular da disciplina de Direitos Humanos da UNESC/SC.

INTRODUÇÃO

O conceito de dignidade humana é um conceito simples, não há quem não o compreenda, e ainda um conceito de difícil definição no plano acadêmico. No Brasil, o conceito foi enaltecido pela Constituição Federal de 1988 e a partir de então toda demanda judicial ou mesmo administrativa reserva uma parte de seu texto a elencar as violações à dignidade humana, tanto na esfera dos direitos da personalidade, como ainda, por analogia, a todo e qualquer direito fundamental tutelado pela Carta, e como esta norma-princípio deve ser preservada.

No âmbito doméstico, o princípio da dignidade humana permeia todas as relações humanas, desde conflitos de vizinhança, violações a propriedade, até mesmo danos ao meio ambiente. É, pois, a norma mais invocada, mais citada em todos os trabalhos acadêmicos e não acadêmicos, mas também a menos debatida e refletida. O consenso que circunda o conceito também evita uma reflexão maior sobre sua origem e sua importância.

No plano internacional, o princípio-norma de dignidade da pessoa humana teve seu reconhecimento com a Conferência de Viena de 1993

e buscou apoiar-se em sua essência, qual seja, a proteção e tutela da vida, da integridade física e da dignidade psíquica e moral. Isto implica dizer que, no plano internacional, nem toda violação de direitos é uma violação da garantia a dignidade humana, mas toda violação a dignidade humana é uma violação grave de direitos humanos.

Assim, a dignidade humana tutelada no plano internacional emerge como um *standard* jurídico internacional a delimitar os limites mínimos de proteção que ao ser humano, todo e indistintamente, deve ser garantida tutela, não importando sua condição social, nacionalidade, gênero, raça ou credo. Visa-se a impedir que a humanidade regrida aos tempos da escravidão, impedir a servidão, a humilhação e torturas físicas, a opressão psíquica e moral que tornam um ser humano refém de outro, reduzido a objeto. Visa-se a tutelar, a partir deste princípio, a igualdade entre os seres humanos, não apenas no plano jurídico, internacional ou nacional, mas *de fato*, garantindo a universalidade de acesso a direitos para todo indivíduo, onde quer que esteja.

Com efeito, são indissociáveis do conceito de dignidade humana os princípios da igualdade e da não discriminação, podendo-se afirmar que formam uma tríade intransponível. Este trabalho, visa, pois, a refletir, a partir desta tríade a luta antirracista no Brasil e como os movimentos sociais e a sociedade civil organizada brasileira avançou em sua agenda de garantir igualdade racial *de fato*, a toda a população negra que define o tom deste país-continente.

2. A LUTA ANTIRRACISTA NO BRASIL E A ATUAÇÃO DOS MOVIMENTOS SOCIAIS

Passados 126 anos da abolição legal da escravidão no Brasil ainda se vive numa sociedade impregnada pelo preconceito, pelo racismo e pela discriminação racial¹. Os negros ainda vivem marginalizados

1 Em outra obra já foi definido os signos de racismo, preconceito e discriminação racial. O primeiro tem relação com um sentimento negativo que uma pessoa tem em relação a outra, levando em consideração/ comparação o seu próprio padrão racial, o segundo tem relação com o primeiro e refere-se a um pré-julgamento depreciativo do outro, levando em consideração a suas atribuições físicas/e ou culturais. Esse julgamento prévio tem como característica a sua inflexibilidade, ou seja, a opinião preconceituosa formada é algo praticamente incontestável. Já a discriminação racial é a manifestação – em ações, reais ou simbólicas – do preconceito e do racismo. Enquanto o racismo e o preconceito estão no campo da consciência, a discriminação racial é a transformação do pensamento em ação. (ANNONI; LIMA, 2014, pp. 93-94)

socialmente. Vivem numa sociedade que não o incluiu, que não o integrou. As diversas lutas e manifestações que enalteciam o cenário brasileiro naquele final de século XIX clamando pelo fim de um sistema excludente, desumanizador e cruel foram vozes que pregavam a liberdade, mas não apenas a liberdade formal.

Ainda que houvesse várias razões que culminariam no fim do sistema escravocrata, vindas principalmente de setores econômicos, com a necessidade de implantação de um novo modelo econômico, baseado no modelo capitalista de produção, havia uma resistência negra e também branca, surgida nos quilombos, nas senzalas, no convívio social, durante e após o fim da escravidão, que desejavam de fato alcançar aos negros o direito à liberdade, o seu reconhecimento como seres humanos e o seu direito à dignidade. Infelizmente, a mera proclamação da Lei Áurea assinada em 13 de maio de 1888 foi incapaz de promover direitos e dignidade aos negros.

Adentrou-se nas primeiras décadas do século XX com a certeza de que não houve nem sequer uma tentativa por parte do Estado, ou até mesmo da sociedade em geral, de promover a integração dos negros àquela nova conjuntura social que se formava, idealizada nos países europeus, Estados considerados modernos e desenvolvidos, cuja maioria da população era composta por grupos raciais brancos.

A luta que se travou nas senzalas de todo país dia-a-dia durante o período de escravidão, estava materializada numa luta pela sobrevivência. E já em liberdade, com a tão desejada liberdade, os grupos raciais negros puderam perceber que a vida fora da vigilância do capitão do mato e dos grandes senhores era tão cruel quanto. Logo a vida em liberdade tratou de mostrar ao negro que ele precisaria continuar lutando e resistindo, porque a liberdade não bastava, era preciso ser reconhecido como pessoa, receber tratamento igualitário e se inserir na sociedade.

Não houve uma mudança na racionalidade e na cultura social de aceitação e de integração dos grupos sociais negros. Claro que a Lei Áurea deixou muito a desejar nos seus breves dois artigos, mas mesmo que fosse extensa e que concedesse algumas garantias aos ex-escravos certamente ela não passaria de letra morta.

Por isso quando Fernandes (2007) afirma que é necessário que os negros passem por uma segunda abolição, ele se referiu não apenas na garantia de liberdade aos grupos sociais negros. Os negros só viverão plenamente essa segunda abolição quando estiverem

totalmente integrados na sociedade. E a integração tem a ver com a conquista de direitos, acesso igualitário aos serviços e as políticas públicas, acesso aos direitos fundamentais e sociais.

Para que essa segunda abolição necessária aconteça é imprescindível continuar a luta antirracista, é imprescindível a mobilização social de negros e não negros em favor desta causa. Por isso contar a trajetória dos grupos sociais negros no país, é contar a trajetória dos movimentos sociais² negros e das suas principais conquistas nessa luta contra a opressão, discriminação, racismo e preconceito.

Logo, no início das primeiras décadas do século XX iniciou-se a campanha rumo a essa segunda abolição. Diversos jornais e folhetins escritos por negros deram conta de denunciar o racismo e a discriminação racial sofrida pela população negra no país.

Diversos movimentos sociais negros que surgiram após a Primeira Guerra Mundial, nas décadas de 1920, 1930 e 1940, principalmente nas cidades de São Paulo e Rio de Janeiro, bem como as diversas conferências de intelectuais negros que denunciavam o racismo na sociedade brasileira, contribuíram para alargar as novas concepções de raça e narrar a complexidade das relações raciais no Brasil. Alguns movimentos negros tiveram grande repercussão histórica e foram extremamente importantes na luta antirracista, a exemplo da Frente Negra Brasileira (1931), do Teatro Experimental do Negro (1944) e do Movimento Negro Unificado (1978).

A Frente Negra Brasileira teve como principal bandeira de luta a alfabetização dos negros, por isso que na sua sede também havia várias salas de aulas. Tendo iniciado suas atividades em São Paulo, a Frente Negra Brasileira, em pouco tempo se expandiu para outros estados brasileiros, como Rio de Janeiro, Minas Gerais, Rio Grande do Sul, Bahia e Pernambuco. (SILVA; ARAÚJO, 2005, pp. 73-74)

Por meio do Jornal a “Voz da Raça”, a Frente Negra Brasileira conseguiu disseminar a luta antirracista na sociedade paulista. No artigo publicado em 17 de fevereiro de 1934 o jornal denunciou o descaso com que eram tratadas as crianças e adolescentes no âmbito escolar, eram menosprezadas pelos professores, tinham baixa

2 Para o conceito de movimentos sociais ver: SCHERER-WARREN, Ilse. *Cidadania sem fronteiras: Ações coletivas na era da globalização*. São Paulo: Hicitec, 1999.

autoestima e os pais preferiam tirá-las da escola para trabalharem. (GONÇALVES; SILVA, 2005, p. 196)

Uma análise historiográfica que remonta do período escravocrata aponta como nunca houve uma preocupação com a escolarização dos negros. (GONÇALVES; SILVA, 2005) Eles nunca tiveram boas oportunidades para o acesso ao ensino, tinham de trabalhar desde cedo e o trabalho precoce (CUSTÓDIO, 2006) é, e sempre foi bastante representativo como causa para a evasão escolar no país.

A Frente Negra Brasileira tinha um forte engajamento político e a luta pela alfabetização dos negros foi de extrema importância para a sua inclusão nos procedimentos eleitorais, uma vez que a retirada do título de eleitor estava condicionada a alfabetização do seu titular.³

Os fretenegrinos viam-se simultaneamente como negros e como brasileiros, e que portanto, consideravam-se representantes da nação brasileira. Com um velho resquício das teorias raciais deterministas e por forte influência de Gilberto Freyre, o movimento adotava uma postura “francamente assimilacionista”, correspondente ao ideário do branqueamento e ao mesmo tempo usavam “[...] o conceito de raça tanto para referir-se à totalidade da nação brasileira como para falar de grupo social que a organização representava”. De acordo com o autor a Frente Negra Brasileira desenhava para o país “[...] um ‘modelo racial de encaixe’, que pressupunha uma espécie de ‘relação aditiva’ entre os vários elementos, a qual permitiria a criação de uma nova ‘totalidade’.” (HOFBAUER, 2006, p. 367)

Para as lideranças da Frente Negra Brasileira a identidade nacional do povo brasileiro pressupunha que a sua composição era formada por negros e mestiços. Na edição nº 27 do jornal *A Voz da Raça*, Veiga dos Santos escreveu um artigo em que buscava esclarecer essa tentativa de fusão do “projeto negro” ao “projeto nacional” e chegou a citar a política racial de Hitler, na Alemanha, como exemplo de modelo que defendia a sua identidade nacional,

³ Nos jornais da imprensa negra paulista do começo do século, no período fecundo de sua divulgação, que vai dos anos 20 ao final dos anos 30, encontram-se artigos que incentivam o estudo, salientam a importância de instrumentar-se para o trabalho, divulgam escolas ligadas a entidades negras, dando-se destaque àquelas mantidas por professores negros. Encontram-se mensagens contendo exortações aos pais para que encaminhem seus filhos à escola e aos adultos para que completem ou iniciem cursos, sobretudo os de alfabetização. O saber ler e escrever é visto como condição para ascensão social, ou seja, para encontrar uma situação econômica estável, e, ainda, para ler e interpretar leis e assim poder fazer valer seus direitos. (GONÇALVES; SILVA, 2005, pp. 190-191)

mesmo reconhecendo as barbaridades e o extermínio que tal política implicou.⁴

Portanto, a pretensão primordial da Frente Negra Brasileira esteve relacionada contra o projeto imigracionista. Consideravam os imigrantes concorrentes no mercado de trabalho e uma ameaça à integridade nacional. (HOFBAUER, 2006, p. 369)

A Frente Negra Brasileira foi transformada em partido político no ano de 1936 e dissolvida no ano seguinte, assim como os demais partidos políticos durante o Estado Novo no governo Vargas. A Frente Negra Brasileira compreendia a necessidade de revalorização dos termos “raça” e “cor” no que referia ao seu aspecto identitário como manifestação de uma luta antirracista e pelo reconhecimento da situação marginal dos negros no Brasil (LIMA, 2005, p. 41), ainda que desconsiderasse os aspectos “culturais” e as “tradições”, que são imprescindíveis na composição e determinação dos grupos sociais.

Ao mesmo tempo a Frente Negra Brasileira negava a cultura afro-brasileira por acreditar que era responsável pela ampla difusão de estereótipos que marcavam os negros no Brasil. (GUIMARÃES, 2002, p. 87) Era preciso dissociar o negro da África e do seu passado escravista, pois remetiam o imaginário social a hierarquizar as relações raciais e em perceber o negro como elemento inferior e incapaz de auxiliar na construção da modernidade do país.

Outros movimentos foram surgindo do início até a metade do século XX, como a União dos Homens de Cor e o Teatro Experimental do Negro, o último liderado por Abdias do Nascimento no Rio de Janeiro entre os anos de 1944-1964.

A ideia de criar o Teatro Experimental do Negro surgiu em Lima, capital peruana. Lá Abdias do Nascimento assistiu a peça “O Imperador Jones”, do dramaturgo norte-americano Eugene O`Neill. Na peça Jones era negro, mas o ator que o interpretava era branco que precisou pintar as mãos e o rosto de preto. Ao assistir à peça

4 Veiga dos Santos escreveu na edição nº 27 do Jornal a Voz da Raça: “Que nos importa que Hitler não queira, na sua terra, o sangue negro? Isso mostra unicamente que a Alemanha Nova se orgulha de sua raça. Nós também, nós Brasileiros, temos RAÇA. Não queremos saber de *arianos*. QUEREMOS O BRASILEIRO NEGRO E MESTIÇO que nunca traiu e nem trairá a Nação. Nós somos contra a importação do sangue estrangeiro que vem somente atrapalhar a vida do Brasil, a unidade de nossa Pátria, da nossa raça, da nossa língua. Hitler afirma a raça alemã. Nós afirmamos a Raça Brasileira, sobretudo no seu elemento mais forte: O NEGRO BRASILEIRO. Basta de exploração.” (HOFBAUER, 2006, pp. 368-369) (grifos no original)

Abdias do Nascimento logo se lembrou da situação dos atores negros no Brasil. A maioria dos negros atuava apenas nos bastidores e os poucos que subiam aos palcos desempenhavam papéis secundários ou como figurantes. Às atrizes negras restavam os papéis como empregadas domésticas ou prostitutas. Protagonistas negros e/ou negras, simplesmente não havia.⁵ (ARTICULAÇÃO, 2007, p. 11)

O Teatro Experimental do Negro (TEN) foi considerado uma das principais organizações negras do país naquele momento. Embora no começo o Teatro Experimental do Negro estivesse voltado apenas para questões culturais, ou seja, relacionado as artes cênicas e na inclusão de atores negros nesse segmento profissional, aos poucos essa experiência se transformou num verdadeiro movimento social preocupado em restaurar a autoimagem e autoestima dos negros brasileiros. (GUIMARÃES, 2002, p. 89)

Fernandes (2007, p. 222) afirma que até então, seja nas artes cênicas, seja nos demais arranjos culturais do país, havia uma visão folclorizada e não valorizada do negro. Em demonstrações culturais procurava-se ostentar o mito da democracia racial disfarçado na mestiçagem tipicamente freyreana que inferiorizava o negro ao mesmo tempo em que “desconhecia” práticas racistas e discriminatórias.

Engendrar um teatro negro significa dar oportunidade de formação e de afirmação artísticas ao negro – algo em si mesmo revolucionário, que implicava revisões de estereótipos negativos para o negro e na eliminação progressiva de barreiras que proscreviam o negro de nossa vida intelectual produtiva e criadora. Mas um teatro *experimental* tem de visar outros fins. Ou seja, ao dar canais de expressão à capacidade criadora do negro e ao redefinir representações sobre suas aptidões intelectuais ou morais, *ele precisa concorrer para modificar alguma coisa em determinada direção*. Isso levanta várias questões, ligadas à elaboração dos dramas, à composição dos auditórios e às influências educativas do teatro. (FERNANDES, 2007, p. 222)

5 De acordo com a Revista Vozes e Faces (ARTICULAÇÃO, 2007, p. 15) a estreia da primeira peça teatral promovida pelo Teatro Experimental do Negro ocorreu em 1945 em grande estilo no palco do Teatro Municipal do Rio de Janeiro. Abdias do Nascimento requereu os direitos autorais da peça *O Imperador Jones* à Eugene O' Neill. O personagem Jones foi interpretado pelo ator negro Aguinaldo Camargo. A crítica teatral reagiu bem à estreia e o grupo teatral passou, a partir de então, a promover outras peças.

O Teatro Experimental do Negro, embora fosse um movimento social preocupado com a situação marginal dos negros na sociedade e por isto, tornou-se também um grande denunciador das práticas racistas e discriminatórias contra a população negra, manteve sua ideologia em sintonia com a política nacionalista e populista da época, implementada por Vargas, durante o Estado Novo. (GUIMARÃES, 2002, p. 89)

Isto representou a difusão da ideia de “assimilação” baseada na concepção de que a população brasileira é mestiça e de que aos negros caberia a negação da sua herança cultural africana, para, via “assimilação” e branqueamento, incorporarem os valores e costumes dos grupos raciais brancos.

Guimarães (1999, p. 227) afirma que o nacionalismo e o integracionismo fazem parte da ideologia predominante desse movimento social. “A ideia [sic] de que somos uma só nação e um só povo é casada com a negação das raças enquanto realidade física, e com a busca de uma redefinição do Brasil em termos negros-mestiços.”

O Teatro Experimental do Negro organizou e patrocinou a Conferência Nacional do Negro realizada em 1949. O pronunciamento de abertura do evento coube ao seu líder, Abdias do Nascimento que reacendeu a discussão da necessidade de os negros assimilarem os valores dos brancos. O elogio a mestiçagem – próprio da teoria freyreana de seus seguidores – propiciou a ruptura com concepção de hierarquização entre as raças, pelo menos no plano formal. (FREYRE, 2000)

Do ponto de vista lógico-formal a mestiçagem causava uma sensação de harmonia social, ao mesmo tempo em que identificava os negros pertencentes à identidade nacional. Ou seja, a mestiçagem dava a impressão de que no Brasil vivia-se uma democracia racial, com apenas alguns resquícios de discriminação racial e que era isso que precisava ser sanado. A bandeira da democracia racial esteve presente nessa época no imaginário da maioria das forças políticas, inclusive nos integrantes do Teatro Experimental do Negro. (HOFBAUER, 2006, p. 372) Mesmo assim, o Teatro Experimental do Negro liderado por Abdias do Nascimento foi um importante movimento social na luta antirracista no contexto histórico-político em que foi criado no país.

Foi nesse período, mediante mobilização social que foi promulgada a Lei nº 1.390, de 3 de julho de 1951, também conhecida como Lei

Afonso Arinos, responsável por incluir entre as contravenções penais a prática de atos resultantes de preconceitos de raça ou de cor. A Lei Afonso Arinos foi a primeira legislação antirracista aprovada após o fim da escravidão.⁶

Anos mais tarde, considerando o período ditatorial⁷ que atravessou o país a partir do ano de 1964, surgiu junto ao movimento de redemocratização, o Movimento Negro Unificado, em 1978 permitindo que as lideranças negras se reorganizassem politicamente e rediscutissem novas bases para uma luta antirracista no país. A criação do Movimento Negro Unificado (MNU) “[...] pôs na ordem do dia as desigualdades e as discriminações raciais vigentes no Brasil [...]” (GUIMARÃES, 2008, p. 62), denunciando-as para o resto do mundo, tendo em vista a visibilidade internacional que conquistou o Movimento Negro Unificado.

O Movimento Negro Unificado foi fundado em bases ideológicas bem diferentes dos antigos movimentos sociais. Segundo Guimarães (2002, p. 90) o MNU,

Politicamente, alinha-se à esquerda revolucionária; ideologicamente, assume, pela primeira vez no país, um racismo radical. Suas influências mais evidentes e reconhecidas são: primeiro, a crítica de Florestan Fernandes à ordem racial de origem escravocrata, que a burguesia brasileira mantivera intacta e que transformara a democracia racial em mito; segundo, o movimento dos negros americanos pelos direitos civis e o desenvolvimento de um nacionalismo negro nos Estados Unidos; terceiro, a luta de libertação dos povos da África meridional (Moçambique, Angola, Rodésia, África do Sul). Mas, a esses se deve juntar pelo menos mais três: o movimento das mulheres, no plano internacional, que possibilita a militância de mulheres negras; o novo sindicalismo brasileiro que, apoiados nos chãos-de-fábrica,

6 Anos mais tarde a Lei nº 7.347, de 20 de dezembro de 1985 deu nova redação à Lei Afonso Arinos, permanecendo em vigência até hoje.

7 Bonavides (2000, p. 174) enfatiza que “As comoções políticas de raiz social fizeram-na desembocar, por obra da corrupção do regime presidencial, na segunda ditadura do século, a mais longa e perniciosa por haver mantido aberto um Congresso fantoche, debaixo de uma Constituição de fachada outorgada pelo sistema autoritário, que ao mesmo tempo censurava a imprensa e reprimia a formação, pelo debate livre, de novas lideranças, sacrificando assim toda uma geração. Tal aconteceu em 1964 quando o país atravessou durante duas décadas a mais sombria ditadura militar de sua história”.

retira as lideranças sindicais da órbita dos partidos políticos tradicionais; e os novos movimentos sociais urbanos, que mantêm a sociedade civil mobilizada, durante toda a década de 1980.

Assim, pode-se dizer que o Movimento Negro Unificado ressignificou a luta antirracista no Brasil, na medida em que combateu os ideais integracionistas e assimilacionistas ancorados na concepção de “democracia racial” para, pela primeira vez, agregar aos ideais do movimento uma ideologia racializante, no sentido de resgatar a cultura africana e afro-brasileira. Passou-se a partir de então a perceber e valorizar o multiculturalismo na sociedade brasileira, na qual a luta antirracista deveria se apoiar.

O Movimento Negro Unificado se estendeu por vários estados brasileiros e, portanto, ao contrário dos movimentos sociais negros anteriores, é considerado um movimento esquerdista e desafiador da ordem política e social estabelecida no país até então. Por isso, o movimento sofreu diversas resistências, tanto na camada dominante como entre grande parte da população negra que não se sentia representada por esse movimento. Hofbauer (2006, p. 378) atesta que um dos fatores determinantes pela resistência ao movimento esteve relacionado com o ideário de branqueamento que em consonância com o mito da democracia racial formaram correntes ideológicas hegemônicas, que não reconheciam a discriminação racial.

Para a divulgação de seus ideais o Movimento Negro Unificado também editou revistas e jornais, como a Revista do MNU, *Nêgo* e o Jornal Nacional do MNU, que foram os veículos de comunicação mais expressivos desse movimento. (HOFBAUER, 2006, p. 382)

3. A LUTA ANTIRRACISTA NO BRASIL E A CONSOLIDAÇÃO DE UMA AGENDA POLÍTICA COMPROMETIDA COM A IGUALDADE RACIAL

As pesquisas quantitativas e os novos estudos acadêmicos foram fundamentais para o diagnóstico da exclusão social dos grupos sociais negros no país. A discriminação racial, longe de ser apenas uma herança cultural do regime escravocrata como acreditavam Florestan Fernandes e Roger Bastide, é, na atual sociedade de classes, verdadeiro empecilho para a mobilidade social dos grupos negros, de tal modo, que a discriminação racial sobrevive nessa sociedade ancorada por novos preceitos ideológicos.

Não se nega a escravidão como ponto de partida determinante para o estudo das relações de discriminação racial na sociedade, mas não é mais possível afirmar que a superação da discriminação racial seja alcançada simplesmente quando se superar os aspectos histórico-culturais embutidos nesse conceito. Reafirma-se a urgência em esclarecer que, mesmo como herança do antigo regime, a discriminação racial assume na sociedade atual, novas funções e significados.

E esse é um dos argumentos de Hasenbalg (1988), quando a partir de pesquisas quantitativas verificou a posição social do negro na pirâmide econômica e percebeu o quanto o simples crescimento da economia é incapaz de conceder a mobilidade vertical aos negros. De acordo com o autor,

Para atingir uma situação de completa igualdade racial é necessário que os dois grupos raciais estejam igualmente distribuídos ao longo da hierarquia socioeconômica. Numa situação de recursos constantes, isto é, quando as posições na estrutura de classes – e seus correlatos nas esferas de estratificação e distribuição – permanecem as mesmas, ao movimento ascendente de pessoas de cor, necessário para chegar à igualdade racial perfeita, corresponderia um movimento equivalente ao descenso de brancos. Quando os recursos crescem, ou seja, as posições aumentam e a estrutura das mesmas se modifica, o movimento ascendente de pessoas de cor não precisa ter como contrapartida o descenso equivalente de brancos, aproximando-se a situação do que os economistas gostam de chamar de ótimo de Pareto. A diferença entre as duas situações – recursos constantes *versus* recursos em expansão – pode ser vista como o dado fundamental para as estratégias alternativas de demanda pela diminuição das desigualdades raciais. (HASENBALG, 1988, p. 140)

Por isso, na pauta de luta do Movimento Negro Unificado esteve realmente implícito o desejo de transformar a sociedade brasileira numa verdadeira democracia racial. Essa militância tem como principais objetivos denunciar que as desigualdades sociais entre negros e brancos no Brasil não eram apenas o reflexo da disputa de classes (LIMA, 2005, p. 42), mas colocou o preconceito e a discriminação racial como fatores determinantes da situação marginal do negro.

Importante acrescentar que o dia 20 de novembro – data da morte de Zumbi – foi considerada a data nacional da consciência negra pelo Grupo Palmares da capital gaúcha no ano de 1971. (SILVEIRA, 2003, p. 23) Somente no dia 4 de novembro de 1978 durante a Segunda Assembleia Nacional realizada em Salvador é que o Movimento Negro Unificado formalizou a data como o Dia Nacional da Consciência Negra e acabou se distanciando cada vez mais dos festejos que comemoravam a abolição, no dia 13 de maio.⁸ (HOFBAUER, 2006, p. 384)

Enquanto processo de luta e mobilização social, Gomes (2005, p. 39) acredita que de uma forma particular os movimentos negros são capazes de redefinir e redimensionar

[...] a questão social e racial na sociedade brasileira, dando-lhe uma dimensão e interpretação políticas. Nesse processo os movimentos sociais cumprem uma importante tarefa não só de denúncia e reinterpretação da realidade social e racial brasileira como, também, de reeducação da população, dos meios políticos e acadêmicos.

Os trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte no ano de 1987 foram realizados mediante a participação da sociedade civil organizada. Os movimentos negros colocaram em pauta as suas principais reivindicações: a) denunciar o racismo e a discriminação racial pelo qual sofrem os negros no país; b) denunciar a democracia racial como um mito e como forma de impedir o investimento em políticas públicas de ações afirmativas na luta antirracista; c) resgatar a cultura afro-brasileira através do reconhecimento das identidades, da valorização da diversidade e do reconhecimento de uma sociedade multirracial e multicultural. (GUIMARÃES, 1999, p. 228)

A promulgação da Constituição Federal no ano seguinte foi representativa de diversos avanços no cenário social e político brasileiro

⁸ Acerca do centenário da abolição da escravidão no ano de 1988, Gorender (1991, p. 6) conclui que não havia o que comemorar, em vez de festejo, o que houve foi um verdadeiro repúdio, desde mobilizações na rua, até congressos acadêmicos relacionaram a data como algo que nunca houve para os negros: a abolição. E o autor identifica essa consciência social graças as mobilizações de vários seguimentos da sociedade, incluindo a atuação do Movimento Negro Unificado e da situação de desigualdade e exclusão social que permeiam os grupos negros. A “discriminação racial e pobreza dos dias de hoje se constituíram em critérios historiográficos e conduziram a concluir: a Abolição não se realizou. Mero engodo, a Lei Áurea proclamou o que não houve.”

e esta transição democrática firmou-se no combate à discriminação racial, na proteção da dignidade humana e na prevalência dos direitos humanos. A Constituição brasileira incorporou ao seu rol de direitos fundamentais diversos dispositivos cuja inspiração veio dos tratados internacionais em matéria de direitos humanos.

Na luta antirracista ressalta-se a importância da Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial de 1965, da qual o Brasil é signatário⁹, estabelecendo em âmbito internacional o conceito de discriminação racial como

[...] qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferências baseadas em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica, que tenha como objeto ou efeito anular ou restringir o reconhecimento, o gozo ou exercício, em condições de igualdade, os direitos humanos e liberdades fundamentais no domínio político, social ou cultural, ou em qualquer outro domínio da vida pública. (BRASIL, 1969)

A presente convenção tem como objetivos “promover e encorajar o respeito universal e efetivo pelos direitos humanos e liberdades fundamentais para todos, sem discriminação de raça, sexo, idioma ou religião.” A Convenção Internacional compromete os Estados membros a desenvolverem nos seus países ações articuladas de promoção à igualdade racial.

Ainda em âmbito internacional, o Brasil participou da III Conferência Mundial contra o Racismo, a Discriminação Racial, a Xenofobia e Intolerância Correlata que ocorreu entre os dias 31 de agosto e 7 de setembro de 2001 em Durban, na África do Sul. Os documentos extraídos da Conferência comprometem os Estados participantes a adotarem medidas de urgência no combate à discriminação racial e na promoção da equidade social através de políticas de ações afirmativas. (MARQUES, 2007, p. 298)

A participação do Brasil¹⁰ na III Conferência Mundial em Durban obrigou o Estado brasileiro a (re)discutir e (re)pensar as desigualdades

9 O Brasil depositou o documento de ratificação à convenção junto à Secretaria Geral das Nações Unidas no dia 27 de março de 1968, durante o governo do presidente Emílio G. Médici. A convenção incorporou o ordenamento jurídico através do Decreto nº 65.810 de 08 de dezembro de 1969.

10 Um ano antes da Conferência Mundial foi criado no país um Comitê Nacional para a Preparação da Participação Brasileira em Durban, envolvendo a participação de representantes governamentais e representantes da sociedade civil. A partir do segundo semestre do ano de 2000 foram realizados no país diversos eventos

sociais no país a partir de novos paradigmas e pesquisas científicas comprovadoras de que a pobreza no Brasil tem cor e é negra, constituindo este momento num marco histórico importante para a consolidação da luta antirracista no país.

Logo após a Conferência de Durban o Brasil passou a adotar medidas específicas de combate à discriminação racial, entre as quais destacam-se: a criação do Conselho Nacional de Combate à Discriminação Racial (CNCD) vinculado à Secretaria de Estado dos Direitos Humanos do Ministério da Justiça; a criação do II Plano Nacional de Direitos Humanos (II PNDH) que ampliou as metas estabelecidas no I Plano no que se refere à valorização da população negra além de criar uma série de medidas de promoção e equilíbrio social entre os diferentes grupos étnicos; a criação do Programa Nacional de Ações Afirmativas no ano de 2002 sob a coordenação da Secretaria de Estado dos Direitos Humanos do Ministério da Justiça, privilegiando entre os outros grupos marginalizados socialmente, a população negra. (JACCOUD; BEGHIN, 2002, pp. 23-24)

Mas talvez, enquanto plano de governo, a mudança mais significativa aconteceu somente a partir do ano de 2003 com a criação, no dia 21 de março, da Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial (SEPPIR)¹¹, com *status* de ministério e vinculada diretamente a Presidência da República. A SEPPIR tem como um de suas missões: “promover a igualdade e a proteção dos direitos de indivíduos e grupos raciais e étnicos afetados pela discriminação e demais formas de intolerância, com ênfase na população negra”. (BORGES, 2005, p. 28)

É possível vislumbrar no cenário social e político do país mudanças significativas em relação a temática das relações raciais. Após doze anos desde a criação da SEPPIR constata-se que a pauta da igualdade racial realmente entrou na agenda política do país. No mesmo ano de criação da SEPPIR foi aprovada a Lei nº

científicos e pré-conferências promovidos pela Fundação Cultural dos Palmares e pela Secretaria Especial de Estado dos Direitos Humanos do Governo Federal, com a finalidade de discutir as relações raciais. A preparação e articulação política em torno da participação do país na Conferência de Durban colocou a questão da discriminação racial na pauta de discussão do Estado, além de culminar na realização da I Conferência Nacional contra o Racismo e a Intolerância entre os dias 6 e 8 de julho de 2001, na cidade do Rio de Janeiro. (JACCOUD; BEGHIN, 2002, pp. 21-22)

11 A Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial foi criada pela Medida Provisória nº 111, de 21 de março de 2003 e transformada na Lei Federal nº 10.678 em 23 de maio de 2003.

10.639, de 9 de janeiro de 2003 que estabelecia a obrigatoriedade do ensino de história e cultura afro-brasileiras e africanas em todos os estabelecimentos educacionais, e por isso fez alterações na Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDBEN) inserindo a redação do artigo 26-A. Em 2008 entrou em vigor a Lei nº 11.645, de 10 de março, que fez novas modificações no artigo 26-A da LDBEN e incluiu também o estudo dos povos indígenas.¹²

A reforma no artigo 26-A da LDBEN tem como objetivo reformular os currículos escolares, proporcionar o conhecimento sobre a diversidade cultural e étnico-racial, e minimizar, por assim dizer, o impacto que a cultura eurocêntrica impõe nas salas de aulas de todo o país.

Para Santos (2005, p. 33), a incorporação nos currículos escolares do estudo sobre os negros e os índios como grupos sociais formadores da sociedade nacional, já constituem um imenso avanço na luta antirracista e está de acordo com uma proposta de educação para a igualdade de tratamento no ambiente escolar. No entanto, destaca-se que a lei não estabelece metas de implementação, como a qualificação de professores para ministrarem as novas disciplinas, não impõem medidas para que as universidades nos seus cursos de graduação, sobretudo os de licenciatura, formem professores aptos para ministrarem o conteúdo programático.

A atual ministra da SEPPIR, Nilma Lino Gomes realizou pesquisas para a inserção de práticas pedagógicas de trabalho com relações étnico-raciais nas escolas na perspectiva da Lei

12 A Nova redação do artigo 26^a da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional tem agora a seguinte redação: “Art. 26-A. Nos estabelecimentos de ensino fundamental e de ensino médio, públicos e privados, torna-se obrigatório o estudo da história e cultura afro-brasileira e indígena. (Redação dada pela Lei nº 11.645, de 2008).

§ 1º O conteúdo programático a que se refere este artigo incluirá diversos aspectos da história e da cultura que caracterizam a formação da população brasileira, a partir desses dois grupos étnicos, tais como o estudo da história da África e dos africanos, a luta dos negros e dos povos indígenas no Brasil, a cultura negra e indígena brasileira e o negro e o índio na formação da sociedade nacional, resgatando as suas contribuições nas áreas social, econômica e política, pertinentes à história do Brasil. (Redação dada pela Lei nº 11.645, de 2008).

§ 2º Os conteúdos referentes à história e cultura afro-brasileira e dos povos indígenas brasileiros serão ministrados no âmbito de todo o currículo escolar, em especial nas áreas de educação artística e de literatura e história brasileiras. (Redação dada pela Lei nº 11.645, de 2008).

nº 10.639/2003 e constatou que no interior de escolas públicas brasileiras:

[...] as atividades pedagógicas, para a instituição desta lei, têm sido desenvolvidas em meio a inúmeras contradições, tanto de ordem administrativo-burocrática quanto de ordem étnico-teórico-metodológica. A constatação de que boa parte dos trabalhos desenvolvidos nestas instituições escolares fundamentava-se apenas, ou prioritariamente, no conteúdo da referida lei – cujo caráter sucinto não oferece orientações pedagógicas aos educadores – coloca em risco a eficácia desta legislação no que se refere às modificações nos padrões de relações étnico-raciais atualmente vigentes no país. É importante salientar, todavia, que tais distorções se devem mais à permanência de representações sociais estereotipadas sobre o continente africano e sobre os afro-brasileiros no interior da sociedade brasileira e dos currículos escolares, do que à ausência de referenciais teóricos e didáticos sobre a temática. (JESUS; GOMES, 2013, p. 82)

Logo, as dificuldades em colocar em prática as recentes diretrizes para o ensino da história e cultura africana e afro-brasileiras nas escolas públicas e privadas de todo o país representam uma estagnação na luta antirracista, uma vez, conforme constatado por Jesus e Gomes (2013), a ausência de capacitação, instrução dos professores para abordagem da matéria acerca da diversidade étnico-racial, têm contribuído para reproduzir os estereótipos dos grupos sociais e negros, ressaltando a sua condição enquanto grupo social marginal e excluído.

Portanto, não há imposição legal em dar efetividade e regulamentação ao dispositivo 26-A da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, já que a Lei nº 10.639/2003 e conseqüentemente a sua sucessora Lei nº 11.645/2008 não trouxeram parâmetros e diretrizes para fazer com que o disposto 26-A da LDBEN não se constitua em letra morta. No entanto, há programas no âmbito governamental que iniciaram, ainda que timidamente, ações que visam a proporcionar o desenvolvimento inclusivo dos sistemas de ensino, voltado à valorização das diferenças e da diversidade potencializando investimentos em políticas públicas transversais

e intersetoriais, a exemplo da Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização, Diversidade e Inclusão (SECADI).¹³

No que se refere ao ensino superior tem cada vez mais aumentado a participação de estudantes negros nas universidades públicas através das políticas públicas de ação afirmativa baseadas no sistema de cotas¹⁴. Como também têm aumentado o ingresso de estudantes negros em universidades e faculdades privadas, através de outros programas governamentais que subsidiam os valores das mensalidades, seja através de bolsas de estudo, a exemplo do PROUNI (Programa Universidade Para Todos), seja através de concessão de crédito educativo como o FIES (Financiamento ao Estudante de Ensino Superior), além de outros.¹⁵

Outra conquista importante para a luta antirracista no Brasil foi materializada com a aprovação da Lei nº 12.288, de 20 de julho de 2010 que instituiu o Estatuto da Igualdade Racial, que já vinha sendo discutido no Congresso Nacional desde o ano de 2003.¹⁶

O Estatuto da Igualdade Racial tem como proposta viabilizar a melhoria da qualidade de vida dos grupos sociais negros e demais

13 A Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização, Diversidade e Inclusão (Secadi) em articulação com os sistemas de ensino implementa políticas educacionais nas áreas de alfabetização e educação de jovens e adultos, educação ambiental, educação em direitos humanos, educação especial, do campo, escolar indígena, quilombola e educação para as relações étnico-raciais. Mais informações acessar: <http://portal.mec.gov.br/>

14 Embora a Lei que instituiu o sistema de cotas nas universidades tenha sido instituída apenas no ano de 2012 através da Lei nº 12.711, no dia 29 de agosto, algumas universidades brasileiras como a UNB, a UERJ, a UFSC e outras instituíram o programa muito antes, considerando o princípio da autonomia universitária. Na UFSC o sistema foi implementado no vestibular do ano de 2007.

15 O Programa Universidade para todos, somado ao FIES, ao Sistema de Seleção Unificada (SISU), ao Programa de Apoio a Planos de Reestruturação e Expansão das Universidades Federais (REUNI), a Universidade Aberta do Brasil (UAB) e a expansão da rede federal de educação profissional e tecnológica ampliam significativamente o número de vagas na educação superior, contribuindo para um maior acesso dos jovens à educação superior, incluindo os jovens negros. Mais informações acessar: <http://portal.mec.gov.br/>

16 O senador Paulo Paim PT/RS apresentou um Projeto de Lei ao Senado, nº 213 no ano de 2003 visando instituir o Estatuto da Igualdade Racial com a finalidade de equilibrar as relações raciais e diminuir os índices de desigualdade social entre os diversos grupos sociais. O Projeto de Lei nº 213 além de ser um importante instrumento jurídico-político na luta antirracista também contribui para que haja o investimento em políticas públicas de ações afirmativas visando melhorar a condição de vida da população negra e valorizar a diversidade étnico-racial no Brasil.

minorias étnicas, além de combater a discriminação racial e as desigualdades raciais no país, prevendo inclusive o investimento estatal em políticas públicas de ação afirmativa, conforme vem previsto nos artigos iniciais:

Art. 1º Esta Lei institui o Estatuto da Igualdade Racial, destinado a garantir à população negra a efetivação da igualdade de oportunidades, a defesa dos direitos étnicos individuais, coletivos e difusos e o combate à discriminação e às demais formas de intolerância étnica.

Parágrafo único. Para efeito deste Estatuto, considera-se:

I - discriminação racial ou étnico-racial: toda distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tenha por objeto anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício, em igualdade de condições, de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural ou em qualquer outro campo da vida pública ou privada;

II - desigualdade racial: toda situação injustificada de diferenciação de acesso e fruição de bens, serviços e oportunidades, nas esferas pública e privada, em virtude de raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica;

III - desigualdade de gênero e raça: assimetria existente no âmbito da sociedade que acentua a distância social entre mulheres negras e os demais segmentos sociais;

IV - população negra: o conjunto de pessoas que se autodeclararam pretas e pardas, conforme o quesito cor ou raça usado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), ou que adotam auto-definição análoga;

V - políticas públicas: as ações, iniciativas e programas adotados pelo Estado no cumprimento de suas atribuições institucionais;

VI - ações afirmativas: os programas e medidas especiais adotados pelo Estado e pela iniciativa privada para a correção das desigualdades raciais e para a promoção da igualdade de oportunidades.

Art. 2º É dever do Estado e da sociedade garantir a igualdade de oportunidades, reconhecendo a todo cidadão brasileiro, independentemente da etnia ou da cor da pele, o direito à

participação na comunidade, especialmente nas atividades políticas, econômicas, empresariais, educacionais, culturais e esportivas, defendendo sua dignidade e seus valores religiosos e culturais.

O Estatuto da Igualdade Racial se consubstancia numa ferramenta importante na luta antirracista no Brasil não apenas porque define direitos fundamentais aos grupos sociais negros, visa a promover a igualdade de oportunidades e combater a discriminação racial, mas porque faz isso de forma planejada através da implantação de um Sistema Nacional de Promoção da Igualdade Racial – SINAPIR voltado à implementação de um conjunto de políticas e serviços destinados a superação das desigualdades étnico-raciais, contando inclusive com a participação da iniciativa privada, conforme dispõe o artigo 47.

O SINAPIR está regulamentado pelo Decreto nº 8.136, de 05 de novembro de 2013 e nele constam os princípios, objetivos, instrumentos gerenciais, estrutura, forma de participação, competências, responsabilidades e mecanismos de financiamento. (SEPPPIR, 2015, p. 13)

Outro avanço significativo refere-se a ampliação dos compromissos do Governo Federal, conforme detectado no Plano Plurianual 2012-2015, que reafirmam o compromisso do país com a promoção da igualdade racial e portanto, às ações executadas no Plano não ficaram sob a responsabilidade exclusiva da SEPPPIR, pois envolveram ações realizadas em conjunto e articuladas com outros ministérios e órgãos federais.

Feita esta análise da trajetória e/ou construção de uma agenda política e normativa voltada para a promoção da igualdade racial no Brasil, é perceptível que o avanço nas duas últimas décadas representou o que não se discutiu em quase cem anos do momento posterior à revogação da escravidão enquanto modelo político, econômico e social.

Muito se deve à luta antirracista perpetrada principalmente pela sociedade civil, que juntamente com setores governamentais, teve espaço para rediscutir as relações raciais no Brasil, conferir maior visibilidade as demandas dos movimentos negros e pensar, conjuntamente, estratégias para efetivar aquilo que, como se demonstrou, já está construído no plano normativo.

Ainda que o país tenha adotado instrumentos normativos que criminalizam a discriminação racial sofrida pelas pessoas negras, é evidente que a luta para a melhoria e o empoderamento da população negra na sociedade brasileira não será construída a partir da punição pela via exclusiva do sistema penal. É necessário promover a educação em direitos humanos em várias frentes, e no que se refere à questão racial, é imprescindível o investimento em políticas públicas, de ação afirmativa inclusive.

4. A TÍTULO DE CONCLUSÃO: É POSSÍVEL EFETIVAR UMA POLÍTICA DE PROMOÇÃO DA IGUALDADE RACIAL NO BRASIL?

O Estatuto da Igualdade Racial instituído a partir de 2010, como se viu, conferiu legalidade aos atos que já vinham sendo desenvolvidos pela SEPPIR desde o ano de 2003; no entanto, a regulamentação normativa traz uma melhor clareza à política racial do país colocando-a como política de Estado e não de governo. As políticas públicas aqui referidas – de ações afirmativas – se relacionam com políticas de Estado, pois não devem cessar ou ser interrompidas em razão da renovação periódica dos governantes.

Atendendo a esta finalidade foi que a área das políticas públicas se consolidou nos últimos sessenta anos e se apresentou com um *corpus* teórico próprio que visa a atender aos fenômenos de natureza político-administrativa. A área das políticas públicas vai se desenvolver como um campo de estudos da ciência política e das formas de governabilidade e o papel representado pelo Estado. De acordo com Souza (2006, p. 22)

A trajetória da disciplina, que nasce como subárea da ciência política, abre o terceiro grande caminho trilhado pela ciência política norte-americana no que se refere ao estudo do mundo público. O primeiro, seguindo a tradição de Madison, cético da natureza humana, focalizava o estudo das instituições, consideradas fundamentais para limitar a tirania e as paixões inerentes à natureza humana. O segundo caminho seguiu a tradição de Paine e Tocqueville, que viam, nas organizações locais, a virtude cívica para promover o “bom” governo. O terceiro caminho foi o das políticas públicas como um ramo da ciência política para entender como e por que os governos optam por determinadas ações.

Na América Latina, e mais especificamente no Brasil, o estudo sobre as políticas públicas iniciaram no final da década de 1970 e início dos anos 1980 no período de redemocratização. A aprovação da Constituição Federal de 1988, portanto ressignificou a atuação estatal, conferindo o texto da Constituição uma reforma estatal permitindo e dando vez à participação social. “Diante disso, nos anos 1990, a análise das políticas públicas no Brasil. Passaram a ser examinadas a partir de suas relações com as instituições políticas, e com isso aferindo-se a capacidade de afetar as estratégias dos atores e as tomadas de decisões”. (COSTA, PORTO, 2012, p. 459)

Importante esclarecer que muito se tem confundido sobre o significado da expressão “política pública”, pois, ora ela serve para indicar uma atividade ou propósito político, ou seja, programas de ações, muitas vezes temporárias, vinculadas a uma plataforma de governo, ora refere-se como políticas que devem orientar as ações do Estado, a fim de combater problemas que assolam a população de modo geral e que servem para a melhoria da qualidade de vida da população.

Para Secchi (2013, p. 2) não há um consenso doutrinário em relação à expressão “políticas públicas”, no entanto, esclarece que “uma política pública possui dois elementos fundamentais: intencionalidade pública e resposta a um problema público; em outras palavras, a razão para o estabelecimento de uma política pública é o tratamento ou a resolução de um problema entendido como coletivamente relevante.”

Logo, pensar em políticas de igualdade racial é tentar trazer uma solução para o problema das desigualdades raciais que assolam os grupos sociais no Brasil, mais especificamente os grupos negros.

É importante, então, problematizar a questão: De que forma é possível concretizar o ideal de igualdade racial na sociedade brasileira? Como garantir a realização dos direitos fundamentais dos grupos sociais negros? Como garantir que as políticas públicas alcancem os sujeitos de direitos numa perspectiva local (na municipalidade) e transversal?

Muito já se tem discutido acerca da necessidade de conferir poder local aos municípios para que as decisões sobre a iniciativa, planejamento e execução das políticas públicas possam ser realizadas de forma dialogada entre governo e sociedade civil e, aproximando-se portanto, os sujeitos das políticas públicas nesta discussão.

É de fundamental importância que se possa potencializar o desenvolvimento de uma cidadania em perspectiva local e democrática que vise à integração entre os membros da sociedade civil.

Somente em um ambiente democrático poderão ser exteriorizadas as vontades e os pensamentos de uma determinada comunidade. O diálogo somente pode prosperar em ambientes passíveis de concretização dos debates, respeitadas as peculiaridades e os pensamentos de todas as pessoas nele envolvidas. (HERMANY; COSTA, 2010, p. 42)

Assim, ao mesmo tempo em as políticas públicas devem ser planejadas, executadas e monitoradas numa perspectiva local e dialógica, deve-se agregar às políticas públicas de promoção da igualdade racial outro elemento: a transversalidade.

Bandeira (2005, p. 5), defende que a transversalidade envolve a elaboração de “uma matriz que permita orientar uma *nova visão* de competências (políticas, institucionais e administrativa)” no campo e na gestão das políticas públicas, envolvendo a responsabilização dos agentes públicos, em processo que favorece integração e consequentemente potencializa o aumento da eficácia das políticas.

Para Silva (2011, p. 4) o conceito de transversalidade se traduz como um “[...] instrumento de intervenção social que visa a incorporar à gestão aspectos selecionados da realidade que são determinantes para atendimento a um problema ou situação específica e que necessitam de abordagem multidimensional e integrada para enfrentamento eficaz [...]” sendo necessário atravessar vários campos de análise e atuação e ressignificando suas respectivas atividades.

De acordo com Reinach (2013, p. 11)

A literatura que se propõe a debater o tema oscila entre explicar a transversalidade como uma mera importação da ideia difundida na Europa de *gender mainstreaming* e o debate sobre formas alternativas de gestão pública. No entanto, pouco se lê sobre a forma como isso se dá na prática, no contexto governamental brasileiro.

Encarar as políticas públicas para a promoção da igualdade racial como tema transversal implica no reconhecimento de que a luta antirracista no Brasil deve estar na pauta dos vários ministérios e secretarias nas três esferas de governo. As dificuldades virão em elementos secundários como a formação das pessoas para a temática

das relações raciais, o comprometimento de fato entre as diversas secretarias para a construção de uma agenda comum, e como conciliar as diversas visões que cada ator tem sobre a temática, dada a sua complexidade.

De fato, o perceptível é que a transversalidade alcança terreno fértil para atuação na gestão das políticas públicas, pois se desenvolve como estratégia conceitual e operacional que incorpore visões multifacetadas de problemas complexos. (SILVA, 2011)

Atualmente a transversalidade de gênero como instrumento de gestão nas políticas públicas tem sido enaltecida no debate nacional para que as políticas públicas atinjam igualmente homens e mulheres, sem discriminação. Da mesma forma, surge o debate sobre a transversalidade das políticas públicas de igualdade racial cuja funcionalidade é permitir diminuir as assimetrias da cor e promover um equilíbrio, ou igualdade racial na sociedade brasileira.

Reinach (2013) informa que a transversalidade passou a ser tema no âmbito Federal a partir da criação, em 2003, de três secretarias nacionais com *status* de ministério, são elas: a Secretaria de Direitos Humanos (SDH); Secretaria de Políticas para Mulheres (SPM) e Secretaria de Políticas de Promoção da Igualdade Racial (SEPPIR).

Por mais que se reconheça que a origem do debate que propõe ideias e termos para tratar dessa forma de gestão esteja na área de gênero, ela já se estendeu a outras temáticas. No contexto do governo federal brasileiro os assuntos que vêm sendo tratados desta maneira são basicamente questões pertencentes ao terreno mais amplo dos direitos e da redução das desigualdades. No governo federal, hoje, a expressão “transversalidade” pode ser encontrada formalmente nas Secretarias mencionadas e, menos formalmente, na discussão sobre integração de políticas, coordenação intersetorial, atuação interdepartamental ou interministerial, entre outras. (REINACH, 2013, p. 12)

Os caminhos seguintes a percorrer para a construção de uma política de igualdade racial é pensar a questão racial como tema transversal que deva ser discutido nas várias áreas em que são construídas as políticas públicas. Aplicar a transversalidade, como instrumental de gestão nas políticas públicas poderá ser uma ferramenta importante para a promoção da igualdade racial na sociedade brasileira, sejam nas políticas em âmbito federal ou

aquelas organizadas, planejadas e executadas no âmbito dos estados e dos municípios.

5. REFERENCIAS

ANNONI, Danielle; LIMA, Fernanda da Silva. Como evitar a discriminação racial no continente americano? Um estudo a partir do Relatório da CIDH sobre a situação das pessoas afrodescendentes nas Américas em 2011. In: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado; LEAL, César Barros. *Igualdade e Não discriminação*. Fortaleza: IBDH/ IIDH/ SLADI, 2014.

ARTICULAÇÃO para o combate ao racismo institucional. *Vozes e Faces*. São Paulo. 2007.

BONAVIDES, Paulo. *A evolução constitucional do Brasil*. *Estud. av.* [online]. 2000, vol.14, n.40, pp. 155-176. ISSN 0103-4014.

BANDEIRA, Lourdes. *Fortalecimento da Secretaria Especial de Políticas para as*

Mulheres. Avançar na transversalidade da perspectiva de gênero nas políticas públicas. Brasília: CEPAL, SPM, 2005

BORGES, Rosane. (Org.) *Fórum para a igualdade racial: articulação entre estados e municípios*. São Paulo: Fundação Friedrich Ebert Stiftung, 2005.

BRASIL. Decreto nº 65.810, de 8 de dezembro de 1969. Promulga a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial. Diário Oficial [da] União, Poder Executivo, Brasília, DF, 1969.

COSTA, Marli Marlene Moraes; PORTO, Rosane T Carvalho. A transversalidade das políticas públicas de gênero: um caminho para efetivação dos direitos sociais da mulher. In: *II Simpósio Internacional de Direito: dimensões materiais e eficácias dos direitos fundamentais*. *Anais*. v.2, n. 2. Chapecó: UNOESC, 2012. Disponível em: editora.unoesc.edu.br/index.php/simposiointernacionaldedireito Acesso em 28 abr. 2015.

CUSTÓDIO, André Viana. *A exploração do trabalho infantil doméstico no Brasil contemporâneo: limites e perspectivas para a sua erradicação*. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2006.

FERNANDES, Florestan. *O negro no mundo dos brancos*. Apresentação de Lilia Moritz Schwarcz. 2a. ed. revista. São Paulo: Global, 2007.

FREYRE, Gilberto. *Casa-grande & Senzala*. 40 ed. Rio de Janeiro: Record, 2000.

GOMES, Nilma Lino. Alguns termos e conceitos presentes no debate sobre relações raciais no Brasil: uma breve discussão. *In: Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade. Educação antirracista: caminhos abertos pela Lei Federal nº 10.639/03. Col. Educação para todos. Brasília: Ministério da Educação, SECAD, 2005.*

GONÇALVES, Luiz Alberto Oliveira. SILVA, Petronilha Beatriz Gonçalves e. Movimento Negro e Educação. *In: Educação como exercício de diversidade. Col. Educação para Todos. Brasília: UNESCO, MEC, ANPEd, 2005.*

GORENDER, Jacob. *A escravidão reabilitada*. 2a. ed. São Paulo: Editora Ática, 1991.

GUIMARÃES, Antônio Sérgio Alfredo. *Racismo e Antirracismo no Brasil*. 2a. ed. São Paulo: Editora 34, 1999.

GUIMARÃES, Antônio Sérgio Alfredo. *Classes, Raça e Democracia*. São Paulo: Editora 34, 2002.

GUIMARÃES, Antônio Sergio Alfredo. *Preconceito Racial: modos, temas e tempos*. Col. Preconceitos, v. 6. São Paulo: Cortez, 2008.

HASENBALG, Carlos Alfredo. Desigualdades raciais no Brasil. *In: HASENBALG, Carlos A. SILVA, Nelson do Valle. Estrutura social, mobilidade e raça*. São Paulo: Vértice, 1988.

HERMANY, Ricardo; COSTA, Caroline Limberger. O desenvolvimento da cidadania através do empoderamento social local: uma forma de (re)pensar o Poder Local. *In: COSTA, Marli Marlene Moraes; PORTO, Rosane Teresinha Carvalho; REIS, Suzéte da Silva (orgs.) Direito, Cidadania e Políticas Públicas IV*. Curitiba: Multideia, 2010.

HOFBAUER, Andréas. *Uma história de branqueamento ou o negro em questão*. São Paulo: Editora UNESP, 2006.

JACCOUD, Luciana de Barros; BEGHIN, Nathalie. *Desigualdades Raciais no Brasil: um balanço da intervenção governamental*. Brasília: Ipea, 2002.

JESUS, Rodrigo Ednilson de; GOMES, Nilma Lino. Panorama de implementação da Lei nº 10.639/2003: contribuições da pesquisa práticas pedagógicas de trabalho com relações étnico-raciais na escola. In: SILVA, Tatiana Dias; GOES, Fernanda Lira. (Orgs) *Igualdade racial no Brasil: reflexões no Ano Internacional dos Afrodescendentes*. Brasília: IPEA, 2013.

LIMA, Ivan Costa. Pedagogia interétnica: uma proposta do movimento negro em Salvador (1974-1990). In: OLIVEIRA, Iolanda de. SILVA, Petronilha Beatriz Gonçalves e. PINTO, Regina Phaim (orgs). *Negro e educação: escola, identidades, cultura e políticas públicas*. São Paulo: Ação Educativa, ANPED, 2005.

LIMA, Lane da Gama; VENÂNCIO, Renato Pinto. O abandono de crianças negras no Rio de Janeiro. In: PRIORE, Mary Del (org.) *História da Criança no Brasil*. 4 ed. São Paulo: Contexto, 1996.

MARQUES, Eugenia Portela de Siqueira. Programa universidade para todos: política de ação afirmativa para negros na educação superior? In: OLIVEIRA, Iolanda de et. al. *Negro e Educação 4: linguagens, resistências e políticas públicas*. São Paulo: Ação Educativa, ANPED, 2007.

REINACH, Sofia. *Gestão transversal das políticas públicas no âmbito Federal brasileiro: uma leitura inicial*. Dissertação (Mestrado em Administração Pública e Governo), Escola de Administração de Empresas de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas – FGV, São Paulo, 2013.

SANTOS, Sales Augusto. A Lei 10.639/03 como fruto da luta antirracista do Movimento Negro. In: Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade. *Educação antirracista: caminhos abertos pela Lei Federal nº 10.639/03*. Col. Educação para todos. Brasília: Ministério da Educação, SECAD, 2005.

SECCHI, Leonardo. *Políticas Públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos*. 2a. ed. São Paulo: Cengage Learning, 2013.

SECRETARIA DE POLÍTICAS DE PROMOÇÃO DA IGUALDADE RACIAL. *Destaques 2011-2014 (Relatório)*. Brasília: SEPPPIR, 2015.

SCHERER-WARREN, Ilse. *Cidadania sem fronteiras: Ações coletivas na era da globalização*. São Paulo: Hicitec, 1999.

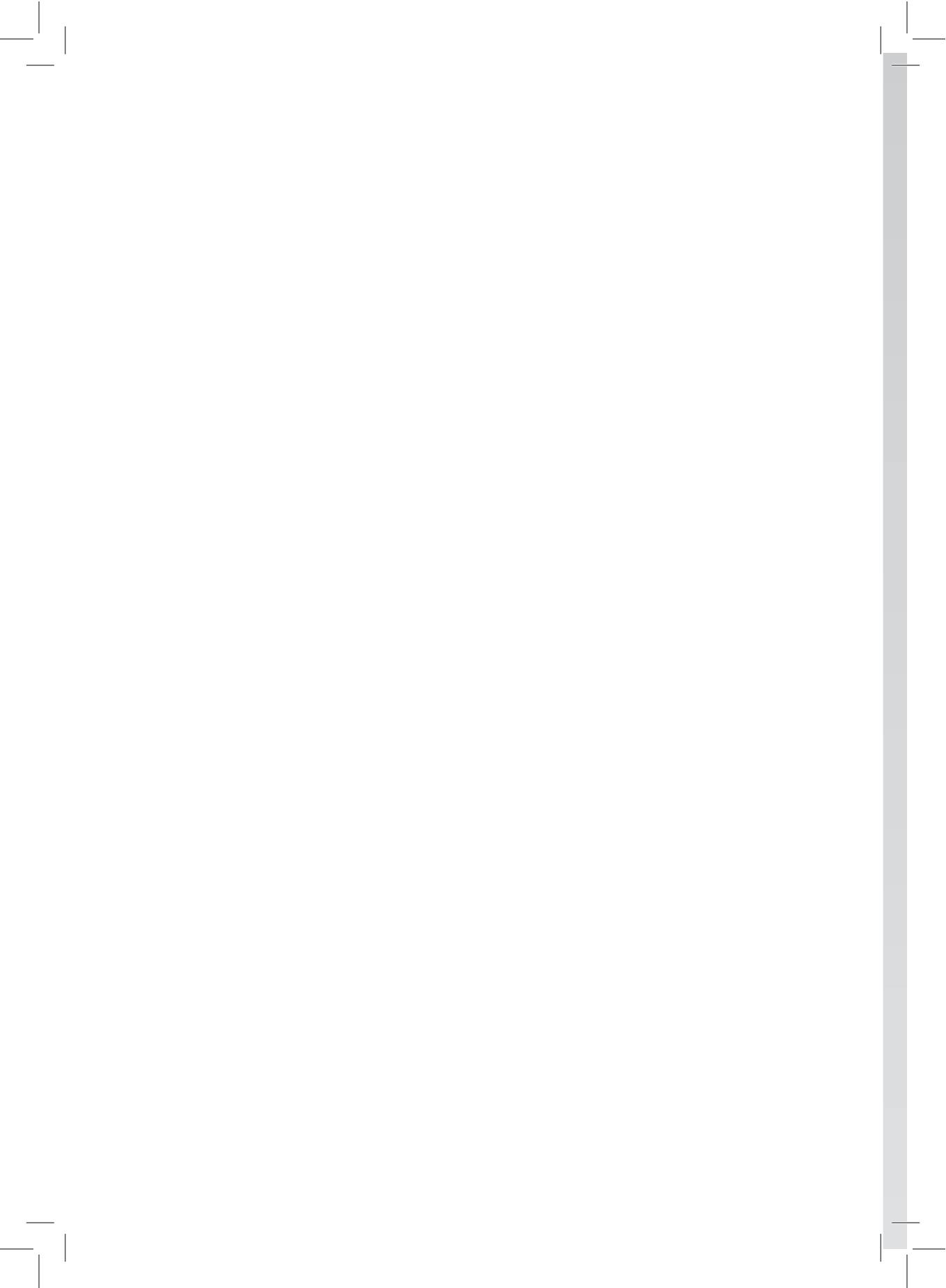
SILVA, Geraldo. ARAÚJO, Márcia. Da interdição escolar às ações educacionais de sucesso: escolas dos movimentos negros e escolas

profissionais, técnicas e tecnológicas. *In: ROMÃO, Jeruse. História da Educação dos Negros e outras histórias*. Col. Educação para Todos. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade, 2005.

SILVA, Tatiana Dias. Gestão da transversalidade em políticas públicas. *In: XXXV Encontro da ANPAD, 2011, Rio de Janeiro. Anais*. Rio de Janeiro/ RJ: Anpad, 2011, pp. 1-11.

SILVEIRA, Oliveira. Vinte de Novembro. *In: SILVA, Petronilha Beatriz Gonçalves e; SILVÉRIO, Valter Roberto. Educação e Ações Afirmativas: entre a injustiça simbólica e a injustiça econômica*. Brasília: Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira, 2003.

SOUZA, Celina. Políticas Públicas: uma revisão da literatura. *Sociologias*. Porto Alegre, nº 16, p. 20-45 jul./dez. 2006.



DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DIREITOS HUMANOS

Emmanuel Furtado

Desembargador do Tribunal Regional do Trabalho da 7ª Região; Mestre e Doutor em Direito; Professor Associado II da Graduação e do Programa de Pós-Graduação (Mestrado e Doutorado) da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará.

1. NOÇÕES SOBRE PESSOA E DIGNIDADE HUMANA

Caso façamos um vislumbre sobre o conceito de pessoa nas civilizações antigas, observaremos que para a compreensão que hoje se tem há uma larga fronteira.

Para a filosofia grega, é de sabença notória, era o homem um animal político ou social, tendo na cidadania seu escopo maior, sendo de suma importância sua vinculação ao Estado que, por sua vez, se encontrava em estreita ligação com o Cosmos.

Tendo em vista que o termo *persona* tem origem latina, pode-se afirmar que inexistia na filosofia antiga a expressão para dar o significado de personalidade.

Somente com o Cristianismo, através da filosofia patrística, veio à tona o conceito de pessoa enquanto categoria espiritual, possuidora de valor em si mesmo, eivada de subjetividade e com fins absolutos, sendo, por via de consequência, detentora de direitos fundamentais ou subjetivos e consubstanciada de dignidade. Tal compreensão foi depois desenvolvida pelos escolásticos¹.

Com efeito, Fernando Ferreira dos Santos, citando Felice Bataglia, obtempera: “La Antigüedad clásica no percibió bien la existencia del sujeto, con significación ética y jurídica, fuera del Estado. Para que fuese el individuo reconocido como sujeto, con anterioridad e independencia al ente político, y con propia dignidad y valor, para que fuese estimado como principio, tanto en orden jurídico como en el moral, para que se le pudiesen atribuir inherencia y facultad que no le vinieran de fuera, sino de dentro en la intención de que el

¹ VAZ, Henrique C. de Lima. *Antropologia Filosófica*. São Paulo: Loyola, 1993, p. 219.

hombre puede hacer de sí en sí mismo fue precisa la incomparable y única revolución del Cristianismo."²

Entretanto, embora não se possa negar a imensa contribuição que o Cristianismo trouxe para a compreensão de pessoa e de dignidade humana, não se pode, por outro lado, olvidar que lampejos houve em relação a tais questões, quer no período socrático, quer entre os estóicos.

Inegável que a partir do momento que tal conceito de valor diferenciado da pessoa humana veio à baila, consequências se apresentaram como a afirmação de direitos específicos de cada homem, bem assim a idéia de que o homem não se confunde com a vida do Estado. Houve, pois, daí para frente, como que um deslocamento do Direito da esfera do estado para a esfera do indivíduo, com o escopo de se encontrar o equilíbrio que deve sempre existir entre autoridade e liberdade³.

1.2. NOÇÃO DE DIGNIDADE HUMANA EM KANT

Toda a filosofia kantiana pode ser sintetizada em duas grandes preocupações: as possibilidades do conhecimento, com seus campos de aplicação e limitações, bem assim o problema do agir do homem, a moral, podendo-se acrescentar a preocupação estética, elaborada que foi na Crítica do Juízo⁴.

As possibilidades do conhecimento foram examinadas na Crítica da Razão Pura, sendo, de seus debruços, o que tem mais relevo para o que ora se examina. Seu objetivo primordial era o de saber como seria possível conhecer, saber as possibilidades da razão, e não necessariamente criar uma nova metafísica. E em tal reflexão perguntava-se Kant por qual motivo a metafísica não apresentaria o mesmo grau de razão que as matemáticas, a lógica, ou a física⁵.

A significação de tal pergunta é o mesmo que especular sobre a plausibilidade de a metafísica comportar formulação de juízos sintéticos *a priori*, vez que só estes são, concomitantemente, universais e necessários, acrescentando novos conhecimentos.

2 REALE, Miguel. *Questões de Direito Público*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 4.

3 Idem, p. 4.

4 CHAUÍ, Marilena. *Convite à Filosofia*. São Paulo: Ática, 1995, p. 172.

5 KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Pura*. São Paulo: Abril, 1993, p. 32.

E lembra Ferreira dos Santos⁶: “Com efeito, o filósofo de Koenigsberg distingue as formas do conhecimento em *a priori*, ou puro e *a posteriori*, ou empírico. Aqueles independem da experiência, sendo, pois, universais e necessários, enquanto estes se limitam aos dados oferecidos pela experiência, e, por isso, contingentes. Porém, há, ainda, os juízos sintéticos e os analíticos, que se diferenciam por adicionar ou não elementos novos à assertiva.”

Para Kant o conhecimento, em seu verdadeiro núcleo, teria posição em sede dos juízos sintéticos *a priori*, que ao mesmo tempo conseguem ser universais e necessários, corroborando para a evolução do conhecimento. Segundo tal raciocínio, entende Kant que a Matemática e a Física somente conseguiram atingir o patamar a que chegaram por serem juízos *a priori*⁷.

Faz Kant, após tais conclusões, uma proposta de mudança de método no ato cognitivo, por ele denominada de revolução copernicana. Assim, o sujeito não gira em torno dos objetos, mas, ao reverso, os objetos giram em torno do sujeito cognoscente. Dessa forma, o ato de conhecer não deve mais se curvar aos objetos, mas, pelo contrário, os objetos devem se amoldar ao conhecimento.

Tal postura é entendida como uma substituição de uma hipótese idealista por uma hipótese realista, na seara da teoria do conhecimento.

Ao passo que para o realismo, a uma realidade posta, conhecer significa tão-somente registrar o real, para o idealismo há uma interferência do espírito na elaboração do ato cognitivo, sendo, pois, o real, o resultado de um verdadeiro processo de construção, ou seja, enquanto para o idealismo o conhecer é verdadeiro ato de produção, para o realismo nada mais é que uma visão.

Destarte, não se pode dizer que o idealismo kantiano tenha cunho ontológico, uma vez que não concerne à coisa em si, a saber: o ser, quer no que toca à sua existência, quer à sua essência, mas, ao reverso, refere-se ao nosso conhecimento das coisas, podendo ser denominado de idealismo gnoseológico, também podendo ser considerado um idealismo transcendental, posto que não se ocupa dos objetos em si, mas da forma que podemos conhecê-los, *a priori*.

6 SANTOS, Fernando Ferreira dos. *Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999, p. 21.

7 CHAUI, Marilena. *Convite à Filosofia*. São Paulo: Ática, 1995, p. 172.

E arremata Ferreira dos Santos, citando Georges Pascal: “Idealismo transcendental é a doutrina segundo a qual todo objeto de conhecimento é determinado *a priori* pela própria maneira de nossa faculdade de conhecer.”⁸

Portanto, para a filosofia kantiana do conhecimento, a revolução copernicana consiste no fato de o sujeito tornar-se elemento decisivo para o processo de elaboração do conhecimento. E o mesmo citador acima de Pascal, valendo-se desta feita do saber de Manfredo Oliveira⁹, costura que “sem a ação da subjetividade, o conhecimento e a ação são impensáveis e por isso querer tematizá-los sem levantar a pergunta transcendental é cair no mais profundo dogmatismo.”

Destarte, ao invés de tomar uma postura meramente contemplativa, age o sujeito cognoscente decisivamente no ato em si de conhecer. É o sujeito que conhece a própria condição necessária de plausibilidade do conhecer. Tem-se, portanto, que a experiência não vem a ser dado inexorável, que se efetivaria somente como simples recepção mas, ao contrário, transformada pelo sujeito, por intermédio da chamada mediação prévia do Sujeito Transcendental.

Afirma Marilena Chauí¹⁰ que “Ao falar em Sujeito Transcendental, Kant está afirmando que o sujeito do conhecimento ou a razão pura universal é a condição necessária de possibilidade dos objetos do conhecimento, que, por isso, são postos por ele.”

O elemento central da teoria do conhecimento de Kant está no sujeito transcendental, ou seja, a consciência enquanto tal, vale dizer, a razão universal, ao contrário do eu empírico, que é histórico e portanto mutável, no que se vê que também para Kant o homem é a medida de todas as coisas¹¹.

E admitir ser o sujeito o elemento central da teoria do conhecimento equivale a dizer que Kant trabalha com uma filosofia antropológica, por meio da qual procura o pensamento kantiano responder, mesmo que de forma oblíqua, à indagação a respeito do que é o homem.

Entretanto, há se frisar que a preocupação maior de Kant não é a investigação sobre o homem, mas, isto sim, a possibilidade de

8 SANTOS, Fernando Ferreira dos. *Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999, p. 21.

9 OLIVEIRA, Manfredo A. de. *Filosofia na Crise da Modernidade*. São Paulo: Loyola, 1992, p. 30.

10 CHAUI, Marilena. *Convite à Filosofia*. São Paulo: Ática, 1995, p. 233.

11 Idem, p. 233.

consecução da objetividade cognitiva. Não se pode negar, contudo, que o homem é para Kant um horizonte, donde ele parte e em função de quem tudo é elucubrado. Ou na sempre pertinente colocação de Paulo Bonavides¹²: “Kant faz do homem o eixo de toda a sua indagação crítica.”

Por outro turno, a razão universal em Kant, vale dizer, o sujeito cognoscente e transcendental nada mais seria do que uma estrutura vazia caso fosse separado da sua sensibilidade, o que o faria nada poder conhecer. Deduz-se, pois, ser o pensamento humano jungido à sensibilidade¹³.

Tão-somente através da práxis se efetivará a libertação da razão em relação à autoalienação, vez que no domínio da prática passa a razão a estar a serviço de si mesma. E tal afirmação é o mesmo que dizer que não se deve procurar as normas do agir do homem na experiência, posto que com tal postura estar-se-ia a submeter o homem ao próprio homem. Ora, o que diferencia o ser humano, patenteando sua dignidade especial, é exatamente o fato de ele jamais poder ser meio para os outros, vez que é fim em si mesmo.

Assim, na visão kantiana, há uma supremacia da razão prática sobre a razão teórica. O ser humano, enquanto livre, encontra na moralidade o eixo de sua libertação. Destarte, por conta da práxis, estamos jungidos ao reino dos fins, o que dá à pessoa a condição de ser detentor de dignidade própria, por força do que todo o resto tem significação relativa.

Efetivamente, Só o homem não existe em função de outro e por isso pode levantar a pretensão de ser respeitado como algo que tem sentido em si mesmo.

Volta-se Kant para a moral, após haver estabelecido as possibilidades da razão, seus limites, o que é passível de conhecimento e como se dá o processo cognitivo.

Passa a ser seu desiderato a comprovação da existência da lei moral, que é o parâmetro para o julgamento da moralidade do agir humano. Volta-se, pois, em busca do esclarecimento do princípio supremo da moralidade.

12 BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993, p. 93.

13 OLIVEIRA, Manfred A. de. *Filosofia na Crise da Modernidade*. São Paulo: Loyola, 1992, p. 19.

Na obra *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, Kant arreda a existência de duas razões, asseverando existir uma única razão com funções diferenciadas¹⁴. Preleciona que possa existir um arremate para uma crítica de uma razão pura prática, sendo possível a simultânea demonstração de sua integração com a razão especulativa num só e comum princípio.

Faz a diferenciação entre os conhecimentos empíricos e racionais, para ao final questionar não ser o caso de se criar uma Filosofia Moral absolutamente depurada de todo o conhecimento empírico, devendo ser uma investigação *a priori* que atenda ao racional e que seja deduzida da razão pura e não da experiência, que se conclui que na visão kantiana as condições de universalidade e necessidade da lei moral encontram-se no próprio sujeito, o que se deduz, outrossim, aí residir a revolução copernicana na ética.

O princípio da moralidade será buscado, *a priori*, exclusivamente nos conceitos da razão pura e não na natureza do homem, nem nas circunstâncias do mundo em que está inserido. Há de se acrescentar que o princípio da moralidade que Kant tem por objetivo determinar é pertinente aos seres racionais, quer sejam homens ou não. Conclui-se, portanto, que a investigação kantiana não depende do conhecimento da psicologia empírica, das regras de convivência social, ou da antropologia.

Em tal vereda, igualmente, tem-se o ser humano como horizonte, donde parte todo o pensamento e em relação a quem tudo é pensado, nada obstante se possa afirmar que ao homem retorna, vez que é tomado como fim em si mesmo.

Dessa forma, diferentemente das éticas materiais, as quais partem de determinada concepção do homem, onde se procura definir o que é o Bem, ou seja, a matéria do Bem, a ética de Kant, por seu turno, é formal, já que não se cuida de dizer que bem deve ser atingido, nem mesmo o que deve ser feito para atingir referido bem, mas sim como se deve proceder, como se deve agir, já que a ação resulta da vontade e que apenas uma coisa há de ser considerada boa por si mesma, a saber, a boa vontade¹⁵.

14 KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, s.d., p. 18.

15 BRITO, José Henrique Silveira de. *Introdução à Fundamentação da Metafísica dos Costumes, de I.Kant*. Porto: Edições Contraponto, 1994, p. 25.

Importa que se diga que o que faz a vontade ser boa não vem a ser o fim que se possa atingir, mas exclusivamente o querer, isto é, a vontade em si mesma e considerada em si mesma, num verdadeiro agir por dever. Assim, há de se distinguir o agir conforme o dever e o agir por dever, residindo o *discrimen* em se proceder motivado ou não por alguma inclinação.

Kant anatematiza qualquer liame entre sensibilidade e razão, o que significa que não admite qualquer influência da sensibilidade, seja no cumprimento da lei, seja em sua origem, uma vez que assim aceitar seria o mesmo que calcar a moral na experiência, enquanto só a razão pode servir de finco para a mesma.

É que, no pensamento kantiano, um ato realizado por dever traz consigo seu valor moral, não exatamente no fim que com o mesmo se quer chegar, mas na máxima determinante, o que faz concluir não depender da realidade do objeto da ação, e sim do princípio do querer¹⁶.

Vê-se na ação moral que o móvel da vontade é o dever, enquanto o fundamento da moralidade reside no respeito à lei, definida por Kant¹⁷ como o princípio objetivo, que tem valia para todo e qualquer ser racional, o qual deve agir em conformidade exata com referido princípio, por ser um imperativo.

Com efeito, se o valor da ação moral não está no resultado que dela se espera, somente a lei poderá determinar a vontade. Dessa forma, a lei nada mais é que o bem moral desprovido de qualquer liame com o que seja exterior à vontade, uma vez que nada a condiciona.

Lei que deve ser universal, em que a minha máxima se torne uma lei universal; lei que tendo sua origem como um *a priori* deve valer para todo o ser racional em geral.¹⁸

Por conta da racionalidade humana, o indivíduo, ao mesmo tempo que obedece às leis, possui consciência delas, tendo, outrossim, a vontade, a qual, não sendo perfeita, sujeita-se, quer à razão, quer à inclinação das sensibilidades. Em face de tal conflito, para sua

16 KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, sd., p. 30.

17 Idem, p. 58.

18 BRITO, José Henrique Silveira de. *Introdução à Fundamentação da Metafísica dos Costumes, de I.Kant*. Porto: Edições Contraponto, 1994, p. 25.

determinação deve a vontade vir a ser constringida, uma vez que a lei se lhe apresenta como uma obrigação, um dever.

Para Kant, a obrigação que é a representação da lei, é chamada de mandamento, enquanto a fórmula do mandamento, a maneira como ele se exprime, é o imperativo.

Na seara da moralidade são denominados categóricos, posto que não estão subordinados a nenhum fim, ou qualquer condição, mas apenas à forma e ao princípio donde a ação se origina.

Referido imperativo categórico reside na fórmula que prega: deve-se agir em conformidade com uma máxima, de tal forma que se queira que ela se transforme numa lei universal. Ou seja, deve-se agir de tal sorte que a máxima da ação devesse se tornar, pela vontade do agente, em lei universal da natureza.

Pode-se afirmar, pois, que no pensamento kantiano, inexistente um fim exterior a que o homem aspire atingir, mas, isto sim, o fim deve apresentar-se como fim em si mesmo. Com efeito, é o próprio Kant¹⁹ que afirma: “o homem, e, duma maneira geral, todo o ser racional, existe como fim em si mesmo, não só como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade.”

O mais surge como valor de meio frente ao homem, que é o valor absoluto. Ou seja, tudo está a serviço do homem, uma vez que é ele o fundamento do imperativo categórico. Daí se poder lembrar outra lição kantiana: “Age de tal maneira que uses a humanidade tanto na tua pessoa como na de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio.”

Ora, sendo a humanidade um fim em si mesma, posto que universal, não há como derivar da experiência, do que se conclui que a vontade de todo ser racional é vontade legisladora universal. Vale dizer: o homem fica sujeito à lei que ele próprio cria. Assim, a vontade fica não só submetida à lei, mas é, concomitantemente, legisladora em relação a esta lei moral, daí restando estampado o princípio da autonomia da vontade que, por sua vez, é o princípio supremo da moralidade e “é definido como a ‘propriedade graças à qual ela é para si mesma a sua lei (independentemente da natureza dos objetos do bem querer) e que é fundamento da dignidade da natureza humana e de toda natureza racional.”

19 KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, s.d, p. 68.

Na visão kantiana, é a condição de legislador universal que nos torna pessoas, cheias de dignidade, e detentoras de um fim em si mesmas, dando-nos a inserção enquanto membros de um reino de fins, o qual reúne todos os seres dotados de razão, sob o comando de leis comuns.

E arremata Fernando Ferreira dos Santos²⁰: “O conceito de reino dos fins nos faz rememorar que, na práxis, a razão não está submetida, como na teoria, à sensibilidade; ela está, ao contrário, a serviço de si mesma. Na práxis, pois, a razão se liberta da autoalienação da teoria; aquela possui primazia sobre esta. Com efeito, ‘a moralidade é a única condição que pode fazer de um ser racional um fim em si mesmo, pois por ela lhe é possível ser membro legislador num reino dos fins’”.

A título de conclusão, pode-se dizer que, para Kant, o homem, como vimos, é um fim em si mesmo e, por isso, tem valor absoluto, não podendo, de conseguinte, ser usado como instrumento para algo, e, justamente por isso *tem dignidade, é pessoa.*”

Não se pode deixar de admitir que tal conceito de dignidade da pessoa humana, como fim em si mesmo, não esteja enquadrado numa concepção liberal do Estado, como de fato está²¹.

Efetivamente, toda a reflexão ética em Kant encontra eco na liberdade. Já que o homem pertence ao mundo inteligível, não fica a depender das causas determinantes do mundo sensível e, por tal razão, é livre, e assim sendo tem autonomia e pode dar leis a si mesmo.

Todo o sistema da razão pura tem finco na liberdade, a qual há de ser compreendida como independência da lei da causalidade universal, sendo, negativamente, um desprendimento da natureza e de suas imposições.

Portanto, a grande finalidade do Estado seria a de definir a ordem e conseguir que a mesma seja cumprida, ao mesmo tempo propiciando ao indivíduo larga liberdade de iniciativa²².

Conclui-se, pois, que o estado, na visão de Kant, é um estado jurídico, como recepcionado pelo individualismo e liberalismo de sua época, e cuja característica seria a de instituir e conseguir manter

20 SANTOS, Fernando Ferreira dos. *Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999, p. 27.

21 BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao estado Social*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993, p. 103.

22 Idem, p. 43.

ordenamento jurídico que conseguisse contemporizar a coexistência das liberdades externas²³.

Assim é que um conceito para dignidade da pessoa humana em Kant, inserido em sua teoria liberal, implica em dar ênfase aos seus limites, em sua defesa do individualismo, o qual há de ter prevalência em relação à sociedade, caso haja conflito. Também não se pode deixar de admitir a existência de uma compreensão panorâmica das funções do Estado.

E será exatamente esse individualismo que terá peso na definição dos direitos fundamentais, que se externam, principalmente, pelos direitos da liberdade, inatos a cada pessoa e, por tal razão, de resistência ou oposição frente ao Estado.

Importa que se conclua que, ao se situar Kant como filósofo do liberalismo, não é possível deixar-se induzir à rejeição absoluta de sua teoria do homem como fim em si mesmo.

Basta que se contemple a máxima “age de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa como na de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio”, para se concluir que ao reverso de reverberar uma adesão ao individualismo burguês, propaga como ínsito do indivíduo a abertura para seus semelhantes²⁴.

1.3. TEORIAS SOBRE O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Vem a doutrina constitucional mais moderna analisando o princípio constitucional da pessoa humana sob três óticas, a saber, o individualismo, o transpersonalismo e o personalismo.

Pelo viés da teoria do individualismo tem-se uma visão da dignidade humana com horizonte bastante limitado, em consonância com o liberalismo, sendo chamado, outrossim, de individualismo-burguês, voltando-se o Estado preponderantemente para a defesa das liberdades individuais²⁵.

Já pela ótica da teoria do transpersonalismo tem-se a idéia de que a essência do homem não é algo abstrato e voltado para o indivíduo de forma isolada e estanque. Ao reverso, é o indivíduo

23 Idem, 43.

24 SANTOS, Fernando Ferreira dos. *Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999, p. 28.

25 REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 277.

um interagente das mais diversas relações sociais. As concepções socialistas e coletivistas se encontram sob tal diapasão.

Compreende, pois, o transpersonalismo que, no momento em que se está realizando o bem comum, o bem de todos, realiza-se, *ipso facto*, a salvaguarda dos direitos e interesses individuais. Em caso de choque entre os interesses de um indivíduo e os da coletividade deve prevalecer este último. Abstrai-se, pois, o valor supremo da pessoa humana, para consumir-se a preservação da dignidade da pessoa humana através do coletivo²⁶.

Há, pois, uma limitação da liberdade, a bem da igualdade, assumindo-se uma compreensão de serem os interesses individuais manifestos através dos interesses da sociedade, havendo, portanto, uma primazia destes sobre aqueles.

Já com espreque na teoria do personalismo há uma total rejeição, seja da visão individualista, seja da coletivista. Incompatibiliza-se tal teoria com a idéia de que haja uma harmonia espontânea entre a sociedade e o indivíduo, bem como não concebe a subordinação absoluta do indivíduo à sociedade.

A partir de uma distinção entre o indivíduo e a pessoa, tenta a teoria do personalismo encontrar uma contemporização entre os valores individuais e os valores coletivos, pelo que não se tem como *standard* a prevalência do indivíduo ou a supremacia do todo, mas o exame em concreto de cada caso e circunstância²⁷.

Nunca se deve olvidar, contudo, ser a pessoa humana a célula menor da sociedade, não podendo o Estado, nem qualquer outra instituição, desprezá-la.

Há de se considerar que a ótica da teoria personalista acaba por se contrapor à convivência em espontânea harmonia entre a sociedade e o indivíduo, em que ora prevalecem os interesses da sociedade sobre os do indivíduo, ora os do indivíduo sobre os da sociedade.

Quando se faz, pois, uma opção pela linha personalista, acaba por se estabelecer uma nítida distinção entre o indivíduo e a pessoa, deixando-se de enaltecer o individualismo que tem como horizonte o homem abstrato, em consonância com o pensamento do liberalismo burguês, para se elevar a patamar mais alto o conceito de ser humano como peça fundamental do tudo o que é a sociedade, congregando

26 Idem, p. 277.

27 REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 278.

a forma mais lapidada do gênero, a saber: uma pessoa humana, individualmente considerada.

1.4. O DIREITO ALIENÍGENA E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

É inegável que, de uns tempos para cá, o constitucionalismo moderno passou a conviver, inseparavelmente, nos mais alargados ordenamentos jurídicos, com o princípio da dignidade da pessoa humana, o que, por via de consequência, espalhou-se por cada ramo do direito dos respectivos ordenamentos jurídicos²⁸.

Com efeito, vê-se na legislação espanhola que, de acordo como o art. 50.1.a) ET, as modificações substanciais das condições de trabalho, sejam coletivas ou individuais, lícitas ou ilícitas, e independentemente da matéria à que afetem, “redundem em prejuízo da formação profissional ou em detrimento da dignidade” do trabalhador, constituem causa justa para a extinção indenizada do contrato de trabalho.

Em respeito ao direito do trabalhador à formação profissional que reconhece a CE, art. 35.1, e o ET, art. 4.2.b), dada a ausência de uma obrigação legal geral de formação contínua ou permanente por parte da empresa, a aplicação do art. 50.1.a) costuma cingir-se à proteção da formação adquirida diante das modificações do contrato que transgridem os limites do poder de direção (art. 39 ET) ou do *ius variandi* (arts. 23.4 ET e 64 LCT), e assim a jurisprudência aprecia a existência do prejuízo quando a troca funcional produz a perda da própria especialização, supõe o pagamento ao trabalhador de funções que não são profissionalmente equivalentes entre si; ou constitui uma regressão profissional não causal nem temporal.

Entretanto, em algum caso os tribunais têm confirmado a violação invocada dos direitos profissionais regulados no art. 22 ET, que, embora externos ao contrato, obrigam o empresário a procurar que seu exercício seja compatível com aquele, dentro dos limites impostos pelas necessidades organizativas da empresa, Vasco 26 de Fevereiro de 1991 (Colex, JL num. 304/1991) e STS 9 de abril de 1990 (Art. 3432). SSTS 11 de março de 1991 (AL num. 36/1991. Marg. 868) e 15 de março de 1991 (Colex, JL num. 303/1991), e

28 ROCHA, Carmem Lúcia Antunes Rocha. O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social. *Interesse Público*. N 4. Porto Alegre: Notadez, 1998, pp. 23-48.

STSJ Madri 8 janeiro de 1991 (AL num. 18/1991, marg. 447). STSJ Madri 19 de fevereiro de 1991 (AL num. 31/1991, marg. 764) e SSTs 14 de maio e 31 de janeiro de 1991 (Colex, JL num. 588 e 454/1991), entre muitas outras. Casas baamonde, formação e estabilidade no emprego...op. cit., p. 7, como é o caso da STSJ Galícia 10 de abril de 1991, onde a modificação horária impedia o trabalhador de realizar a atividade de apostolado, assim como matricular-se em cursos de Teologia; ou o da STSJ Catalunha 22 de julho de 1991, no qual a supressão unilateral do horário flexível impossibilitava ao trabalhador seguir assistindo aos cursos de Diplomação em Informática.

Uma modificação substancial atenta contra a dignidade do trabalhador (art. 4.2. e ET) e se constitui “uma ofensa a sua honorabilidade e ao valor que de si mesmo tenha ou antes aos demais logre”; “uma notória deterioração do prestígio profissional, trabalhista, social e econômico”; não se recomenda ao trabalhador atividades nenhuma depois da modificação implantada, “e no que é claramente ofensivo receber um salário sem trabalhar e sem que isto exista uma razoável justificação”, ou a atividade designada constitui uma “discriminação humilhante”

Trata-se, pois, de um critério ambíguo, que introduz uma considerável dose de subjetividade para a determinação da sua presença, embora precisamente isso é o que permite a sua utilização diante das situações que, objetivamente, não suporiam um atentado contra a dignidade do trabalhador, como é o caso da atribuição de funções de inferior categoria. E no que nenhum trabalho é em si mesmo degradante ou humilhante.

A diferença fundamental entre a causa prevista no art. 50. I. a) e a dos arts. 41.3 e 40.2 fundamenta-se em que a modificação substancial, por prejudicar gravemente os direitos trabalhistas do trabalhador à formação profissional e/ou à dignidade, não é simplesmente lesiva, porém constitui um descumprimento grave das obrigações contratuais do empresário, pelo que é a presença deste cumprimento o elemento delimitador da aplicação desses mandatos.²⁹

29 No original, na obra de Ana Maria de Miguel Lorenzo, *La Extinción Causal Del Contrato de Trabajo por Voluntad del Trabajador*, Editorial Civitas S.A... Madrid 1993. P. 66 / 67. De acuerdo con el art. 50.1. a) ET, las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, sean colectivas o individuales, lícitas o ilícitas, e independientemente de la materia a la que afecten, “que redunden en perjuicio de la formación profesional o en menoscabo de la dignidad” del trabajador, constituyen causa justa para la extinción indemnizada del contrato de trabajo.

Dispensável dizer que a partir de tal inserção nasceu uma nova forma de se encarar a relação sociopolítica baseada no sistema jurídico. Daí para frente o princípio constitucional da dignidade humana, nos países que efetivamente o adotaram em seus ordenamentos, passou a ser o ponto de partida e de chegada do Direito.

Respecto al derecho del trabajador a la formación profesional que reconoce la CE, art. 35.1, y el ET, art. 4.2.b), dada la ausencia de una obligación legal general de formación continua o permanente por parte de la empresa, la aplicación del art. 50. l. a) suele ceñirse a la protección de la formación adquirida frente a las modificaciones del contrato que transgreden los límites del poder de dirección (art. 39 ET) o del *ius variandi* (arts. 23.4 ET y 64 LCT), y así la jurisprudencia aprecia la existencia del perjuicio cuando el cambio funcional produce la pérdida de la propia especialización; supone la asignación al trabajador de funciones que no son profesionalmente equivalentes entre sí; o constituye una regresión profesional no causal ni temporal. Sin embargo, en algún caso, los tribunales han confirmado la violación invocada de los derechos profesionales regulados en el art. 22 ET, que, aunque externos al contrato, obligan al empresario a procurar que su ejercicio sea compatible con aquél, dentro de los límites impuestos por las necesidades organizativas de la empresa, Vasco 26 febrero 1991 (Colex, JL núm. 304/1991) y STS 9 abril 1990 (Ar. 3432). SSTS 11 marzo 1991 (AL num. 36/1991, marg. 868) y 15 marzo 1991 (Colex, JL num. 303/1991), y STSJ Madrid 8 enero 1991 (AL num. 18/1991, marg. 447).^W STSJ Madrid 19 febrero 1991 (AL num. 31/1991, marg. 764) y SSTS 14 mayo y 31 enero 1991 (Colex, JL num. 588 y 454/1991), entre otras muchas. *casas baamonde, Formación y estabilidad en el empleo... op. cit.*, p. 7. como es el caso de la STSJ Galicia 10 abril 1991, donde la modificación horaria impedía al trabajador realizar la labor de apostolado, así como matricularse en cursos de Teología; o el de la STSJ Cataluña 22 julio 1991, en el que la supresión unilateral del horario flexible imposibilitaba al trabajador seguir asistiendo a los cursos de Diplomado de Informática.

Una modificación sustancial atenta contra la dignidad del trabajador (art. 4.2. e) ET), si constituye “una ofensa a su honorabilidad y al valor que de sí mismo tenga o ante los demás logre”; “un notorio deterioro del prestigio profesional, laboral, social y económico”; no se encomienda al trabajador actividad alguna tras la modificación implantada, “y a que ofensivo es claramente recibir un salario sin trabajar y sin que en ello exista una razonable justificación”, o la actividad encomendada constituye una “discriminación vejatoria”.

Se trata, pues, de un criterio ambiguo, que introduce una considerable dosis de subjetividad para la determinación de su presencia, aunque precisamente eso es lo que permite su utilización ante situaciones que, objetivamente, no supondrían un atentado contra la dignidad del trabajador, como es el caso de la asignación de funciones de inferior categoría, y a que ningún trabajo es en sí mismo degradante o vejatorio.

La diferencia fundamental entre la causa prevista en el art. 50. l. a) y la de los arts. 41.3 y 40.2, estriba en que la modificación sustancial, por perjudicar gravemente los derechos laborales del trabajador a la formación profesional y/o a la dignidad, no es simplemente lesiva, sino que constituye un incumplimiento grave de las obligaciones contractuales del empresario, por lo que es la presencia de este incumplimiento el elemento delimitador de la aplicación de esos preceptos.

Nosso constituinte, ao adotar o princípio da dignidade humana, seguiu a trilha do constituinte alemão de 1959, o qual, no Título I – Dos Direitos Fundamentais – artigo primeiro, sobre a proteção da dignidade do homem, estabelece da seguinte forma:

(1) A dignidade do homem é intangível. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo o poder público.

(2) O povo alemão reconhece, portanto, os direitos invioláveis do homem como fundamentos de qualquer comunidade humana, da paz e da justiça no mundo.

(3) Os direitos fundamentais a seguir discriminados constituem direito diretamente aplicável aos Poderes legislativo, executivo e judiciário.

Na Constituição Hispânica de dezembro de 1978, vê-se que restou igualmente estabelecido que a dignidade da pessoa, os direitos invioláveis que lhe são inerentes, o livre desenvolvimento de sua personalidade, o respeito à lei e ao direito dos outros são fundamentos de ordem política e paz social.

A Constituição Lusitana, de abril de 1976, posteriormente reformada em 1982 e 1989, define Portugal como “uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária”.

Também se vê referência à expressão dignidade humana no introito das Cartas Políticas da Venezuela, do Peru, da Bulgária, da Irlanda e da Índia, e no corpo das Constituições da Colômbia, de Cabo Verde, da Grécia e da China.

A Constituição Alemã elevou a proteção à dignidade humana a patamar máximo, ao estabelecê-la como direito absoluto.

Já na Carta Magna do país belga, mais especificamente em seu artigo 23, ficou consagrado o direito do cidadão de levar uma vida em conformidade com a dignidade humana, configurando-se verdadeiro direito autônomo. Também dita Carta Política da Bélgica assevera que referida dignidade é um direito objetivo a ser perseguido pelo legislador no momento em que ele vier a erigir outros direitos.

Extrai-se de tal texto que o direito de levar uma vida em conformidade com a dignidade humana deverá ser, a curto espaço de tempo, o justificador de todos os outros direitos.

Assim é que o Conselho Europeu de Luxemburgo lembrou, em 29 de junho de 1991, que a promoção dos direitos econômicos, sociais e culturais, como aquela dos direitos civis e políticos, e bem como aquela do respeito às liberdades religiosas e de culto, são de uma importância fundamental para a plena realização da dignidade humana e para as aspirações legítimas de todo indivíduo.

O fato é que é de entendimento comum dos constitucionalistas europeus de nomeada que a dignidade humana funcionaria como o alfa-ômega do sistema constitucional de proteção das liberdades.

E não se diga que tal pensamento seja tão recente, uma vez que do debruçamento sobre os prolegômenos da Declaração Universal dos Direitos do Homem depara-se com a previsão de que o reconhecimento da dignidade, ínsita a todos os componentes da família humana e de seus direitos inafastáveis, enseja o fundamento da liberdade, da justiça e da paz mundial. É de se lembrar que no mesmo texto contempla-se a assertiva de que todos os seres humanos nascem livres e são iguais em dignidade e em direitos.

Congrega, pois, a dignidade humana, o respeito que merece o homem, daí não haver que se reclamar por dignidade humana, muito menos negociá-la. Há, portanto, uma natural e absoluta imposição da dignidade humana, com o que tão-somente a vida poderá ser digna de ser vivida³⁰.

Sendo, pois, o primeiro dos fundamentos de uma Carta Política a preservação da dignidade da pessoa humana, deve-se concluir que a plêiade de direitos fundamentais erigidos numa carta constitucional não externa uma postura de concessão voluntarista e positivista do legislador constituinte, como se fosse uma simples graça do príncipe, uma concessão do poder estatal, mas, ao reverso, estampa a ratificação de um conjunto de direitos intangíveis e inalienáveis, anteriores mesmo ao próprio estado, aos quais este está jungido e tem a obrigação de respeitar, direitos que se ligam e nascem da própria dignidade da pessoa humana, externando uma faceta intocável dessa dignidade³¹.

30 DELPERÉ, Francis. O Direito à Dignidade Humana. *Direito Constitucional- Estudos em homenagem à Manoel Gonçalves Ferreira Filho*. São Paulo: Dialética, 1999, pp. 159-162.

31 COSTA, José Manuel M. Cardoso da. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana na Constituição e na Jurisprudência Constitucional Portuguesa. *Direito Constitucional- Estudos em homenagem à Manoel Gonçalves Ferreira Filho*. São Paulo: Dialética, 1999, pp. 191-199.

Destarte, ao se reconhecer o princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento do estado, desnuda-se o pressuposto antropológico essencial em que se escoram e donde surgem os direitos fundamentais, também chamados direitos humanos.

É de se afirmar que, mesmo não constando explicitamente em Carta Política, a alusão ao princípio da dignidade da pessoa humana, nem por tal motivo não haverão de preponderar o respeito e a primazia da referida dignidade no atual momento histórico em que nos enquadramos.

E em todo e qualquer sistema que erija direitos fundamentais, por via de consequência, não há como não estar presente, ainda que de forma indireta e implícita, a busca da preservação da dignidade do homem, e, conseqüentemente, evidencia-se que tal ordenamento adota, inexoravelmente, o princípio da dignidade da pessoa humana³².

1.5. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NO DIREITO BRASILEIRO

Embora se tenha visto que desde a Declaração Universal dos Direitos do Homem já se apregoava o respeito à dignidade humana, é certo que tem sido nas Constituições mais recentes que relevo e mesmo até menção explícita ao princípio em baila têm sido observados.

Assim é que, no sentido que de último vem sendo assimilado, é recente o louvor mais expressivo ao princípio da dignidade da pessoa humana, encontrando tal princípio fundamento na integridade e inviolabilidade da pessoa humana, contemplada numa ótica mais elevada, que transcende a compreensão restrita de um ser aquinhoado com um físico³³.

Impende admitir, pois, que doutrina e jurisprudência não têm se dedicado à matéria na proporção de sua importância, o que é facilmente perceptível, seja por um vislumbre nas publicações restritas a respeito do referido princípio, seja por conta de um panorama na jurisprudência de nossos pretórios.

Oxalá mude a curto prazo tal cenário.

32 ROCHA, Carmem Lúcia Antunes Rocha. O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social. *Interesse Público*. N 4, Porto Alegre: Notadez, 1998, pp. 23-48

33 Idem, pp. 23-48.

Da contemplação de nossa Constituição Federal vê-se que foram seguidos os novos ventos do constitucionalismo moderno, uma vez que restou consignado como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil a dignidade humana, que tomou a feição de elemento conformador do Estado Democrático.

Efetivamente, já no art. 1º do Texto Maior tem-se:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

II- a dignidade da pessoa humana;

(...).

Conclui-se que dar fundamento ao Estado na dignidade da pessoa humana patenteia o reconhecimento do valor do homem enquanto ser livre, ao mesmo tempo em que o próprio Estado reconhece ter suas pilastras na observância do princípio em baila em favor do ser humano, abrangendo tal princípio não somente os direitos individuais, mas os direitos outros, de natureza econômica, social e cultural.

Assim, o fato de a Constituição Federal haver asseverado que um dos fins do Estado Democrático é a dignidade da pessoa humana não só implica o reconhecimento da liberdade, mas também a garantia, a ser propiciada pelo próprio estado, de condições mínimas de existência à pessoa humana, o que deve ser observado pela ordem econômica, de tal sorte que sejam espancadas extremas desigualdades que venham a ocorrer no seio da sociedade, cujo Texto Maior anatematiza o desrespeito à dignidade do homem³⁴.

É, pois, bastante profunda a idéia de dignidade humana, remontando aos mais basilares direitos, a começar pelo próprio direito à vida.

Há de se dizer que a dignidade da pessoa humana, como insculpida em nossa Carta Política, é uma referência constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais, devendo, por tal razão,

34 CARVALHO, Kildare Gonçalves *apud* SANTOS, Fernando Ferreira dos. *Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999, p. 78.

seu conteúdo ser compreendido com caudalosa valoração que encare seu sentido normativo-constitucional, afastando-se, tanto quanto possível, uma noção superficial da essência do próprio homem, de tal sorte que se arrede qualquer ideia apriorística do homem. É inaceitável que se estabeleça um reducionismo do verdadeiro sentido da dignidade humana à restrita defesa dos direitos tradicionais, deixando-se de lado os direitos sociais, ou simplesmente fazendo menção a tal princípio tão-só para edificar a teoria do núcleo da personalidade individual, olvidando que a questão é a garantia das bases do existir do homem³⁵.

É indispensável, pois, para a harmonização de tal desiderato constitucional, que a ordem econômica tenha por escopo a propiciação a todos de uma vida digna, bem como possa a ordem social corroborar para a implementação de uma justiça social, em que a educação, por sua vez, venha a dar lugar ao pleno desenvolvimento da pessoa humana, bem como o necessário embasamento para que exerça a cidadania, tudo isso sem vagos enunciados, mas, isto sim, como delimitadores e norteadores do conteúdo da norma eficaz da dignidade da pessoa humana.

Vê-se, pois, que, ao elencar o Texto Maior o princípio da dignidade da pessoa humana, escora para os direitos e garantias fundamentais do indivíduo, e fundamento do Estado Democrático de Direito, não quis externar mera declaração de princípios, mas deixar claro que tal princípio é a fonte produtora de efeitos jurídicos na interpretação e na aplicação das leis e dos outros princípios constitucionais³⁶.

Assim, tem-se que a pessoa humana é um mínimo intangível a ser protegido por todo ordenamento jurídico, tendo o princípio da dignidade da pessoa humana um caráter absoluto, porquanto, mesmo que em determinadas situações se faça a opção pelo valor da coletividade, tal escolha não deverá, tanto quanto possível, ferir ou sacrificar o valor humano³⁷.

O esperado é que se possa encontrar o ponto de equilíbrio quando a empreitada for a de escolher entre a prevalência dos interesses do indivíduo ou do interesse social. É este o desafio para a filosofia prática e a política, a saber: desvendar onde se encontra a plena

35 Idem, p. 79.

36 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Licitações nas estatais em face da Ecn.19. *Boletim de Direito Administrativo*. N. 12, out/dez., São Paulo: NDJ, 1998, p. 774.

37 SANTOS, Fernando Ferreira dos. *Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999, p. 79.

harmonia e o equilíbrio entre o resguardo dos direitos e interesses do indivíduo e a preservação dos direitos e interesses da sociedade.

A propósito é a já mencionada teoria do personalismo, que, ao contrário das demais, a do individualismo e a do transpersonalismo, procura contemporizar os interesses do indivíduo e da sociedade, almejando alcançar o ponto de equilíbrio, para o que evita as absolutizações. É, portanto, a constante busca do que toca o indivíduo e do que toca o todo. Há, pois, com tal postura mediadora, um reconhecimento de que a harmonia da ordem social com o interesse de cada indivíduo reside no valor que se presta à pessoa humana³⁸.

O norte há de ser aquele que indica para a postura de que o indivíduo deve ceder lugar ao todo até o momento em que não venha a ser escoriado o valor da pessoa humana, a saber, a plenitude do homem enquanto homem, posto que, sempre que se aspirar olvidar a esfera da personalidade, estar-se-á aberto para a consumação de conduta arbitrária.

Destarte, o princípio da dignidade da pessoa humana assegura um mínimo necessário ao homem tão só pelo fato de ele congregar a natureza humana, sendo todos os seres humanos contemplados de idêntica dignidade, tendo, portanto, direito de levar uma vida digna de seres humanos.

É da perfeita compreensão do sentido de dignidade humana que o intérprete poderá detectar a existência de normas ou atos infraconstitucionais que não se coadunam com a escolha do constituinte de respeito ao ser humano.

Conclui-se, pois, que o comentado princípio da dignidade da pessoa humana tem relevante papel na estrutura constitucional como fonte jurídico-positiva dos direitos fundamentais, dando unidade e coerência ao conjunto dos mencionados direitos fundamentais.

Há, portanto, uma especificação e densificação do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana no elenco de direitos e garantias fundamentais insculpidos no título II da Constituição Federal de 1988.

Dessa forma, quer se contemplem os direitos individuais e coletivos, quer se abebere dos direitos sociais ou dos direitos políticos, reside nos direitos fundamentais a concretização do elevado princípio da dignidade da pessoa humana.

38 FARIAS, Edilson. *Colisão de Direitos*. Porto Alegre: Fabris, p. 47.

Como visto do pensamento de Kant, é o sujeito o primeiro, o centro do conhecimento, vale dizer a condição necessária e suficiente de possibilidade de existência e do sentido do conhecimento, sendo inconcebíveis conhecimento e ação sem a subjetividade.

Contudo, o sujeito transcendental de Kant, ou seja, a consciência enquanto tal entendida como razão universal, nada mais é do que uma simples estrutura vazia, a qual, desvinculada da sensibilidade, impedida fica de conhecer. Daí se concluir que o pensamento é dependente da sensibilidade ou, na expressão de Manfredo de Oliveira, citado por Ferreira dos Santos³⁹, “pode-se dizer que a teoria é para Kant, a dimensão da autoalienação da razão.”

Por via de consequência, somente por intermédio da práxis a razão conseguirá desvencilhar-se dos grilhões da autoalienação na teoria, uma vez que, como o domínio da prática, a razão restará a serviço de si mesma. Verifica-se, portanto, que para Kant há uma prevalência da razão prática sobre a razão teórica. A libertação do homem e a plena implementação da condição de um ser livre residiriam na moralidade. Tem-se, pois, que a ação livre é uma ação por finalidade e não por mera causalidade. Por força da práxis pertence o homem ao reino dos fins, daí ser a pessoa humana um ser pleno de dignidade própria.

A dignidade humana residiria, dentre outras, no fato de ele, homem, por conta dessa dignidade especial, não poder servir de meio para os outros, mas, ao contrário, é fim em si mesmo. É o que literalmente diz Kant⁴⁰, em sua obra *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*: “o homem, e, de uma maneira geral, todo ser racional, existe como fim em si mesmo, não só como meio para uso arbitrário desta ou daquela vontade.”

Deduz-se, portanto, que devendo o indivíduo agir de tal forma que sua ação venha a se tornar lei universal, sua humanidade há de ser usada, tanto em relação à pessoa do agente como de qualquer outro, sempre como fim e nunca apenas como meio.

Vale dizer, pois, que cada homem é fim em si mesmo. Ao asseverar a Carta Política que a dignidade da pessoa humana é fundamento da República Federativa do Brasil vem de imediato a conclusão de que o

39 SANTOS, Fernando Ferreira dos. *Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999, p. 91.

40 KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, s.d, p. 68.

estado existe em função e para o bem das pessoas, e não o contrário. E aqui se entenda que não só o estado deva existir em função das pessoas, mas, outrossim, o próprio Direito tem igualmente esse desiderato de existência em prol do homem⁴¹.

O fim buscado, pois, é a dignidade, a dignidade do homem. Há, pois, de se reconhecer na juridicidade da norma esse escopo de propiciação da dignidade humana. Tal não sendo reconhecido é de se admitir que dita norma é ilegítima.

Na própria disposição constitucional se vê que obrou com acerto o constituinte ao pôr o capítulo dos direitos fundamentais antes da organização do estado.

Daí que toda qualquer ação do estado há de ser mensurada sob o cajado da constatação ou não de que cada pessoa foi tomada como fim em si mesmo, ou somente como instrumento e meio para outros objetivos, cuidado que tem sentido para viabilizar a ação em termos de constitucionalidade, posto que escoriada não poderá ser a dignidade humana.

É de se considerar, por igual, que o mencionado respeito à dignidade humana, focalizado pela idéia de democracia, implica uma forma diferenciada de se enxergar o que venham a ser liberdade, justiça, igualdade e segurança, vislumbre que jamais poderá olvidar a condição humana de meio e nunca de objeto para a implementação de tais valores, sendo, ao reverso, o ser humano, escoriado em sua dignidade, o próprio destinatário de tais aspiradas conquistas⁴².

Também deve ser considerado que a dignidade dimensiona a racionalidade jurídica, tendo o conhecimento jurídico, como objeto imediato, a dignidade humana cristalizada na ordem normativa.

O só fato de se considerar o homem como fim em si e que a existência do estado seria em função do homem não implica, *ipso facto*, uma ótica individualista da dignidade da pessoa humana, vale dizer, que o estado não possuiria um fim próprio. Entretanto, seu fim coincide com os fins multifários de todos os indivíduos⁴³. Da mesma sorte a consideração do indivíduo como fim em si mesmo, com direitos fundamentais e anteriores ao estado, não implica que, frente

41 FARIAS, Edilson. *Colisão de Direitos*. Porto Alegre: Fabris, p. 51.

42 GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Ensaio de Teoria Constitucional*. Fortaleza: Ed. Universidade Federal do Ceará, 1989, p. 52.

43 BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no pensamento de Immanuel Kant*. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1192, p. 133.

a um conflito entre o indivíduo e o estado, sempre se dê prevalência ao indivíduo.

Assim é que, ao se adotar uma concepção personalista, não se pode fechar os olhos à necessidade de uma coexistência de harmonia entre indivíduos e a sociedade, não sendo de se esperar que sempre os interesses dos indivíduos prevaleçam sobre os interesses da sociedade, nem muito menos que os interesses da sociedade sempre prevaleçam sobre os interesses dos indivíduos.

Ao revés, o esperado é a contemporização entre os valores individuais e os valores coletivos, inexistindo um predomínio do interesse individual sobre o interesse coletivo, nem muito menos o predomínio do interesse coletivo sobre o interesse individual.

Cada caso e cada circunstância hão de propiciar uma postura diferenciada, a qual redundará quer na absoluta harmonização de ambos os interesses, quer na prevalência de um sobre o outro.

Ao se adotar uma concepção personalista de dignidade humana deve ser feito um *discrimen* pessoa e indivíduo. Não há, pois, com tal postura, uma intenção de exaltação do individualismo, do homem em abstrato, o que é próprio do liberalismo-burguês, mas, ao contrário, o que se procura elevar é a condição do ser humano enxergado como parte imprescindível do todo que é a sociedade, sendo, portanto, forma do mais alto gênero, a saber: uma pessoa no sentido mais amplo da palavra⁴⁴.

Enquanto o homem abstrato congrega uma unidade em si mesma fechada, o ser humano é encarado como entidade aberta.

Dessa forma pode-se afirmar inexistir valor que supere o do ser humano, daí porque, em caso concreto, o valor coletivo não deve ferir o valor da pessoa humana. É, pois, a pessoa, um *minimun*, o qual nem o estado, nem qualquer outra instituição pode ultrapassar. É lógico que referido *minimun* deve ser apurado em cada situação concreta na qual existir colisão entre interesses diferenciados, não podendo, igualmente, ser olvidada a realidade histórica. É, pois, a pessoa, um conceito aberto, e nunca fechado⁴⁵.

Neste diapasão, é a pessoa o valor último e supremo da democracia, que tem o condão de dimensionar e de humanizar. É,

44 SANTOS, Fernando Ferreira dos. *Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999, p. 93.

45 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1994, pp. 362-363.

outrossim, a raiz antropológica constitucionalmente estruturante do Estado de Direito, o que não passa necessariamente por uma idéia fixista de dignidade da pessoa humana. Ao reverso, sendo a pessoa uma unidade aberta, gera uma integração pragmática.

E arremata Fernando Ferreira dos Santos⁴⁶: “Saliente-se, ainda, pelo caráter intersubjetivo da dignidade da pessoa humana, defendido por W. Maihofer, citado por Pérez Luño, que na elaboração de seu significado parte-se da situação básica (*Grundsituation*) do homem em sua relação com os demais, isto é, da situação do ser com os outros (*Mitsein*), em lugar de fazê-lo em função do homem singular encerrado em sua esfera individual (*selbsein*). O que, ressaltamos nós, tem particular importância na fixação, em caso de colisão de direitos fundamentais de dois indivíduos, do *minimum* invulnerável, além de, como destacou Pérez Luño, contribuir para o estabelecimento dos limites e alcance dos direitos fundamentais.

Relembre-se, neste momento, a decisão do Tribunal Constitucional espanhol que, precisando justamente o significado da primazia da dignidade da pessoa humana (art. 10.1 da Constituição espanhola), sublinhou que a dignidade há de permanecer inalterável qualquer que seja a situação em que a pessoa se encontre, constituindo, em consequência, um *minimum* invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar.”

Pode-se, por conseguinte, admitir que a dignidade da pessoa humana é um princípio absoluto enquanto se finca no fato de a pessoa ser um *minimum* invulnerável, o qual todo o estatuto deve assegurar, e mesmo que, em caso concreto, venha a se fazer uma opção pelo interesse coletivo, tal ato de escolha nunca deverá ferir o valor da pessoa humana em jogo.

Ferreira dos Santos admite sua posição distanciada de Robert Alexy, para a seguir obter: “Distanciamo-nos, pois, do pensamento de Robert Alexy, que...rejeita radicalmente, a existência de princípios absolutos, chegando a afirmar que se os há, impõe-se modificar o conceito de princípio⁴⁷.”

Entendendo como princípio absoluto aquele que, em caso de colisão, tem que preceder a todos os princípios, Robert Alexy adverte que se poderia pensar que o art. 1º, par. 1º, da Lei Fundamental

46 SANTOS, Fernando Ferreira dos. *Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999, p. 94.

47 *Idem*, pp. 94-95.

alemã, traz um princípio absoluto. No entanto, diz ele, tal impressão reside no fato de que a norma da dignidade da pessoa humana é tratada em regra, e, em parte como princípio. Absoluto, então, não é o princípio, mas a regra. No entanto, não especifica quando a norma da dignidade da pessoa humana é uma regra e quando é um princípio. O que nos leva a levantar, pelo menos, uma objeção: se a distinção entre regras e princípio é de natureza lógica, como pode uma mesma norma ser em um momento um princípio e, em outro, uma regra⁴⁸?

Aclarando o seu pensamento, acrescenta que os princípios podem referir-se a bens coletivos ou a direitos individuais. Ora, diz ele, se um princípio se refere a bens coletivos e é absoluto, as normas de direito fundamental não podem fixar-lhe nenhum limite, inexistindo, em consequência, direitos fundamentais. Se, de outro lado, um princípio absoluto se refere a direitos individuais, a ausência de balizas jurídicas conduzirá, em caso de colisão, a uma contradição, pois todos os direitos dos indivíduos fundamentados por um princípio terão que ceder frente ao direito de outro indivíduo fundamentado pelo mesmo ou outro princípio.

Vê-se, portanto, que o emprego da dicotomia do autor alemão citado por Ferreira Santos fica inserido nas concepções individualista e transpersonalista da dignidade da pessoa humana, das quais diz o autor nacional discordar.

É de se lembrar que na concepção personalista não existe, a princípio, prevalência do indivíduo sobre o todo ou vice-versa. Busca-se a solução caso a caso, em conformidade com as circunstâncias, podendo-se ora dar prevalência de um sobre o outro, ora chegar-se a uma contemporização. Pode-se afirmar ser tal princípio um mandado de otimização. Ora, sendo a pessoa humana um *minimum* intangível, o fato de se optar, em certa circunstância, pelo valor coletivo jamais poderá ferir ou sacrificar o valor da pessoa. É em tal sentido que ele se apresenta como um princípio absoluto.

A doutrina reconhece duas dimensões constitutivas na dignidade da pessoa humana, a saber, uma negativa e outra positiva. A negativa é a que impede que a pessoa venha a ser objeto de humilhações ou ofensas. E exemplifica Ferreira dos Santos⁴⁹: “Daí o nosso texto constitucional dispor, coerentemente, que “ninguém será submetido

48 Idem, p. 95.

49 SANTOS, Fernando Ferreira dos. *Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999, p. 95.

a tortura nem a tratamento desumano ou degradante” (art. 5º, III, CF) Com efeito, “a dignidade – ensina Jorge Miranda – pressupõe a autonomia vital da pessoa, a sua autodeterminação relativamente ao Estado, às demais entidades públicas e às outras pessoas”.

No pensar de Canotilho⁵⁰, impõe-se “a afirmação da integridade física e espiritual do homem como dimensão irrenunciável da sua individualidade autonomamente responsável; a garantia da identidade e integridade da pessoa através do livre desenvolvimento da personalidade; a libertação da “angústia da existência” da pessoa mediante mecanismos de socialidade, dentre os quais se incluem a possibilidade de trabalho e a garantia de condições existenciais mínimas.”

Afonso da Silva, citado por Ferreira dos Santos⁵¹, conclui ser inaceitável “um sistema de profundas desigualdades, uma ordem econômica em que inumeráveis homens e mulheres são torturados pela fome, inúmeras crianças vivem na inanição, a ponto de milhares delas morrerem em tenra idade... Aliás, a nossa Constituição, em seu art. 170, *caput*, dispõe, expressamente, que “a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna...”

E após tal citação vale-se da Encíclica *Gaudium et Spes* para lembrar que escoria a dignidade da pessoa humana “tudo quanto se opõe à vida, como seja toda a espécie de homicídio, genocídio, aborto, eutanásia e suicídio voluntário; tudo o que viola a integridade da pessoa humana, como as mutilações, os tormentos corporais e mentais e as tentativas para violentar as próprias consciências; (...) as condições de vida infra-humanas, as prisões arbitrárias, as deportações, a escravidão, a prostituição, o comércio de mulheres e jovens; e também as condições degradantes de trabalho, em que operários são tratados como meros instrumentos de lucro e não como pessoas livres e responsáveis.⁵²”

Lembrada a dimensão negativa da dignidade da pessoa humana, tem-se que sua feição positiva subentende o pleno desenvolvimento de cada pessoa, o qual se dá pelo reconhecimento da total autodisponibilidade, sem que existam interferências externas, bem

50 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1994, p. 363.

51 SANTOS, Fernando Ferreira dos. *Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999, p. 96.

52 *Gaudium et Spes*, p. 37.

como pressupõe a autodeterminação surgida da livre projeção histórica da razão do homem, o qual não nasce com uma predeterminação da natureza.

Daí estarem no corpo constitucional, enquanto objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, a erradicação da pobreza, da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais, bem como a promoção do bem de todos, como se vê no art. 3º, III e IV da Carta Política.

1.6. A INTERPRETAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS ATRAVÉS DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Pelo que até então se desenvolveu, não fica de difícil conclusão que a atual Carta Magna deu ao princípio da dignidade da pessoa humana a compleição de núcleo essencial dos direitos fundamentais, sendo por conta daquele princípio que estes direitos fundamentais se dispuseram da forma constante no texto constitucional.

Tendo tal estrutura de núcleo fundamental, em hipótese alguma poderá vir a ser escoriado, uma vez que congrega o verdadeiro coração do direito, o qual, uma vez destruído, deixaria de existir⁵³.

Posto que referida postura de núcleo essencial está atrelada a toda idéia de direitos fundamentais, incompatíveis seriam todas e quaisquer construções constitucionais que fossem de encontro a direito subjetivo individual, o que aconteceria caso fosse adotada a prisão perpétua ou a pena de morte, duas sanções que se chocariam com os direitos à liberdade e à vida, os quais, por suas vezes, têm âncora no princípio da dignidade humana⁵⁴.

Assim como temos a forma de hermenêutica constitucional de interpretação conforme a constituição, podemos afunilar tal maneira de interpretar a norma constitucional e em determinadas situações fazer uma interpretação conforme os direitos fundamentais constitucionalmente garantidos, os quais se escudam em valores e princípios constitucionais, de tal sorte que mencionados direitos fundamentais conformem a decisão de qualquer instância judicial, observando, assim, o sistema jurídico hierárquico-axiológico.

53 SANTOS, Fernando Ferreira dos. *Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999, p. 104.

54 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1994, p. 619.

Note-se que tal interpretação conforme os princípios constitucionais, mormente o da dignidade da pessoa humana, se presta a corroborar o chamado ativismo judicial, que em nada mais consiste senão no comprometimento do Poder Judiciário com a construção política do desenvolvimento social⁵⁵.

É consenso hodierno que o Judiciário já não mais pode ser um mero executor de funções jurídicas, técnicas e secundárias, mas, ao reverso, há de ser um inovador da ordem jurídica e social, exercendo papel ativo, eivando suas decisões de efeitos notoriamente políticos.

Deduz-se, portanto, que o aqui examinado princípio da dignidade da pessoa humana há de ser observado tanto pelos administradores públicos, enquanto gestores da coisa pública, quanto pelos legisladores na confecção do corpo normativo, bem assim pelo aplicador da lei no exercício da função jurisdicional, haja vista que nenhum dos membros do Executivo, do Legislativo ou do Judiciário tem autorização da Carta Magna para fechar os olhos ao princípio que dignifica a pessoa humana, residindo neste um dos espeques do Estado Social e Democrático de Direito.

Não é de difícil dedução, pois, que o magistrado ou administrador que, efetivamente comprometido com a obrigação a ele imanente de realizar os fins do estado, regule suas decisões com base no princípio da dignidade da pessoa humana, está dando cumprimento ao valor maior da justiça social, de realização tão almejada pela Constituição Federal.

Da mesma sorte, a função legislferativa não estaria, em absoluto, descomprometida com a implementação de tal elevado princípio desde que aberta para ouvir os mais legítimos anseios da sociedade.

Uma vez verdadeiramente observado pelos agentes políticos o princípio da dignidade da pessoa humana como amálgama dos direitos fundamentais insertos na Carta Política, esta se transformará em força ativa, com o condão de instalar a paz e a harmonia social, buscas maiores do direito.

Conclui-se, pois, ser o princípio da dignidade da pessoa humana a fonte jurídico-positiva dos direitos fundamentais, fonte de natureza ética, propiciando unidade de sentido, valor e concordância prática ao sistema dos direitos fundamentais, valor básico e fundamentador

55 PARMO, David Wilson de Abreu. *Interpretação Tópica e Sistemática da Constituição*. DOBROWULSKI, Sílvio, org. *A Constituição no Mundo Globalizado*. Florianópolis: Diploma Legal, 1999, pp. 47-77.

dos direitos humanos, sendo referidos direitos fundamentais a expressão mais imediata da dignidade humana.

Por tal razão tem-se que os direitos fundamentais são a centralidade dentro do sistema constitucional, apresentando não só um caráter subjetivo, mas também uma função estruturante, sendo condição indispensável para o pleno estabelecimento do estado democrático de direito.

E lembra Ferreira Santos⁵⁶: “Daí, outrossim, a fundamentalidade destes direitos, tanto formal como material. Ou seja, as normas de direito fundamental ocupam o grau superior da ordem jurídica; estão submetidas a processos difíceis de revisão; vinculam imediatamente os poderes públicos; significam a abertura a outros direitos fundamentais.”

No mesmo diapasão há de se compreender o porquê de o constituinte haver estabelecido a vedação de deliberação de proposta de emenda que pretenda abolir os direitos e garantias individuais, como se vê no parágrafo 4º, IV, do art. 60 da CF, bem assim a não exclusão de outros direitos decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Carta Magna, ou dos tratados internacionais de que faça parte a República Federativa do Brasil, como se assenta nos parágrafos 1º e 2º do art. 5º da Carta Política Brasileira.

Destarte, toda e qualquer interpretação dos preceitos constitucionais e legais deverá ser feita com esmero nas normas constitucionais que elevam os direitos fundamentais.

Ferreira Santos⁵⁷, arrematando com Canotilho e Perez Luño, obtempera: “Com razão, Canotilho fala “que a interpretação da Constituição pré-compreende uma teoria dos direitos fundamentais”. E, nas palavras de Perez Luño, “para cumplir sus funciones los derechos fundamentales están dotados de una especial fuerza expansiva, o sea, de una capacidad de proyectarse, a través de los consiguientes métodos o técnicas, a la interpretación de todas las normas ‘del ordenamiento jurídico. Así, nuestro Tribunal Constitucional ha reconocido, de forma expresiva, que los derechos fundamentales son el parámetro de conformidad con el cual deben ser interpretadas todas las normas que componen nuestro ordenamiento.”

56 SANTOS, Fernando Ferreira dos. *Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999, p. 98.

57 SANTOS, Fernando Ferreira dos. *Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999, pp. 98-99.

1.7. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E ISONOMIA

De tudo o que acima se mencionou a respeito do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, impõe-se agora que se faça um cotejo em relação ao princípio da isonomia.

Em que pese não se venha a tratar do referido princípio da igualdade na presente quadra, não há como, ainda que em lampejo, deixar de se realizar um exame da isonomia à luz da dignidade humana.

Ora, viu-se que o respeito à dignidade humana é a busca mais frenética da República Federativa do Brasil. E tal dignidade humana há de ser estendida a todo ser humano, enquanto pessoa.

A partir do momento em que a dignidade humana é preservada para parte da população, que pode ter acesso à alimentação, moradia, saúde, educação, segurança, previdência, transporte, dentre outros, e que outra expressiva gama de pessoas da mesma nação fica tolhida de tal acesso, escoriou-se duplamente a Carta Política, a uma pelo fato de não se respeitar o princípio da dignidade humana em relação aos mencionados relegados, e a outra pelo fato de não se implementar a isonomia, vale dizer, ao se dispensar tratamento diferenciado a alguns em relação a outros, todos igualmente pessoas e, portanto, detentoras do direito de preservação de suas dignidades de pessoas humanas e do direito de tratamento isonômico.

Dessa forma, dignidade da pessoa humana e isonomia são princípios constitucionais que caminham próximos, sendo que o primeiro antecede o segundo, uma vez que todo ser humano é credor de ver preservada sua dignidade e, por tal razão, relativamente a outro ser humano, há de merecer igual tratamento, sob pena de estar sendo diminuído em sua dignidade em relação ao que está sendo beneficiado, e ao mesmo tempo estar sendo vilipendiado em seu direito de usufruir, em situações iguais, de tratamentos iguais.

Assim, é o princípio da isonomia uma confirmação do princípio da dignidade da pessoa humana, posto que, se para A, enquanto indivíduo e pessoa, há de ser preservada sua dignidade, B, igualmente indivíduo e pessoa, há de merecer o mesmo tratamento, sob pena de se olvidar, num primeiro plano, a dignidade com a qual B deve ser tratado, e, num segundo plano, restar ferido o princípio constitucional que determina que os iguais devem ser tratados igualmente.

Em situação prática, pois, em que se trata A de forma mais benéfica que B, sem nenhuma razão plausível para tanto, protuberam

duas feridas ao espírito de nossa Carta Política, a saber: fere-se a dignidade humana daquele que se vê em igualdade de condições em relação ao outro sendo prejudicado por razão injustificável, e fere-se o princípio da isonomia, que determina que os iguais não de ser tratados igualmente, por uma única razão, qual seja, toda pessoa humana deve ser respeitada em sua dignidade, e o fato de ser passada para trás por tal ou qual razão é uma ferida de morte em sua dignidade humana, vez que o prejudicado não é, em absoluto, menos humano e menos pessoa, a ponto de ter de tolerar o *discrimen*.

Assim, numa seqüência lógica, pode-se dizer que os valores que uma sociedade adota ao longo de caudaloso processo de sedimentação, ora maior, ora não tão elástico, para valores mais basilares, servem de pano de fundo para que venham à baila os princípios, que pairam acima das normas, externando o espírito do ordenamento jurídico. Referidos princípios, na seara constitucional, têm lugar de relevo na Constituição Federal, devendo ser o norte de aplicação do Direito pelo intérprete da lei. O princípio da dignidade humana, inegavelmente, desfruta de posição hierárquica privilegiada na Constituição Federal, sendo verdadeiro ponto de partida para os demais princípios e via de consequência para as normas, uma vez que, preservando-se o ser humano em sua dignidade, tudo o mais é possível.

Daí que, ao nosso ver, o princípio da isonomia é uma ratificação do princípio da dignidade humana. É como se o constituinte afirmasse que, sendo devida a observância da dignidade humana para A, a partir do momento que para B, que é igualmente uma pessoa, deixa de se dar em certa circunstância tratamento igual ao que se dá a A, fere-se a dignidade humana de B, uma vez que a própria ideia de generalidade da norma e do princípio restou espancada e, por consequência, vilipendiou-se outro princípio consequente do princípio da dignidade humana, a saber: o princípio da isonomia.

Assim, há que se tratar igualmente A e B porque ambos são pessoas e, portanto, detentoras de dignidade humana. A partir do momento em que, em situação idêntica, sem as exceções em que o estudo da isonomia permite o *discrimen*, trata-se A de forma diferenciada em relação a B, numa primeira ótica o que ficou depauperado foi a dignidade humana de B, posto que, não obstante ser pessoa humana, merecedora em idêntica forma que A do respeito à sua dignidade, foi nesta escoriado ao ser passado para trás com

o injustificado privilégio que se deu a A, ocasião em que se feriu, outrossim, o princípio da isonomia.

Dessa forma, a cronologia seria: valor; princípios constitucionais; princípio da dignidade da pessoa humana; princípio da isonomia, se quisermos dar uma ordem ao estudo a que nos propusemos.

Se a lei está em função do homem e a serviço da regulamentação de sua vida em sociedade, estar a serviço do homem é, num primeiro plano, preservar sua dignidade enquanto ser humano, idéia da qual deverão partir todos os demais regramentos que nortearão a vida do cidadão num estado democrático de direito.

BIBLIOGRAFIA

ANDRADE, Chistiano José de. *O Problema dos Métodos da Interpretação Jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

ANDRADE, Manuel A Domingues de. *Ensaio sobre a Teoria da Interpretação das Leis*. Coimbra: Arménio Amado Ed., 1987.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Dogmática Jurídica - esboço de sua configuração e identidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

BOBBIO, Norberto et alii. *Dicionário de Ciência Política*. Trad.: Carmem C. Varriale et alii. Universidade de Brasília.

_____. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 4ª ed. Trad. SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite dos. Brasília: Edunb, 1994.

_____. *O Futuro da Democracia*. São Paulo: Paz e Terra, 1992.

_____. *Teoria Geral da Política - A Filosofia Política e as Lições dos Clássicos*; organizado por Michelangelo Bovero. Tradução Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

_____. *Direito e Estado no pensamento de Immanuel Kant*. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1992.

BONAVIDES, Paulo. *A Constituição Aberta*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

_____. *Curso de Direito Constitucional*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

- BONAVIDES, Paulo e ANDRADE, Paes de. *História do Direito Constitucional do Brasil*. 2ª ed. Brasília-DF: Paz e Terra, 1990.
- BRITO, José Henrique Silveira de. *Introdução à Fundamentação da Metafísica dos Costumes, de I. Kant*. Porto: Edições Contraponto, 1994.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.
- _____. *Direito Constitucional*. 5ª ed., 2ª reimp. Coimbra: Almedina, 1992.
- _____. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.
- COSTA, Célio Silva. *A Interpretação Constitucional e os Direitos e Garantias Fundamentais na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Líber Juris, 1992.
- CARVALHO, Márcia Haydée Pasto de. *Hermenêutica Constitucional*. Florianópolis: Livraria e Editora Obra Jurídica, 1997.
- CHAUÍ, Marilena. *Convite à Filosofia*. São Paulo: Ática, 1995, p. 233.
- DELPÉRÉ, Francis. "O Direito à Dignidade Humana". *Direito Constitucional- Estudos em homenagem à Manoel Gonçalves Ferreira Filho*. São Paulo: Dialética, 1999, pp. 159-162.
- GAUDIM et Spes, p. 37.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Ensaio de Teoria Constitucional*. Fortaleza: Portuguesa. São Paulo: Editora Mestre Jou, 1968.
- KANT, Immanuel. *Doutrina do Direito*. Trad.: BINI, Edson. São Paulo: Ícone, 1993.
- _____. *Crítica da Faculdade do Juízo*. Trad.: ROHDEN, Valério e MARQUES, Antônio. Título Original: Kritik der Urteflskraft und Schriften. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.
- _____. *Crítica da Razão Pura*. Trad.: SANTOS, Manuela Pinto dos e MORÜJÃO, Alexandre Fradique. Título original: Kritik der reinenvernunft. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.
- _____. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Tradução Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, s.d.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo Jurídico do princípio da Igualdade*. São Paulo: Malheiros, 1993.

_____. *Elementos de Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Direito Constitucional Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1994.

_____. FALCÃO, Alcino Pinto e SUSSEKIND, Arnaldo. *Comentários à Constituição*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1990. v. I.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *A Teoria das Constituições Rígidas*. 2ª ed. São Paulo: Bushatsky, 1980.

PARMO, David Wilson de Abreu. *Interpretação Tópica e Sistemática da Constituição*.

DOBROWULSKI, Sílvio (org.). *A Constituição no Mundo Constitucional*, 1995.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. *Teoria Tridimensional do Direito*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

_____. *Questões de Direito Público*. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1996.

ROCHA, Lincoln Magalhães da. *A Constituição Americana - Dois Séculos de Direito Comparado*. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 1987.

SANTOS, Fernando Ferreira dos. *Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.

VAZ, Henrique C. de Lima. *Antropologia Filosófica*. São Paulo: Loyola, 1993.

2. Artigos

BARROS, Alice Monteiro de. "AIDS no Local de Trabalho- Um enfoque de Direito Internacional e Comparado". *Síntese Trabalhista* nº 148. Porto Alegre: Síntese, 2001.

CALDAS, Roberto de Figueiredo. "Trabalho Escravo", *Jornal da OAB Nacional*. São Paulo: Editora da OAB, número 99, outubro de 2002.

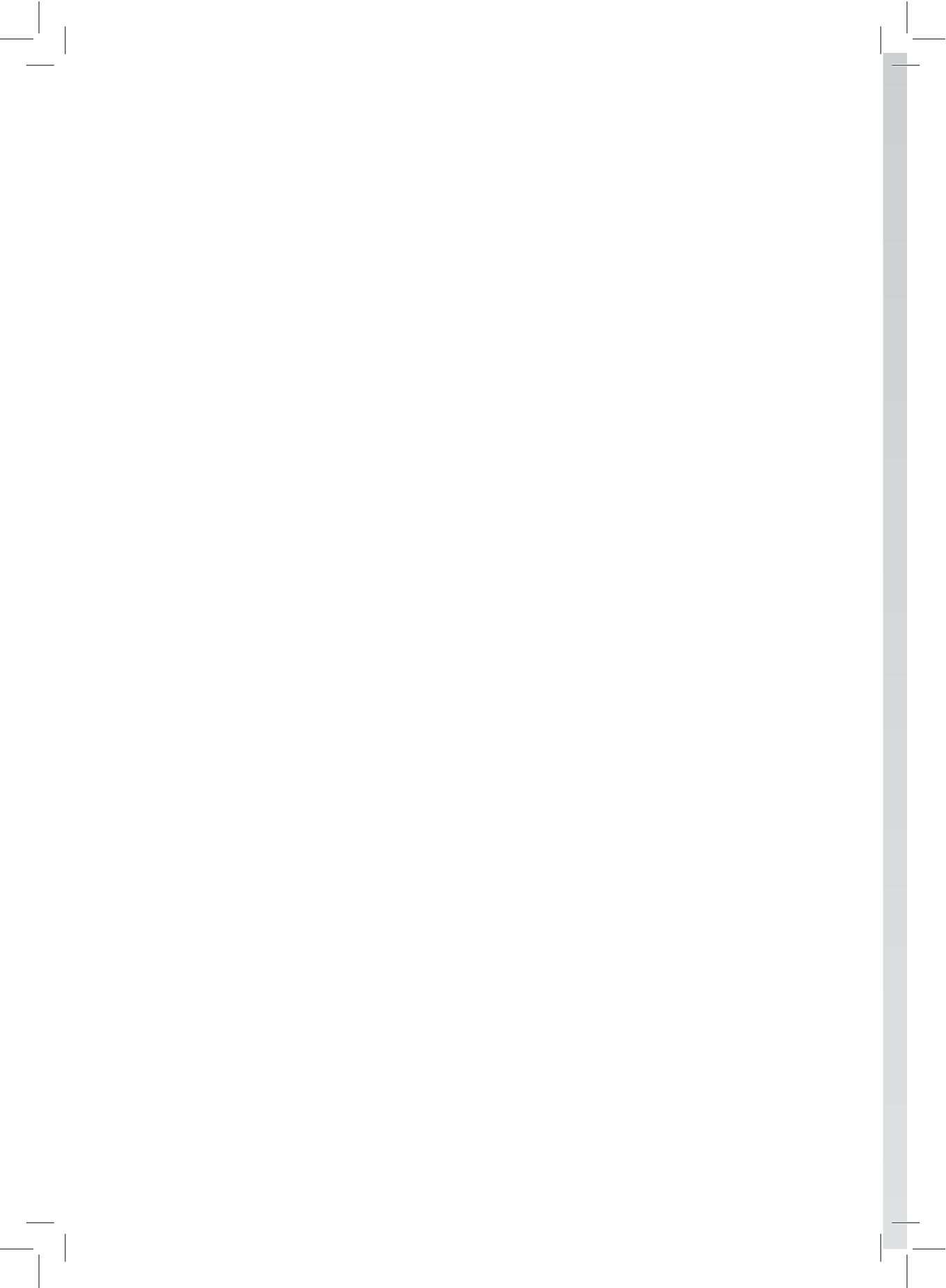
COSTA, José Manuel M. Cardoso da. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana na Constituição e na Jurisprudência Constitucional Portuguesa. *Direito Constitucional- Estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho*. São Paulo: Dialética, 1999.

DELPÉRE, Francis. "O Direito à Dignidade Humana". *Direito Constitucional- Estudos em homenagem à Manoel Gonçalves Ferreira Filho*. São Paulo: Dialética, 1999.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de: "Princípio da Isonomia: Desequiparações Proibidas e Desequiparações Permitidas". *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo: Malheiros, n. 1, 1993.

_____. Licitações nas estatais em face da Ecn.19. *Boletim de Direito Administrativo*. N. 12, out/dez. São Paulo: NDJ, 1998.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes Rocha. "O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social". *Interesse Público*. N. 4. Porto Alegre: Notadez, 1998.



A OMISSÃO DA CIJ NA APLICAÇÃO DA CONVENÇÃO PARA A PREVENÇÃO E A REPRESSÃO DO CRIME DE GENOCÍDIO NO CASO CROÁCIA VS. SÉRVIA (2015) SOB A ÓTICA DO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS: UMA QUESTÃO DE DIGNIDADE HUMANA

Érika Braga Justo

Advogada; Mestre em Direito Internacional Econômico
(Escola de Direito da Sorbonne, Paris).

INTRODUÇÃO

Desde o início dos anos de 1980, após a morte do presidente Tito, as repúblicas que integravam a República Socialista Federalista da Iugoslávia (RSFI)¹ confrontaram-se com dura crise econômica e tensões inflamadas entre as diferentes etnias e grupos sociais que nela coexistiam. Na esteira do colapso dos Estados socialistas após o fim da Guerra Fria, a RSFI destacou-se como polo de grandes conflitos étnicos e separatistas.

Croácia e Eslovênia declararam-se independentes em 25 de junho de 1991², seguidas pela Macedônia, em 17 de setembro de 1991, e pela Bósnia e Herzegovina, em 6 de março de 1992. A dissolução da RSFI deu origem *de facto* à República Federal da Iugoslávia (RFI), que, dentro de um processo contínuo de sucessão do Estado socialista, foi formalizada em 27 de abril de 1992, tendo as repúblicas da Sérvia e de Montenegro³ como suas integrantes.

1 RSFI era composta pelas seguintes repúblicas: Bósnia e Herzegovina, Croácia, Macedônia, Montenegro, Sérvia e Eslovênia; a república da Sérvia possuía duas províncias autônomas – Vojvodina e Kosovo.

2 As declarações só produziram efeito a partir de 08 de outubro de 1991.

3 A RFI, oficialmente, mudou seu nome em 04 de fevereiro de 2003 para “Sérvia e Montenegro”. Após a realização de um referendo constitucional em 21 de maio de 2006, Montenegro declarou-se independente em 03.06.2006.

O caso que opõe Croácia a Sérvia perante a Corte Internacional de Justiça⁴ tem sua origem fatural nesse contexto. Em 02 de julho de 1999, a CIJ foi conclamada a decidir sobre a Aplicação da Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio em face dos eventos ocorridos no território da República da Croácia entre 1991 e 1995.

A Croácia alegou que a Sérvia havia violado a Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio, no curso de um conflito armado instaurado em meados de 1991, a partir da intervenção oficial do Exército Nacional da RSFI (JNA) na disputa entre as forças armadas croatas e a minoria sérvia da Região Autônoma da Krajina (SAO Krajina)⁵. Ao final de 1991, as forças sérvias e o JNA – acusados pela Croácia de serem controlados pelo governo da República da Sérvia – tinham dominado um terço do território croata e, em 19 de dezembro de 1991, proclamaram o estabelecimento da República Sérvia de Krajina (RSK).

Com o apoio da sociedade internacional, os envolvidos negociaram o *Plano Vence* e a implementação da Força de Proteção das Nações Unidas (FORPRONU)⁶. Os respectivos objetivos não foram alcançados e as tentativas de paz fracassaram; entre 1992 e 1995, a RSK não foi desmilitarizada e operações militares foram conduzidas, no período, por ambas as partes. Em 1995, como resultado das suas operações militares conhecidas como “Operação Flash” e “Operação Storm”, a Croácia restabeleceu o controle sobre grande parte da região ocupada pela RSK.

Com base nas ações perpetradas durante essas duas operações militares, a Sérvia, ao seu turno, apresentou uma reconvenção em paralelo a sua defesa. Acusou a Croácia de ter violado a Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio durante a retomada do controle da região da RSK.

Portanto, diante do procedimento estabelecido no seio da CIJ para julgar o crime de genocídio, no qual ambas as partes ocupam as posições de demandante e demandada, a Corte emitiu sua decisão

4 Doravante, Corte ou CIJ.

5 A minoria sérvia no território croata sentiu-se hostilizada após uma emenda à constituição da Croácia em 25 de julho de 1990. Entre agosto e setembro de 1990, pelo mecanismo do referendo, a maioria votou a favor da autonomia dos sérvios na Croácia. Em seguida, em 1990, os municípios da região ao norte da Dalmácia proclamaram a “Região Autônoma Sérvia da Krajina” (SAO Krajina).

6 A missão de paz da ONU foi criada em fevereiro de 1992.

no dia 03 de fevereiro de 2015, declarando improcedentes tanto o pedido croata da ação principal, como a reconvenção sérvia.

A questão jurídica envolvida é complexa. Contém elementos que merecem ser destacados, como o fez o juiz A. A. Cançado Trindade em seu voto dissidente, no qual manifesta seu posicionamento em defesa da procedência do pedido formulado pela Croácia, ao reconhecer a prática de crime de genocídio durante os ataques feitos pelo JNA e pelas forças sérvias. Compartilhando da mesma perspectiva, a análise a seguir tomará como norte o posicionamento dissonante em contraste com o *raisonnement* desenvolvido pela Corte na ação principal.

A problemática jurídica que se apresenta será submetida a alguns recortes, a fim de se avaliar pontualmente elementos de alta relevância e, principalmente, demonstrar seu pertencimento às normas de Direitos Humanos. Assim, a Parte I versará sobre a aplicação da Convenção contra o Genocídio em caso de sucessão de Estado, e a Parte II apresentará uma crítica sobre a timidez da CIJ na interpretação das evidências na aplicação da Convenção.

I - A APLICAÇÃO DA CONVENÇÃO CONTRA O GENOCÍDIO EM CASO DE SUCESSÃO DE ESTADO

A aplicação da Convenção contra o Genocídio propiciou uma ampla discussão sobre a sucessão de Estado e das obrigações internacionais. Por sua relevância jurídica, serão abordados o debate sobre a sucessão automática no caso concreto (A) e crítica realizada pelo juiz A. A. Cançado Trindade no seu voto dissidente (B).

A. O debate sobre a sucessão automática da Convenção de Genocídio face à sucessão do Estado

O reconhecimento da jurisdição da CIJ para apreciar o caso em que se opõem Croácia v. Sérvia promove um debate jurídico sobre a vinculação automática à Convenção contra o Genocídio na hipótese de sucessão do Estado.

A Croácia acusou a Sérvia de ter cometido violação do Direito Internacional, nos termos do artigo II, alíneas (a) (b) (c) (d) da Convenção contra o Genocídio, a partir de meados de 1991.

Entretanto, como a RSFI foi sucedida oficialmente pela RFI⁷ apenas em 27 de abril de 1992⁸, a questão jurídica enfrentada refere-se à transferência das obrigações de um Estado em dissolução para aquele *in statu nascendi*. A decisão deveria, assim, definir se o processo sucessório contínuo que ocorria *de facto* durante a dissolução da RSFI e a estruturação da RFI – cujas instituições administrativas e políticas se confundiam no período – significaria a continuidade das obrigações do Estado para fins de Direito Internacional.

A objeção preliminar sérvia relacionada à falta de jurisdição *ratione materiae* foi rejeitada pela Corte no seu julgamento de 2008⁹, fundamentando-se na declaração feita pela RFI em 27 de abril de 1992, data em que a RFI se proclamou como Estado e reconheceu expressamente a continuidade da personalidade jurídica da RSFI e das obrigações internacionais:

The Federal Republic of Yugoslavia, continuing the State, international legal and political personality of the Socialist Federal Republic of Yugoslavia, shall strictly abide by all the commitments that the Socialist Federal Republic of Yugoslavia assumed internationally.

At the same time, it is ready to fully respect the rights and interests of the Yugoslav Republics which declared independence. The recognition of the newly formed states will

7 A RFI mudaria seu nome para Sérvia e Montenegro em 2003, e para Sérvia em 2006.

8 A sucessão oficial é marcada pela declaração unilateral da RFI dirigida ao Secretário Geral da ONU: “The Assembly of the Socialist Federal Republic of Yugoslavia, at its session held on 27 April 1992, promulgated the Constitution of the Federal Republic of Yugoslavia. Under the Constitution, on the basis of the continuing personality of Yugoslavia and the legitimate decisions by Serbia and Montenegro to continue to live together in Yugoslavia, the Socialist Federal Republic of Yugoslavia is transformed into the Federal Republic of Yugoslavia, consisting of the Republic of Serbia and the Republic of Montenegro. Strictly respecting the continuity of the international personality of the Socialist Federal Republic of Yugoslavia, the Federal Republic of Yugoslavia shall continue to fulfil all the rights conferred to, and obligations assumed by, the Socialist Federal Republic of Yugoslavia in international relations, including its membership in all international organizations and participation in international treaties ratified or acceded to by Yugoslavia.” *United Nations doc. A/46/915, Ann. I*, citado no *I.C.J. Reports 2008*, p. 447, para. 99.)

9 *CIJ Reports 2008*, p. 444, para. 91, e p. 466, para. 146 (ponto1)

follow after all the outstanding questions negotiated on within the Conference on Yugoslavia have been settled...¹⁰

A Corte, por sua vez, para decidir sobre a jurisdição e a admissibilidade do pedido da Croácia *ratione temporis* – entendidas como complementares no caso em espécie –, apontou a necessidade de se obterem mais elementos antes do julgamento. Em sede preliminar, só foram reconhecidas em relação aos fatos alegadamente ocorridos a partir de 27 de abril de 1992, deixando a determinação da jurisdição e da admissibilidade – pertinentes aos eventos que aconteceram antes dessa data – para o julgamento do mérito.

Uma premissa elementar que permeia a aplicação da Convenção contra o Genocídio é a sua vinculação aos princípios que regem a aplicação de tratados de Direitos Humanos. Disso decorre a sucessão automática da Convenção e a continuidade das suas obrigações – uma consequência legal do imperativo de humanidade.

Posicionamento distinto conduziria a uma decisão contrária ao propósito da Convenção, privando-a, possivelmente, do seu *effet utile*. Entretanto, a CIJ sequer enfrentou o debate, esquivando-se do tema. O juiz A. A. Cançado Trindade, contrapondo-se a essa omissão, defendeu, em seu voto dissidente, a imperatividade do princípio da humanidade, ressaltando seu reconhecimento pela jurisprudência recente dos tribunais internacionais.

O debate, assim, torna-se ainda mais relevante diante da decisão que esvazia o sentido da Convenção contra o Genocídio, na medida em que um grupo específico é privado da garantia de um direito destinado a proteger a pessoa humana, essencialmente, *victim-oriented*.

a) Os argumentos das partes

A Sérvia contestou a jurisdição da CIJ para julgar os eventos ocorridos antes de 27 de abril de 1992, alegando que os mesmos não se enquadram no escopo do artigo 9¹¹ – que regula a interpretação,

10 *United Nations doc. A/46/915, Ann. II*, citado no *CIJ Reports 2008*, pp. 446-447, para. 98.

11 O artigo 9º da Convenção contra o Genocídio dispõe: “As controvérsias entre as Partes Contratantes relativas à interpretação, aplicação ou execução da presente Convenção, bem como as referentes à responsabilidade de um Estado em matéria de genocídio ou de qualquer dos outros atos enumerados no art. III, serão submetidas à Corte Internacional de Justiça, a pedido de uma das Partes na controvérsia.”

aplicação e execução da Convenção contra o Genocídio –, uma vez que a RSFI era parte do tratado antes desta data, mas não a RFI (hoje, Sérvia). Por isso, a Convenção não poderia ser aplicada retroativamente a um Estado que não estava por ela obrigado.

No que tange à admissibilidade do pedido croata, a Sérvia reafirmou que fatos registrados antes da existência oficial da RFI não poderiam ser a ela atribuídos, articulando esse argumento como alternativo àquele usado para negar a jurisdição. Ainda, como uma alternativa adicional, argumentou que o pedido é inadmissível, uma vez que os fatos dos quais é acusada de ser autora aconteceram antes de 08 de outubro de 1991 – data em que a Croácia se tornou oficialmente um Estado independente, e vinculada à Convenção contra o Genocídio.

A Croácia reafirmou a jurisdição da Corte para julgar todo o período e destacou a ausência de causas para sua inadmissibilidade. O elemento principal da argumentação croata defendeu que a Convenção contra o Genocídio estava em vigor na totalidade do território onde os fatos foram praticados, durante todo o período do conflito. Também ressaltou que a RFI surgiu diretamente da RSFI, tendo o “novo” Estado assumido o controle dos órgãos do “antigo” Estado que estava sendo dissolvido no decorrer de 1991. A Croácia afirmou, ainda, que a declaração feita pela RFI em 1992, reconhecida pela Corte em 2008 como notificação de sucessão, tem efeitos sucessórios relativos às obrigações previstas na Convenção contra o Genocídio, constituindo a continuidade da sua aplicação.

Ainda, ao apontar a inexistência de limitação temporal expressa no artigo IX, alertou que a restrição da jurisdição a eventos que ocorreram após 27 de abril de 1991 provocaria um “*time gap*” na proteção garantida, o que não poderia acontecer; a RFI já era um Estado *in statu nascendi* em meados de 1991 e a RSFI já não era mais um Estado em operação. Para embasar sua afirmativa, a Croácia recorreu ao princípio que alegadamente pertence ao costume de Direito Internacional mencionado no artigo 10 (2) do *Draft Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, da Comissão de Direito Internacional da ONU.

Article 10 - Conduct of an insurrectional or other movement

2. The conduct of a movement, insurrectional or other, which succeeds in establishing a new State in part of the territory of a pre-existing State or in a territory under its

administration shall be considered an act of the new State under international law.

Por fim, sustentou que a Convenção contra o Genocídio não é um conjunto de obrigações sinalagmáticas; ao contrário, cria obrigações *erga omnes* e estava em vigor para a proteção da população da Croácia em todo o período relevante.

b) A decisão da Corte

Retroatividade

A CIJ decidiu, inicialmente, antes de deliberar sobre a sucessão do Estado, que a Convenção contra o Genocídio não se aplica a eventos que ocorreram antes da data da vinculação do Estado via ratificação. A Corte fundamentou-se no artigo 28 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados¹², que consagra a irretroatividade dos tratados como regra geral. Afirmou, também, que não há na Convenção contra o Genocídio – nem no conteúdo dos trabalhos preparatórios – algo que possibilite uma conclusão diversa.

A Corte ponderou que o artigo 9º não é uma disposição geral para a resolução de litígios. Portanto, restringiu a jurisdição prevista neste dispositivo para controvérsias entre Estados-parte, em relação à interpretação, aplicação ou execução das disposições materiais, incluindo a responsabilização de um Estado por genocídio ou pelos atos elencados no artigo 3º da Convenção. Assim, o escopo temporal contido no artigo 9º seria, necessariamente, ligado ao escopo temporal das demais disposições do tratado, o que conduziu a Corte a concluir que as disposições materiais não podem ser impostas ao Estado por fatos que supostamente ocorreram antes da sua vinculação à Convenção.

O reconhecimento da jurisdição da CIJ

A Corte descartou, de forma sintética, a pertinência do artigo 10 (2) do *Draft Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, da Comissão de Direito Internacional da ONU, no caso concreto. Sustentou que, mesmo se declarado como costume de

12 Art. 28 da CVDT – “A não ser que uma intenção diferente se evidencie do tratado, ou seja estabelecida de outra forma, suas disposições não obrigam uma parte em relação a um ato ou fato anterior ou a uma situação que deixou de existir antes da entrada em vigor do tratado, em relação a essa parte.”

Direito Internacional à época, esse dispositivo diz respeito apenas aos atos atribuídos ao novo Estado. Logo, com base nesse artigo, nenhuma obrigação seria imposta ao novo Estado ou ao movimento que o originou.

Diante disso, e reconhecendo que a RFI se obriga à Convenção contra o Genocídio somente a partir de 27 de abril de 1992, a CIJ concluiu que o artigo 10 (2) não teria o efeito de incluir no escopo do artigo 9º da Convenção contra o Genocídio os atos praticados pela Sérvia antes dessa data; poderiam, no máximo, violar o costume do Direito Internacional que proíbe o genocídio.

Em seguida, referindo-se ao argumento alternativo apresentado pela Croácia, que defende a sucessão da responsabilidade automática da RSFI (Estado-parte da Convenção contra o Genocídio) para a RFI – o que implicaria na sucessão das obrigações relativas aos atos praticados pela RSFI no período relevante – a Corte inicialmente declarou que a existência dos fatos relatados pela Croácia é incontroversa, e que o aspecto temporal do artigo IX não constitui uma barreira para a sua jurisdição. A CIJ decidiu, portanto, que tinha jurisdição para julgar o pedido apresentado pela Croácia em toda sua extensão temporal.

A decisão de mérito

Para decidir sobre a questão de mérito, a Corte avaliou os fatos com base no artigo II da Convenção, que fornece a definição de genocídio¹³. O artigo é constituído por dois elementos: o *actus reus*, correspondente aos atos perpetrados; e o *mens rea*, definido pela intenção do agente (elemento mental).

Considerando a maior subjetividade deste último, a CIJ ressaltou que *“The ‘intent to destroy, in whole or in part, a national, ethnical, racial or religious group as such’ is the essential characteristic of genocide, which distinguishes it from other serious crimes. It is regarded as a dolus specialis, that is to say a specific intent, which, in*

13 O artigo 2 dispõe: *“Na presente Convenção, entende-se por genocídio qualquer dos seguintes atos, cometidos com a intenção de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso, tal como:*

- (a) assassinato de membros do grupo;*
- (b) dano grave à integridade física ou mental de membros do grupo;*
- (c) submissão intencional do grupo a condições de existência que lhe ocasionem a destruição física total ou parcial;*
- (d) medidas destinadas a impedir os nascimentos no seio do grupo;*
- (e) transferência forçada de menores do grupo para outro grupo”*

*order for genocide to be established, must be preset in addition to the intent required for each of the individual acts involved (I.C.J. Reports 2007 (I), p. 121, para.187).*¹⁴

Ao avaliar separadamente cada um desses elementos diante dos fatos, a CIJ concluiu que atos praticados pela JNA e por forças sérvias enquadram-se nas alíneas (a) e (b) do artigo II da Convenção; o *actus reus* de genocídio foi estabelecido. Entretanto, afirmou ter a Croácia fracassado em demonstrar que a *intenção* de destruir, no todo ou em parte, o grupo croata, era a única inferência razoável – e possível – para justificar o padrão de conduta praticado pela Sérvia.

A Corte julgou que faltou a intenção específica aos fatos por ela reconhecidos como *actus reus* de genocídio, o que é requerido para a caracterização de atos de genocídio. Além disso, destacou que o promotor do Tribunal Penal Internacional para a antiga Iugoslávia nunca indiciou um indivíduo por ter cometido crime de genocídio contra a população croata no contexto dos conflitos armados ocorridos no território da Croácia entre 1991 e 1995.

Diante disso, sob a alegação de que a Croácia não conseguiu provar o *dolus specialis*, o pedido principal foi julgado totalmente improcedente¹⁵.

Concluindo, portanto, não haver provas capazes de estabelecer o elemento subjetivo, o tribunal afirmou não ser obrigado a se pronunciar sobre atos praticados pela Sérvia antes de 27 de abril de 1992 e, com isso, restou silente quanto à possibilidade de sucessão da responsabilidade em casos de sucessão de Estado.

B. Crítica do juiz A. A. Cançado Trindade apresentada no voto dissidente

Em oposição à decisão da CIJ, A. A. Cançado Trindade demonstrou as violações do Direito Internacional ocorridas durante os eventos mencionados pela Croácia. Julgou, também, ser a Sérvia responsável por tais violações, reconhecendo a sucessão automática da Convenção contra o Genocídio no processo concomitante de extinção da RSFI e criação da RFI.

14 *Aplicação da Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime o Genocídio (Croácia v. Sérvia)*, CIJ, Decisão de 03.02.2015, para. 132, p. 56.

15 O pedido apresentado pela Sérvia na reconvenção também foi julgado improcedente.

Esse posicionamento é acertado, pois, pautando-se por uma avaliação precisa dos fatos relatados pelas partes, o juiz ressaltou a necessidade de um julgamento que observasse os fundamentos de um tratado de Direitos Humanos, com destaque à imperatividade do princípio de humanidade.

a) A aplicação da Convenção contra o Genocídio como um Tratado de Direitos Humanos

Um tratado de Direitos Humanos é *people-centered* e deve funcionar como um mecanismo de garantia coletiva. Ao contrário dos tratados internacionais que regulam as relações estatais entre si, as normas de Direitos Humanos consagram a primazia da proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos em detrimento dos interesses exclusivos dos Estados.

A Convenção contra o Genocídio é reconhecidamente um tratado de Direitos Humanos e aborda a responsabilidade direta do Estado (além da individual). No âmbito do Direito Internacional, as implicações jurídicas extraídas dessa classificação são significativas: com um processo hermenêutico próprio, não há submissão absoluta do indivíduo ao Estado.

Sobre o propósito da Convenção, é pertinente citar o entendimento da CIJ, expresso no Parecer Consultivo de 1951¹⁶, também lembrado pelo juiz A. A. Cançado Trindade¹⁷:

The origins of the Convention show that it was the intention of the United Nations to condemn and punish genocide as 'a crime under international law' involving a denial of the right of existence of entire human groups, a denial which shocks the conscience of mankind and results in great losses to humanity, and which is contrary to moral law and to the spirit and aims of the United Nations (Resolution 96(I) of the General Assembly, December 11th, 1946). The first consequence arising from this conception is that the principles underlying the Convention are principles which are recognized by civilized nations as binding on States, even without any conventional obligation. A second consequence is the universal character both of the

16 Parecer Consultivo sobre "Reservas à Convenção para a Prevenção e Repressão do crime o Genocídio", CIJ Reports (1951) p.23

17 Aplicação da Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime o Genocídio (Croácia v. Sérvia), CIJ, Opinião Dissidente do juiz Cançado Trindade de 03.02.2015, para. 26.

condemnation of genocide and of the Co-operation required 'in order to liberate mankind from such an odious scourge' (Preamble to the Convention).

Emerge, a partir dessa perspectiva orientada para a proteção do ser humano, a necessidade de serem consideradas as especificidades e as diferenças jurídicas durante a aplicação da Convenção, por um tribunal internacional, em casos de crimes cometidos por um Estado contra grupos de indivíduos. Valer-se de idêntico processo hermenêutico diante de réus com personalidades jurídicas distintas – Estados e indivíduos – ameaça a própria efetividade da Convenção, como ressalta o juiz A. A. Cançado Trindade no seu voto dissidente.

Essa é uma importante crítica à decisão proferida pela CIJ, que desconsidera tal diferenciação na condução da sua argumentação, ao adotar uma interpretação da Convenção estadocêntrica. A conduta do JNA e das forças sérvias provocariam a aplicação da Convenção e a responsabilização da RFI pelos fatos ocorridos antes de 27 de abril de 1992. A sua proclamação como Estado, nesta data, apenas oficializou a situação *de facto* existente durante a dissolução da RSFI: os líderes da RSF já tinham assumido o controle dos principais órgãos da RSFI, e o território já havia sido dividido – o que não foi, em nenhum momento, contestado pela Sérvia.

Além disso – e principalmente –, tratados como os de Direitos Humanos possuem natureza especial, reconhecida pela CIJ no seu Parecer Consultivo de 1951, sobre *Reservas à Convenção contra o Genocídio*, segundo o qual a Convenção possui um “*special and important purpose*” que garante “*the most elementary principles of morality*”. Acrescentou, ainda, que os princípios da Convenção vinculam os Estados “*even without any conventional obligation*”. Inclusive, em 1995, fez várias menções à natureza especial da Convenção conta o Genocídio como um tratado universal de Direitos Humanos para reconhecer sua jurisdição no caso do Genocídio na Bósnia.

Nesse mesmo sentido, durante o período das barbáries que ocorriam na região da ex-Iugoslávia, a Resolução 1993/23 de 05 de março de 1993 da Comissão de Direitos Humanos da ONU afirmou que o Estado sucessor “*shall succeed to international human rights treaties to which the predecessor States have been parties and continue to bear responsibilities*”¹⁸.

18 Terceiro parágrafo do preâmbulo.

Em face do caso concreto delineado pela disputa protagonizada por Croácia vs. Sérvia, que evoca a dissolução de um Estado (RSFI) em meio à extrema violência protagonizada pela JNA – que era um órgão *de facto* do nascente Estado sérvio –, A. A. Cançado Trindade assevera que seria muito artificial defender que a Convenção vinculava a RSFI até o seu desaparecimento formal, quando não mais poderia responder pelo descumprimento das obrigações internacionais. Isso seria contrário ao desígnio de proteger a existência de determinados grupos humanos, no momento em que se encontram mais vulneráveis. Eliminar a responsabilidade de um Estado em relação às suas obrigações internacionais junto com o seu desaparecimento jurídico significaria, portanto, subtrair a relevância da Convenção contra o Genocídio¹⁹.

O voto dissidente defendeu a sucessão automática dos tratados universais de Direitos Humanos. Reconheceu que a Sérvia havia sucedido as responsabilidades e a vinculação à Convenção, com base no costume internacional e à luz do seu caráter declaratório e da necessidade de proteção efetiva dos direitos nela consagrados, sem a necessidade de qualquer confirmação formal.

Outros elementos importantes a serem considerados, ao lado da aplicação da Convenção por força do costume internacional, seriam, segundo A. A. Cançado Trindade, a declaração feita pela Sérvia e a nota endereçada ao Secretário-Geral da ONU, ambas mencionadas anteriormente. Nesses documentos, o juiz reconheceu expressamente a continuidade do Estado e da personalidade política e internacional da RSFI, bem como a sua obrigação de respeitar os compromissos internacionais assumidos pelo Estado dissolvido, inclusive a sua permanência como Estado membro dos tratados. Isso evidencia, com clareza, a continuação da vinculação à Convenção contra o Genocídio, da qual a RSFI era parte.

b) O imperativo do princípio de humanidade

Diante a omissão da CIJ sobre essa questão jurídica de expressiva importância, o juiz A. A. Cançado Trindade rebateu os argumentos da Corte. Afirmou que a sucessão automática da Convenção contra o Genocídio e das suas obrigações é um imperativo de humanidade.

¹⁹ *Croácia v. Sérvia (Opinião Dissidente)*, *op. cit.*, p. 13.

The corpus juris gentium for the international safeguard of the rights of the human person is conformed by the converging trends of protection of the International Law of Human Rights, of the International Humanitarian Law, and of the International Law of Refugees⁶⁵. The rights protected thereunder, in any circumstances, are not reduced to those “granted” by the State: they are inherent to the human person, and ought thus to be respected by the State. The protected rights are superior and anterior to the State, and must thus be respected by this latter, by all States, even in the occurrence of State disruption and succession. It has taken much suffering and sacrifice of succeeding generations to learn this. The aforementioned corpus juris gentium is people-oriented, victim-oriented, and not at all State-sovereignty oriented.²⁰

O voto dissidente fez-se necessário diante da gravidade do caso em questão; ressaltou que o *corpus juris gentium* não pode ser minado pelas vicissitudes da sucessão de Estado e que a população não pode ser submetida a tais vicissitudes quando a sucessão ocorre em meio a intensa violência.²¹ Seres humanos extremamente vulneráveis devem ser protegidos pelo Direito Internacional, especialmente contra a brutalidade perpetrada por Estados.

O juiz A. A. Cançado Trindade asseverou que “*After all, States exist for human being, and not vice-versa*”, razão pela qual a proteção da pessoa humana consagrada pelo *corpus juris gentium* é anterior e superior ao Estado.²² Nesse sentido, ressaltou o alinhamento do princípio da humanidade com o direito natural: o *jus gentium*, como concebido²³, foi inspirado pelo princípio de humanidade *lato sensu* – a consciência humana prevalece diante da vontade individual do Estado.²⁴

20 *Ibid.*, p. 20, para. 58.

21 *Ibid.*, p. 21, para. 60

22 *Ibid.*, p. 21, para. 62-63.

23 *Ibid.*, p. 24, para. 73. “*Humaneness came to the fore even more forcefully in the treatment of persons in situation of vulnerability, or even defencelessness, such as those deprived of their personal freedom, for whatever reason. The jus gentium, when it emerged as amounting to the law of nations, came then to be conceived by its “founding fathers” (F. de Vitoria, A. Gentili, F. Suárez, H. Grotius, S. Pufendorf, C. Wolff) as regulating the international community constituted by human beings socially organized in the (emerging) States and co-extensive with humankind, thus conforming the necessary law of the societas gentium.*”

24 A.A. Cançado Trindade, *A Humanização do Direito Internacional*, Belo Horizonte/Brasil, Editora Del Rey, 2006, pp. 9-14, 172, 318-319, 393 e 408.

Assim, o princípio da humanidade – reconhecido pela jurisprudência de tribunais internacionais contemporâneos – permeia todo o *corpus juris* de proteção da pessoa humana²⁵, incluindo o Direito das Nações Unidas. Sua ampla dimensão indica que deve ser aplicado em diversas circunstâncias que envolvam o poder público e o ser humano submetido à jurisdição do Estado, seja em tempos de paz ou em tempos de conflitos armados.²⁶

II - A TIMIDEZ DA CIJ NA INTERPRETAÇÃO DAS EVIDÊNCIAS NA APLICAÇÃO DA CONVENÇÃO CONTRA O GENOCÍDIO

Não há dúvidas de que o genocídio é uma das barbáries mais horrendas da história da humanidade. A Convenção contra o Genocídio nasceu com os propósitos de preveni-lo e de punir os indivíduos e Estados que vierem a cometer os atos nela tipificados. A obrigação de respeitar os Direitos Humanos na esfera individual determina, justamente, a responsabilidade do Estado.

Por isso, um sério problema se evidencia diante da exigência de um alto nível de provas em matéria de Direitos Humanos, como o fez a CIJ no caso em análise. A decisão da Corte, como mencionado até aqui, absteve-se de assumir uma posição sobre a sucessão de Estado, reflexo de uma avaliação mal conduzida dos fatos e das provas apresentadas pelas partes.

A consequência disso foi a conclusão de que a Croácia não conseguiu provar o *dolus specialis*. De acordo com a Corte, em que pese o reconhecimento de que os atos praticados pelo JNA e pelas forças sérvias contra membros do grupo de croatas caracterizam os atos descritos nas alíneas (a) e (b) do artigo II da Convenção, a Croácia não teria provado a *intenção* sérvia de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso – razão pela qual indeferiu a totalidade do pedido croata.

O presente caso demanda, entretanto, uma interpretação diversa daquela dogmática e *estadocêntrica* oferecida pela Corte. A Convenção contra o Genocídio é eminentemente centrada no indivíduo: nada mais natural que a sua aplicação também o seja.

É, portanto, possível concluir que pontos basilares foram negligenciados na construção dos argumentos jurídicos que

25 É composto pelo Direito Internacional Humanitário, Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Direito Internacional dos Refugiados.

26 *Croácia v. Sérvia (Opinião Dissidente)*, *op. cit.*, p. 27, para. 84.

fundamentam o julgamento. Esse posicionamento compartilha da racionalidade exposta no voto dissidente; evidencia a inadequação da identificação do *actus reus* de genocídio (A) e o problema jurídico imposto pelo alto padrão de prova estabelecido pela CIJ (B).

A. A inadequação da identificação do *actus reus* de genocídio

O crime de genocídio é definido pelo artigo 2º da Convenção contra o Genocídio nos seguintes termos:

Na presente Convenção, entende-se por genocídio qualquer dos seguintes atos, cometidos com a intenção de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso, tal como:

- (a) assassinato de membros do grupo;
- (b) dano grave à integridade física ou mental de membros do grupo;
- (c) submissão intencional do grupo a condições de existência que lhe ocasionem a destruição física total ou parcial;
- (d) medidas destinadas a impedir os nascimentos no seio do grupo;
- (e) transferência forçada de menores do grupo para outro grupo.

De acordo com esse dispositivo, são necessários dois elementos para a caracterização do genocídio: *actus reus*, ato perpetrado, indicando o elemento físico; e *mens rea*, intenção do agente, indicando o elemento intelectual. Ambos estão interligados, e a identificação do *mens rea* depende da cuidadosa análise dos atos perpetrados.

Sobre esse aspecto, uma crítica à verificação feita pela CIJ deve ser registrada. No presente caso, a Corte falhou ao não realizar uma abordagem completa e sistêmica do padrão de conduta estabelecido pelo JNA e pelas forças sérvias. A complexidade do crime de genocídio reside, exatamente, na identificação de um padrão sistêmico e generalizado de ataques e destruição contra determinado grupo.

No contexto fático, muitos dos vilarejos e municípios mencionados pela Croácia foram alvos de completa destruição – sem alvos militares – em meio a extrema violência. Uma análise atomizada dos acontecimentos torna vulnerável e atacável um julgamento que nela se baseia. É isso o que ocorre com a decisão do

caso que opõe Croácia vs. Sérvia; a Corte optou por excluir da sua argumentação alguns vilarejos e municípios – detalhe relevante bem pontuado no voto dissidente²⁷.

Isso pode ser atestado pela explicação dada pelo tribunal, ao alegar que não considerava necessário lidar de maneira separada com cada incidente mencionado pela Croácia, nem compilar os atos alegados de forma exaustiva. O tribunal definiu que iria focar em localidades citadas no procedimento oral como exemplos de atos sistêmicos e generalizados, a partir dos quais a intenção de destruir (no todo ou em parte) um grupo protegido poderia ser (ou não) inferida.²⁸

É razoável alegar que essa perspectiva de seletividade dos municípios contaminou o exame dos fatos pela Corte. Considerando a importância do caso concreto, bem como a necessidade de se inferir a intenção do Estado sérvio na prática dos atos tipificados no artigo 2º da Convenção, uma avaliação mais compreensiva e abrangente seria adequada, tendo em vista que o crime de genocídio é cometido por meio da conduta sistêmica do agente. Por isso, todos os atos praticados contra um mesmo alvo – o grupo de croatas – sem exceção, deveriam ser entendidos como uma unidade composta por múltiplos eventos ocorridos em períodos e locais distintos. Só assim a avaliação das provas poderia levar a uma conclusão seguramente consistente e, conseqüentemente, à justa aplicação da Convenção contra o Genocídio.

Após a apuração das provas, que incluíram a oitiva das testemunhas, a Corte concluiu que o *actus reus* das alíneas (a) e (b) do artigo 2 da Convenção contra o Genocídio fora estabelecido. Ficou comprovado, pois, que os atos praticados pelo JNA e pelas forças sérvias, no período em que a CIJ reconheceu a sua jurisdição (a partir de 27 de abril de 1992), correspondem a assassinato de membros da população croata (civis) e a dano grave à integridade física ou mental do grupo²⁹.

É importante notar que A. A. Cançado Trindade, em seu voto dissidente, vai além. Após avaliar a totalidade das provas, com especial atenção às de origem testemunhal, julgou que as mesmas comprovam as atrocidades cometidas em certas localidades e fornecem a evidência do padrão sistêmico de destruição caracterizado

27 *Ibid.*, p. 115.

28 *Croácia v. Sérvia (Decisão)*, *op. cit.*, para. 203.

29 *Ibid.*, para. 401, p. 110.

pelos atos mencionados acima ((a) e (b) do artigo 2). Reconheceu, também, a submissão intencional do grupo da população croata a condições de existência que lhe ocasionaram a destruição física total ou parcial, estabelecendo o *actus reus* da alínea (c) do artigo 2 da Convenção³⁰.

Apesar da comprovação do *actus reus*, a Corte deveria prosseguir seu julgamento para identificar o *mens rea*, o segundo elemento definidor do crime de genocídio. Entretanto, além da metodologia de análise contestada acima, outro problema pode ser destacado. Parte significativa dos fatos mencionados pela Croácia, alegadamente praticados pelo JNA e pelas forças sérvias, não integraram o exame feito pela Corte, pois correspondem ao período anterior a 27 de abril de 1992. Como a CIJ não se manifestou sobre a sua jurisdição em relação aos crimes praticados antes dessa data, não foram objeto de apreciação.

A correta identificação do *actus reus* e do *mens rea* no caso concreto foi prejudicada por essa omissão. Como já mencionado, a Corte julgou que a Croácia não foi bem sucedida em provar a intenção do Estado sérvio de destruir o grupo de croatas (ou parte dele), quando a RFI, reconhecidamente, destruiu parte deste grupo com extrema violência: assassinou e causou grave dano à integridade física ou mental de grupos de civis croatas. Em face dessa conclusão, torna-se necessária uma abordagem sobre o problema jurídico imposto pelo alto patamar de prova estabelecido pela CIJ para a comprovação do elemento intelectual, o *mens rea*.

B. O problema jurídico imposto pelo alto padrão de prova estabelecido pela CIJ: a difícil – quase impossível – identificação da intenção genocida

A Corte destacou que “a intenção de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso, tal como” é a característica essencial do genocídio, que o distingue de outros crimes graves. Ainda, acrescentou que o *dolus specialis*, a intenção específica, deve estar presente, além da intenção necessária em cada ato individual envolvido³¹.

Para expressar o seu posicionamento diante da ausência de um plano expresso que manifeste diretamente a intenção de cometer

30 *Croácia v. Sérvia (Opinião Dissidente)*, *op. cit.*, p. 123-124, para. 459.

31 *Croácia v. Sérvia (Decisão)*, *op. cit.*, p. 56, para. 132.

genocídio, e para esclarecer o processo pelo qual tal intenção pode ser inferida a partir de uma conduta individual de atos contemplados no artigo 2º da Convenção, a CIJ recorreu a sua decisão proferida no caso *Bósnia e Herzegovina v. Sérvia* (2007)³².

[t]he *dolus specialis*, the specific intent to destroy the group in whole or in part, has to be convincingly shown by reference to particular circumstances, unless a general plan to that end can be convincingly demonstrated to exist; and for a pattern of conduct to be accepted as evidence of its existence, it would have to be such that it could only point to the existence of such intent.³³

Interpretou essa passagem para pontuar que a noção de razoabilidade deveria ser, necessariamente, entendida como implícita na fundamentação da sua decisão. Portanto, para inferir a existência do *dolus specialis* num padrão de conduta, seria necessário que essa intenção fosse a única inferência que razoavelmente pudesse ser extraída dos atos em questão³⁴.

De forma sumária, após analisar os fatos – maculados pelo problema metodológico explicitado acima –, declarou que as provas produzidas pela Croácia não levavam à conclusão de que houve intenção de destruir, no todo ou em parte, os croatas na região em causa.

Em contraste com a decisão da Corte, A. A. Cançado Trindade entendeu que, após uma análise cumulativa dos documentos do processo como um todo, é possível inferir a intenção de destruir, com base nas evidências oferecidas, mesmo que por meio de provas indiretas. A extrema violência nas atrocidades perpetradas – que foram detalhadamente analisadas – seria, em si, a prova dessa intenção. O padrão generalizado e sistêmico de destruição em todos os municípios, abrangendo os assassinatos em massa, tortura e espancamentos, desaparecimento forçado, estupro e outros crimes de violência sexual, e expulsão sistemática de casas (com êxodo em massa), fornece evidências para a inferência da existência de plano genocida com a intenção de destruir o grupo alvo³⁵.

32 *Ibid.*, p. 59, para. 145.

33 *CIJ Reports 2007 (I)*, pp. 196-197, para. 373.

34 *Croácia v. Sérvia (Decisão)*, *op. cit.*, p.60, para. 148.

35 *Croácia v. Sérvia (Opinião Dissidente)*, *op. cit.*, p. 124, para. 460-441.

O alto nível de prova exigido, incompatível com os direitos humanos protegidos pela Convenção contra o Genocídio, peca, *inter alias*, por desconsiderar: a jurisprudência de tribunais penais internacionais sobre a verificação da intenção genocida mediante inferência; a diferença dos patamares de provas entre a responsabilização penal individual e a responsabilização do Estado; e a diferença entre indiciamento de indivíduos perante o TPIY e a acusação de genocídio contra Estado perante a CIJ, no contexto dos ataques armados no período relevante.

A desconsideração da jurisprudência de tribunais penais internacionais em matéria de determinação do nível de prova

A inadequação do nível de prova exigido para se provar o *mens rea* do genocídio é ainda mais patente quando o posicionamento da Corte é confrontado com a jurisprudência dos tribunais penais internacionais, que considera que a intenção, sendo um elemento mental, é dificilmente determinada por provas diretas.

Assim, vale mencionar algumas das jurisprudências citadas pelo juiz A. A. Cançado Trindade³⁶. No caso *Akayesu*, o TPIR³⁷ (Câmara de Julgamento, decisão de 02.09.1998), alegou que

intent is a mental factor which is difficult, even impossible to determine”, and it decided that, “in the absence of a confession from the accused”, intent may be inferred from the following factors: a) “the general context of the perpetration of other culpable acts systematically directed against that same group”, whether committed “by the same offender or by others”; b) “the scale of atrocities committed”; c) the “general nature” of the atrocities committed “in a region or a country”; d) “the fact of deliberately and systematically targeting victims on account of their membership of a particular group, while excluding the members of other groups”; e) “the general political doctrine which gave rise to the acts”; f) “the repetition of destructive and discriminatory acts”; and g) “the perpetration of acts which violate, or which the perpetrators themselves consider to violate the very foundation of the group ³/₄ acts which are not in themselves covered by the list (...) but which are committed as part of the same pattern of conduct. (paras. 523-524)

36 *Ibid.*, pp. 124-125.

37 Tribunal Penal Internacional para a Ruanda, criado em 1994 pelo CSNU.

Em outra decisão, referente ao caso *Rutaganda*, o TPIR (Câmara de Julgamento, decisão de 06.12.1999) julgou que “[I]ntent can be, on a case-by-case basis, inferred from the material evidence submitted to the Chamber, including the evidence which demonstrates a consistent pattern of conduct by the Accused” (paras. 61-63).

Em seguida, no caso *Semanza*, o TPIR (Câmara de Julgamento, decisão de 15.05.2003) afirmou que o “perpetrator’s *mens rea* may be inferred from his actions” (para. 313). Da mesma forma, no caso *Bagilishema* (decisão de 07.06.2001), considerou que “evidence of the context of the alleged culpable acts may help the Chamber to determine the intention of the Accused, especially where the intention is not clear from what that person says or does” (para. 63).

O TPIY³⁸ também se manifestou a respeito da limitação das evidências para se comprovar a intenção genocida, baseada em inferência. No caso *Jelisić* (decisão de 05.07.2001), afirmou que,

As to proof of specific intent, it may, in the absence of direct explicit ‘evidence, be inferred from a number of facts and circumstances, such as the general context, the perpetration of other culpable acts systematically directed against the same group, the scale of atrocities committed, the systematic targeting of victims on account of their membership of a particular group, or the repetition of destructive and discriminatory acts. (para. 47).

De forma consistente, a jurisprudência dos tribunais penais internacionais define que, na ausência de evidencia documental, a prova do genocídio deve ser inferida a partir dos elementos fáticos que indiquem, por exemplo, prova de ação premeditada e de um plano ou política de Estado para destruir um grupo vulnerável de indivíduos.

A decisão da CIJ na aplicação da Convenção contra o Genocídio no caso Croácia v. Sérvia seguiu o sentido oposto do entendimento dos tribunais penais internacionais. Mesmo diante do reconhecimento da prática dos atos enumerados nas alíneas (a) e (b) do artigo 2º da Convenção, a Corte estabeleceu um patamar de prova tão alto que, possivelmente, seria impossível de se provar a intenção do Estado sérvio, dado que o elemento intelectual, praticamente, só pode ser identificado mediante inferência.

38 Tribunal Penal Internacional para a antiga Iugoslávia, criado em 1993 pelo CSNU.

A diferença entre o indiciamento de indivíduos perante o TPIY e a acusação de genocídio contra Estado perante a CIJ

Nessa direção, à luz do debate sobre os métodos de prova para definir a relevância e o peso probatório das evidências fornecidas pelas partes, a corte destacou que alguns fatos – frise-se *alguns* – foram objeto de processos penais perante o TPIY (alguns ainda não foram julgados).

Em relação ao valor probatório que estabeleceria para as acusações feitas pelo promotor do TPIY, a corte defendeu que, embora a falta de indiciamento de indivíduos pelo crime de genocídio não fosse prova definitiva da inexistência de genocídio, seria um fator significativo a ser considerado. Argumentou, ainda, que o caso referente ao ex-presidente Milošević incluía acusações de genocídio, mas que não se referiam às hostilidades na Croácia³⁹.

Em seguida, na esteira da sua breve justificativa sobre a razão pela qual havia decidido que o crime de genocídio não tinha sido caracterizado, antes de rejeitar a totalidade do pedido croata, a CIJ conferiu alto valor probatório à ausência de indiciamento por genocídio no TPIY: destacou que o promotor do TPIY não havia acusado qualquer indivíduo por crime de genocídio contra a população croata no contexto do conflito armado entre 1991-1995⁴⁰.

Essa fundamentação também é indevida. Significativas distinções, procedimentais e materiais, marcam o TPIY e a CIJ. O julgamento interestatal, de competência da CIJ, não pode ser equiparado ao julgamento de indivíduos, indiciados pelo promotor do TPIY, que ocorre na esfera criminal. Essa diferenciação confere ao promotor do TPIY alto grau de discricionariedade para decidir qual acusação será feita e, sendo o poder acusatório discricionário completamente distinto das prerrogativas de um juiz internacional – cuja atuação depende da provocação de um Estado –, a ecisão pode ser influenciada por uma série de fatores que fogem do domínio jurídico.

Além disso, o peso dado pela CIJ à ausência de acusação de genocídio no âmbito do TPIY é inadequado porque a acusação de um Estado por crime de genocídio corresponde a sua responsabilização pelo conjunto de todos os atos perpetrados que, juntos, formam um padrão generalizado e sistêmico de extrema violência e destruição. A conduta isolada de um indivíduo, julgado por crimes analisados de

39 *Croácia v. Sérvia (Decisão)*, *op. cit.*, p. 69, para. 187.

40 *Ibid.*, p. 120, para. 440.

forma particularizada pelo TPIY, não tem, necessariamente, o poder de delinear o crime sistêmico que é o genocídio.

Por isso, a acusação feita a um Estado, em bases bilaterais, por violação da Convenção contra o Genocídio, deve ser analisada pela Corte a partir de uma hermenêutica própria, dotada de mecanismos de garantia coletiva⁴¹ contra os abusos estatais. Isso significa dizer que a CIJ deveria reduzir o nível da prova exigida nos casos de responsabilização do Estado, dada a dificuldade de se produzir evidências documentais nos casos de violação de Direitos Humanos, como já mencionado. Entretanto, não o fez, destoando, também, da jurisprudência dos tribunais internacionais especializados em Direitos Humanos.

Os tribunais internacionais especializados em Direitos Humanos, que como a CIJ têm competência para julgar Estados, mostram-se mais cautelosos. Nesse sentido, A. A. Cançado Trindade destaca a relevância da jurisprudência⁴² da Corte Interamericana de Direitos Humanos e da Corte Europeia de Direitos Humanos, que exige um nível de prova menos elevado, considerando, inclusive, a inversão do ônus probatório diante de grave violação de Direitos Humanos.

Portanto, maculada pela fragilidade da metodologia adotada e pelos argumentos oferecidos, a *Aplicação da Convenção contra o Genocídio* no caso em que se opõem Croácia v. Sérvia abre um precedente perigoso: mina o *effet utile* da Convenção contra o Genocídio e não proporciona a reparação devida às vítimas das atrocidades perpetradas.

41 Sobre a noção de garantia coletiva, inerente aos tratados de direitos humanos, cf. A.A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, vol. II, Porto Alegre/Brazil, S.A. Fabris Ed., 1999, pp. 47-53.

42 *Croácia v. Sérvia (Opinião Dissidente)*, op. cit., pp. 30-35.

O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO FUNDAMENTO PARA A PRESERVAÇÃO DA IDENTIDADE CULTURAL

Francisco Luciano Lima Rodrigues

Doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco; Professor Titular do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional Mestrado/Doutorado da Universidade de Fortaleza – UNIFOR; Juiz de Direito.

Martonio Mont’Alverne Barreto Lima

Doutor em Direito pela Universidade de Frankfurt; Professor Titular do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional Mestrado/Doutorado da Universidade de Fortaleza – UNIFOR; Procurador do Município de Fortaleza.

INTRODUÇÃO

O momento vivenciado pela sociedade contemporânea, marcado pela influência das ideias oriundas do movimento denominado de globalização, tem colocado a identidade do indivíduo numa condição diferenciada na escala de valores, seja pela importância exacerbada do mercado que indica os comportamentos, seja pela prevalência da indústria cultural que mascara a violência social e desqualifica a importância da identidade cultural.

Neste contexto, vê-se a necessidade da preservação da identidade cultural como uma providência a cargo do Estado, com a colaboração dos cidadãos, no intuito, com a utilização de instrumentos de preservação do patrimônio cultural, material e imaterial, de assegurar a efetividade do princípio da dignidade da pessoa humana.

O presente artigo será dividido em duas partes; A primeira parte abordará o princípio da dignidade da pessoa humana, com a verificação das teorias que a alicerçam, desde o período romano, passando pela Idade Média com Tomás de Aquino e Picco Della Mirandola, até a contribuição de Immanuel Kant com o imperativo categórico, cuja ideia fortalece o atual conceito de dignidade humana por conceber o homem, não como um meio, mas como um fim. Para a discussão,

será trazida a obra de Hanna Arendt – A Condição Humana, com seu debate sobre a singularidade e a pluralidade humana, bem como a contribuição de Ingo Sarlet, no sentido de consolidar o papel da dignidade como indicador de uma unidade axiológica e legitimadora da ordem jurídica nacional.

A segunda parte do artigo se ocupará da análise da identidade cultural, a partir da constatação de uma crise, na qual se vê a necessidade do questionamento a respeito da importância da identidade cultural como sentimento de pertencimento a um determinado grupo social e sua fragmentação na pós-modernidade, sob os efeitos do fenômeno da globalização.

No desenvolvimento do tema se fará uma abordagem da identidade cultural, mesmo que breve, desde a Antiguidade, passando pela idade moderna e as influências advindas da religião, das revoluções científicas e filosóficas. Em seguida, verificar-se-á o conteúdo da identidade cultural na pós-modernidade, com a produção de reflexões a partir da obra de Adorno e Horkheimer.

O objetivo final do presente estudo se fixa na produção de uma reflexão sobre a importância da preservação da identidade cultural, seja materializada por bens tangíveis ou intangíveis, a partir da efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana, na perspectiva kantiana de que o homem é o fim e não o meio de todas as coisas e, portanto, a garantia de sua dignidade também se apresenta efetivada na possibilidade de se preservar sua identidade cultural.

1. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O princípio da dignidade da pessoa humana, como um dos fundamentos da República brasileira, confirma a opção do constituinte por tal princípio, como indicador de uma unidade axiológica e legitimadora da ordem jurídica nacional, incluindo os direitos fundamentais.

A construção do conceito de dignidade da pessoa humana, como se tem na atualidade, afirma Barretto (2013, pp. 69-70), deve-se a vários autores que estabeleceram o alicerce de uma teoria da dignidade da pessoa humana. Esta contribuição perpassa diversas fases da história da humanidade, desde o período romano onde ter dignidade estava relacionada à sua colocação na sociedade, ultrapassa a Idade Média com Tomás de Aquino, cuja ideia de dignidade do homem advém da dignidade de Deus e evolui com o pensamento

de Picco Della Mirandola, colocado na obra “Discurso sobre a Dignidade Humana”, cuja contribuição estaria, como afirma Moraes (2010, p. 116) no fato de ter feito em sua obra diversas alusões a *ratio theologica*, a par da *ratio philosophica*, sem, no entanto, estabelecer uma relação, comum à época, entre criador e criatura, aspecto que marcava a evolução do conceito de dignidade de um patamar divino para colocá-la numa direção antropocêntrica.

A Idade Moderna, com o iluminismo, trouxe considerável contribuição à consolidação do conceito de dignidade da pessoa humana a partir das ideias do filósofo Immanuel Kant, que teria, nas palavras de Barcellos (2008, p. 124), definido o homem como um fim em si mesmo – e não uma função do Estado, da Sociedade ou da nação – dispondo de uma dignidade ontológica. O direito e o Estado, continua Barcellos, ao contrário do que se imagina, é que deverão estar organizados em benefícios da pessoa, sendo fundamental a separação de poderes e a difusão da legalidade como forma de assegurar aos homens a liberdade de perseguirem seus objetivos individuais.

A obra de Kant trouxe uma nova perspectiva da questão da moralidade, que pode ser resumida no imperativo categórico, traduzido pela sentença: “Age de tal modo que a máxima de tua vontade possa sempre valer simultaneamente como um princípio para uma legislação geral”. A propósito, assevera Barroso (2008, p. 70) que

o imperativo categórico corresponde a uma ação que é boa em si mesma, independentemente do fato de servir a determinado fim. Ele é um padrão de racionalidade e representa o que é objetivamente necessário em uma vontade que esteja em conformidade com a razão. Esse imperativo categórico, ou imperativo de moralidade, foi enunciado por Kant em uma famosa proposição sintética: “Age de tal modo que a máxima da tua vontade (i.e., o princípio que inspira e move) possa se transformar em uma lei universal”. Note-se que em lugar de apresentar um catálogo de virtudes, uma lista do que fazer e do não fazer, Kant concebeu uma fórmula capaz de determinar a ação ética.

O imperativo categórico impõe um comportamento consoante o qual o ser humano não pode ser visto como um meio, mas como um fim. A pessoa é o centro das atenções, o ponto de convergência de tudo. Do imperativo resulta o reconhecimento da dignidade que,

como regra, deve ter o outro como referência. O importante é o respeito à singularidade do outro. Dentro deste contexto, merecem referência os ensinamentos de Arendt (2009, pp. 188-190)

A pluralidade humana, condição básica da ação e do discurso, tem o duplo aspecto e igualdade e diferença. Se não fossem iguais, os homens seriam incapazes de compreender-se e a seus ancestrais, ou de fazer planos para o futuro e prever as necessidades das gerações vindouras. Se não fossem diferentes, se cada ser humano não deferisse de todos os que existiram, existem ou vierem a existir, os homens não precisariam do discurso ou da ação para se fazerem entender. Com simples sinais e sons, poderiam comunicar-se imediatas e idênticas.

Ser diferente não equivale a ser outro – ou seja, não equivale a possuir essa curiosa qualidade de “alteridade”, comum a tudo o que existe e que, para a filosofia medieval, é uma das quatro características básicas e universais que transcendem todas as qualidades particulares. A alteridade é, sem dúvida, aspecto importante da pluralidade; é a razão pela qual todas as nossas definições são distinções e o motivo pelo qual não podemos dizer o que é uma coisa sem distingui-la de outra..... No homem, a alteridade, que ele tem em comum com tudo que existe, e a distinção, que ele partilha com tudo o que vive, tornam-se singularidade e a pluralidade humana é a paradoxal pluralidade de seres singulares.

Esta perspectiva de que o homem, dentro da sua pluralidade, é singular no sentido de que deve ser o fim e não o meio conduz ao entendimento de que ele não pode ser utilizado como instrumento para projetos pessoais de outro, mas é o Estado que deve servir à pessoa e não o contrário, reafirmando o primado da importância da dignidade como valor intrínseco a cada pessoa.

Apesar de a construção conceitual da dignidade da pessoa humana ter avançado consideravelmente desde o período romano até o início do século XX, os horrores da Segunda Guerra, em que a violação da dignidade da pessoa humana chegou ao grau da barbárie, fizeram surgir reações no plano internacional e nacional, seja pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, seja pela adoção do princípio da dignidade da pessoa humana como o valor máximo a ser observado na atuação tanto do Estado como dos organismos internacionais.

A inclusão da dignidade da pessoa humana nos textos internacionais e nas constituições, a partir da Segunda Guerra Mundial, consolidou entendimentos a respeito de seu conteúdo, mesmo reconhecendo o multiculturalismo, a diversidade das muitas etnias e das sociedades, estendendo sua abrangência ao respeito à integridade física, psíquica e corporal da pessoa, admitindo que há necessidades básicas sem as quais estaria violada a dignidade da pessoa humana, dentre elas a garantia de condições de moradia, saúde básica, educação e trabalho.

Ao lado do atendimento das mencionadas necessidades básicas da pessoa, carece, para o cumprimento da dignidade da pessoa humana, a adoção de tratamento igualitário e que impeça quaisquer tipos de discriminações, seja de ordem econômica, étnica, cultural, de opção sexual, religiosa ou política, cujo atendimento favorece uma igualitária participação política. A igualdade é pressuposto do atendimento das exigências mínimas do primado da dignidade da pessoa humana, sendo inadmissível para uma existência digna da pessoa seu tratamento como objeto. Neste sentido, afirma Sarlet (2007, p. 118)

O que se percebe, em última análise, é que onde não houver respeito pela vida e pela integridade física do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde a intimidade e identidade do indivíduo forem objeto de ingerências indevidas, onde sua igualdade relativamente aos demais não for garantida, bem como onde não houver limitação de poder, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana, e esta não passará de mero objeto de arbítrio e injustiças. A concepção do homem-objeto, como visto, constitui justamente a antítese da noção da dignidade da pessoa humana.

No Brasil, a Constituição Federal promulgada em 1988 trouxe, como um dos fundamentos da República, juntamente com outros também importantes, o atendimento ao princípio da dignidade da pessoa humana. Pode-se defender, como afirma Silva (2005, p. 38), que o constituinte, ao reconhecer a existência da dignidade da pessoa humana, transformou-a no valor supremo da ordem jurídica e, desta maneira, sendo um valor fundante da República, deixa de ser apenas um princípio de ordem jurídica para ostentar a qualidade de princípio na ordem política, social, econômica e cultural, trazendo

para si todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida.

É reconhecida a influência que a Constituição Portuguesa de 1975 exerceu sobre a Constituição brasileira, guardando ambas a semelhança de reservarem à dignidade da pessoa humana o papel de valor fundante da República. Acerca da importância da dignidade da pessoa humana, Canotilho (2003, p. 225) defende que tal princípio tem o papel de, frente às experiências de aniquilamento do ser humano (inquisição, escravatura, stalinismo, nazismo, dentre outros), servir como reconhecimento do *homo noumenon*, ou seja, do indivíduo como limite e fundamento do domínio político da República, entendida como uma instituição que serve ao homem e não o inverso. Expressaria, continua Canotilho (2003, p. 225), a dignidade da pessoa humana a ideia de comunidade constitucional inclusiva pautada pelo multiculturalismo mundividencial, religioso ou filosófico e, desta forma, a República portuguesa somente poderia conceber-se como ordem livre na medida em que não se identificasse com qualquer “tese”, “dogma”, “religião” ou “verdade” de compreensão da vida e do mundo.

Na ordem jurídica brasileira, a partir da atual Constituição, a dignidade da pessoa humana passou a ser o fundamento do sistema, servindo de base, parâmetro e limites de todo ele, ostentando uma superior fundamentalidade com relação aos demais princípios, sem que com isto coloque em descrédito a ausência de hierarquia entre os princípios e a sua superioridade frente às regras.

O lugar destinado à dignidade da pessoa humana na nova ordem constitucional, em que a pessoa é o centro das atenções, deita influência sobre todo o tecido constitucional, bem como o infraconstitucional, não sendo excluída sua importância para a preservação da identidade cultural.

Numa sociedade desigual como a brasileira, conservadora e patrimonialista, com uma indistigável dificuldade para reconhecer as diferenças sociais e combatê-las, o princípio da dignidade da pessoa humana é instrumento eficaz para que se impeça a coisificação do homem. Somado a este fato, tem-se a política neoliberal que, colocando em primazia o mercado, conduz o homem a uma situação em que, premido pela imposição da cultura de massa, vê-se, muitas vezes, negado ao homem seu direito de manter intacta sua identidade cultural.

Assim, a importância da dignidade da pessoa humana como um valor fundamental da república também se mostra indispensável à preservação da identidade cultural, merecendo a proteção do Estado, de forma a evitar que o homem seja consumido pela indústria cultural, deixando de ter suas próprias referências, a história de sua localidade, sendo considerado uma peça num equipamento que, para funcionar a serviço do mercado, não leva em conta a pessoa em sua individualidade, em sua singularidade e, dessa forma, ofende a dignidade de pessoa humana, uma vez que a expressão “dignidade da pessoa exige” para que se efetive a conscientização de que o homem é o fim e não o meio de todas as coisas.

2. IDENTIDADE CULTURAL

A constatação da existência de uma crise de identidade na atualidade trouxe para o centro da discussão a questão da importância da identidade cultural como sentimento de pertencimento a um determinado grupo social e sua fragmentação na pós-modernidade sob a influência dos efeitos da globalização.

A ideia de identidade na Antiguidade era marcada pelo entendimento de que o homem estava apoiado em tradições estáveis, imutáveis, fruto de uma dádiva divina, infenso, portanto, a modificações e que passou na Idade Moderna a adotar uma formulação, justificada por alguns fatos históricos, dentre eles a Reforma Protestante, as revoluções científicas e o Iluminismo, no sentido de ver a identidade como resultado de uma construção social, algo essencialmente dinâmico.

Com o surgimento da modernidade, passou a identidade a ser definida por tarefas que o indivíduo tinha de desempenhar ao longo da vida a fim de permanecer em determinada classe, mas que, ainda assim, era entendida como um ato de libertação do modelo anterior, no qual os costumes, a autoridade imutável e as rotinas submetiam o indivíduo às verdades inquestionáveis.

A identidade, com a evolução e o surgimento do Estado-Nação, passou a ser assunto do Estado, por ele gerenciado e devidamente manejado, de forma a impor uma mono-identificação, quer para fixar uma identidade única, como no caso da França, quer para definir uma identidade de referência, mesmo que admitindo uma pluralidade de culturas, como no caso dos Estados Unidos, consoante afirma Cuche (2002, pp. 188-192).

Imaginar, por conseguinte, que a identidade possa ser fruto de uma definição simples e única, que desconsidere a heterogeneidade dos grupos que formam determinada sociedade, seria negar que a conceituação de identidade resulta de uma complexa construção social, materializada na identidade nacional, fonte principal da identidade cultural.

A identidade nacional, portanto, seria formada por representações e símbolos que traduziriam o sentimento dos indivíduos em relação à própria nação, com os quais ele poderia se identificar, formando uma comunidade imaginada, em cujo contexto estariam três elementos: as memórias do passado, o desejo por viver em conjunto e a perpetuação de uma herança.

As expressões “identidade” e “diferença” não são antagônicas, mas, ao revés, se completam. A identidade tem referência com si própria, seria aquilo que se pensa – sou branco, por exemplo. A diferença é aquilo que se pensa do outro – ele não é branco. Ambos despertam comportamentos auto-referventes.

O questionamento sobre a diferença e a identidade somente teria sentido numa sociedade heterogênea, na qual, para a construção de identidades ou a constatação de diferenças, se teria por referência contraposições de pensamentos, costumes ou formas de conceber a vida e assim conduzi-la.

A heterogeneidade de uma sociedade, marcada pelas diferenças entre seus membros, seja com relação ao gênero, à cor, à raça, à classe social, não tem relevância para a formação de uma cultura nacional, desde que a identidade cultural seja unificada de modo a representar todos seus membros a partir de um sentimento de pertença.

Esta unidade em torno da identidade cultural não significa necessariamente a inexistência de tensão entre os membros da sociedade, marcada por diversos aspectos, dentre eles, os processos de conquistas pelo uso da violência que suprime pela força a diferença cultural; as diferenças de classes sociais, gênero e raça; a influência de algumas nações sobre a cultura dos colonizados, na expressão de Hall (2006, pp. 59-60), tudo com o intuito de tentar, cada um dos grupos, imprimir sua marca, demonstrando, com clareza, o fato de existir uma relação de poder na construção da identidade cultural.

Na modernidade, a questão da identidade estava centrada no sujeito, assim entendido no sentido cartesiano. Porém, na modernidade tardia (segunda metade do século XX), por conta

da influência de avanços na teoria social e nas ciências humanas algumas delas concebidas mesmo no século XIX constatou-se o deslocamento de uma identidade fixa, acabada, influenciada pelo modelo de Descartes penso, logo existo para produzir um sujeito com a identidade fragmentada, inacabada, contraditória, aberta, compatível com o homem da pós-modernidade.

A fragmentação da identidade que marca o homem pós-moderno, fruto da amplitude dos fluxos econômicos entre as nações, produz consequências diversas sobre a identidade nacional, ora contribuindo para uma homogeneização de culturas, envolvendo Estados diferentes, ora fortalecendo identidades locais como resistência à tentativa de homogeneização da cultura, resultando, outras vezes, no declínio de culturas para o surgimento de sucedâneas híbridas, todas, no entanto, com a marca efetiva das consequências do fenômeno da globalização.

Desta forma, qualquer abordagem sobre a identidade cultural na atualidade não pode dispensar reflexão sobre sua relação com globalização, termo que se incorporou ao cotidiano das pessoas, doutrina econômica-política, atualmente adotada pela quase totalidade das nações, muitas vezes relacionada com o progresso, e, em outras, apontada como responsável pelos diversos problemas que atingem a sociedade contemporânea.

Ao lado de promover crescimento científico-tecnológico no campo das ciências, com especial destaque à tecnologia da comunicação; o avanço da medicina; a formulação de uma nova conceituação de meio ambiente para além das fronteiras dos Estados, na tentativa de preservar recursos naturais, e, ainda, contribuir para a internacionalização da economia e abertura de mercados, a globalização também promove um considerável aumento da desigualdade social, por meio da crescente ameaça do domínio global por armas nucleares, como também pela forte influência das entidades internacionais de fomento sobre as políticas nacionais, pondo em risco a soberania nacional e, por consequência, determinando o descaso pela coisa pública e um aumento da pobreza.

Por mais contraditório que possa parecer, deve ser registrado que a eclosão do movimento de globalizar mercados, comunicações e pessoas corresponde exatamente aos períodos em que nacionalismos xenófobos prosperaram, desafiando os atores políticos internacionais como a Organização das Nações Unidas e os países de maior peso na

comunidade das nações, entre os quais o Brasil. Tais nacionalismos não se reduzem somente a reivindicações de caráter étnico ou espacial, modeladores da identidade cultural de qualquer sociedade a compartilhar uma história, língua e cultura comum. Estas ações avançam sobre a religião, distorcendo o significado histórico de escrituras dessas religiões e criando uma já conhecida forma de nacionalismo excludente religioso, denominado fundamentalismo. O interessante é perceber que as três mais significativas religiões mundiais – cristianismo, judaísmo e islamismo – apesar de suas tradições e discursos sagrados, não foram poupadas, a ponto de não somente se virem envolvidas na concepção da forma do fundamentalismo violento, como foram incapazes de contê-lo, na mesma simetria temporal em que se desenvolvia o apelo à globalização de mercados.

A adoção da globalização, como assinala Sigmund Bauman (2005, pp. 34-35) significa que o Estado não tem mais poder ou desejo – ou pelo menos relativiza-os - de manter uma união sólida e inabalável com a nação, uma vez que, encantado com a corte que lhe é feita pelo mercado, transferindo a maior parte de suas tarefas intensivas em mão-de-obra e capital aos mercados globais, enfraquecendo o sentimento de patriotismo, entregando-o às forças do mercado para, por ele, ser remodelado e utilizado como fonte de lucros no mercado dos esportes e do *show business*, por exemplo.

A debilidade da relação Estado-Nação importa como consequência a fragilidade do indivíduo para resistir aos efeitos da cultura de massa que pretende igualar a todos e, ao mesmo tempo, descaracterizar cada um dos indivíduos, tornando-os sem rosto, sem identidade e sem referências.

A quase perfeição de resultados obtidos pela cultura de massa, traduzida pela perda de sua referência pelo cidadão, conta com a ajuda da grande mídia, pela televisão ou pelos anúncios de publicidade, a induzirem uma homogeneidade de todos, indiferentemente de suas origens, de seus traços culturais, destruindo as particularidades regionais, às vezes nacionais, impondo um determinado padrão de beleza, uniformização do vestuário, padronização das expressões, empalidecendo a referência individual em face de suas origens. O objetivo é o favorecimento ocidental do modo de vida como uma tentativa válida e perene a todo o planeta, definindo-se como arcaico tudo o que a essa concepção for estranho.

Os efeitos da cultura de massas, especialmente no que diz respeito à indução para que o indivíduo deixe de dar importância à sua identidade, materializada pela história de sua localidade, as tradições de sua cidade, as formas de expressão, os modos de agir, fazer e viver, elementos formados dos bens culturais, aspecto fundamental a ser preservado no Estado Democrático de Direito, reclama uma incursão pela obra referencial de Adorno e Horkheimer, “Dialética do Esclarecimento”, na qual a expressão “indústria cultural” se utiliza para traduzir a massificação da cultura, proporcionando um aprisionamento da sociedade a fim de fundamentar o modo capitalista de produção.

Nesta obra, Adorno e Horkheimer (1985, p. 54) se utilizam, metaforicamente, para tratar da questão do acesso à cultura, do episódio das sereias, da Odisseia de Homero e, desta forma, abordar o sistema de dominação social em que se constitui a indústria cultural, fazendo referência a passagem em que Ulisses conta ao Rei Alcino, e à sua corte, a viagem ao Reino dos Mortos, onde teria resistido ao canto das sereias, mandando que os amarrassem ao mastro do navio, enquanto seus marinheiros tivessem os ouvidos tapados com cera para não se deixarem encantar por sons emitidos pelas sereias.

O triunfo de Ulisses sobre as sereias deve ser encarado como a transformação da magia do canto em arte, como a possibilidade de resistência, antes impossível, dos navegantes ao canto das sereias, como uma vitória por ter conseguido ouvir o canto das sereias sem por elas ser seduzido. Assim, consegue Ulisses condenar os poderes mágicos das sereias à ineficácia, transformando-o em expressão artística.

Por este episódio, Adorno e Horkheimer (1985, p. 54) enfatizam tanto a beleza como a impotência da arte, uma vez que o canto das sereias não teria mais o poder de ação, pois não teria conseguido que Ulisses a ele sucumbisse, como ocorre na sociedade fundada pela dominação, em que a arte, somente marcada pela impotência, sem força de transformação ou influência para forçar uma reflexão, é tolerada, afirmam Adorno e Horkheimer.

É simbólica a figura de Ulisses que, amarrado ao mastro e mantendo surdos os marinheiros, teve a possibilidade de ouvir o canto das sereias. É a própria relação do dominador sobre os dominados, e do dominador sobre si mesmo, resultando na constatação de que essa experiência, a fruição da arte, o acesso à cultura, só é possível

se for primeiramente reservada a poucos um privilégio de classes em termos marxistas e, ainda, e principalmente, se não levar a nenhuma ação prática relevante.

Merece, igualmente, uma reflexão, o papel dos marinheiros de Ulisses que tiveram seus ouvidos tampados e que nada escutavam, mesmo sem serem surdos, numa referência muito realista ao papel dos excluídos, os quais não possuem acesso às artes ou, se os tem, esse acesso é direcionado pela indústria cultural.

A consciência por parte do indivíduo da importância de sua própria identidade agride a ordem dominante e lhe causa temor, uma vez que, por ela, como consignam Adorno e Horkheimer (1985, p. 54), a indústria cultural teria o seguinte propósito: evitar por todos os meios que os povos abandonem a surdez, e ousem “ouvir o inaudito com os próprios ouvidos” e “tocar o intocado com as próprias mãos”.

A cultura de massa ou indústria cultural, como preferem Adorno e Horkheimer, fruto da globalização, não só mascara a violência social que separa a classe privilegiada do povo, como também, ao invés de denunciar a surdez das massas, acostuma-os a ouvir o mesmo disfarçado de novo, sem lhes conceder oportunidade de reação, descaracterizando a importância da identidade cultural.

Desta forma, discursar sobre artes, cultura ou qualquer outro aspecto que reflita a identidade cultural, somente faz sentido se se aplicam categorias da reflexão do concreto. Em outras palavras: o debate em torno da identidade cultural no mundo de hoje é, antes de tudo, um debate econômico e político, relevante para a manutenção – ou não do *status quo*.

CONCLUSÃO

Toda a argumentação desenvolvida teve a pretensão de demonstrar a importância da preservação da identidade cultural como uma conduta de concretização do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, demonstrando as dificuldades para o atingimento do objetivo de garantia de tal princípio num contexto marcado pela influência dos efeitos da globalização.

Observou-se que a força da indústria cultural, nos termos desenvolvidos por Adorno e Horkheimer (1985, p. 54), conduz à perda da importância da identidade cultural do indivíduo movido pelo “canto da sereia” que o faz acreditar na desimportância de sua história, de suas formas de fazer, criar e agir, em nome de uma falsa

ideia que leva o homem à massificação da cultura, proporcionando um aprisionamento da sociedade para fundamentar o modo capitalista de produção.

A perda de identidade cultural pelo indivíduo propicia, por consequência, a perda de sua referência como pessoa, com uma devastadora uniformização de condutas que faz com que todos tenham o mesmo rosto e, ao mesmo tempo, não tenham rosto nenhum.

Esta danosa uniformidade de pensamento resulta na perda da identidade cultural, ofende gravemente a garantia da preservação do princípio da dignidade da pessoa, na medida em que nega o imperativo categórico kantiano, pelo qual o homem é fim e não o meio de todas as coisas. Além disso, nega a necessidade do respeito às diferenças de culturas, providência confirmatória da igualdade e da dignidade da pessoa, apesar das distinções, singularidades e pluralidades do homem, como afirma Hanna Arendt (2009, p.188), ao dizer que “no homem, a alteridade, que ele tem em comum com tudo que existe, e a distinção, que ele partilha com tudo o que vive, tornam-se singularidade e a pluralidade humana é a paradoxal pluralidade de seres singulares”.

REFERÊNCIAS

ADORNO, Theodor e HORKHEIMER. *Max, Dialética do Esclarecimento*. Trad. Guido de Almeida. São Paulo: Jorge Zahar, 1985.

ARENDT, Hanna. *A condição Humana*. Trad. Roberto Raposo. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009.

BAUMAN, Sigmunt. *Identidade: entrevista a Benedetto Vecchi*. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2005.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARRETTO, Vicente de Paulo. *O fetiche dos direitos humanos e outros temas*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

BARROSO, Luis Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro. In: *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações*

privadas, Luis Roberto Barroso (Org.). 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CUCHE, Denys. *A noção de cultura nas ciências sociais*. Trad. Viviane Ribeiro. 2ª ed. Bauru: EDUSC, 2002.

HALL, Stuart. *A identidade cultural na pós-modernidade*. Trad. Tomaz Tadeu da Silva e Guacira Lopes Louro. 11ª ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2006.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 9ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

O RESPEITO À DIGNIDADE HUMANA DOS IMIGRANTES NO CONTEXTO DA GLOBALIZAÇÃO: TRABALHO, CIDADANIA E POLÍTICAS PÚBLICAS¹

Gina Vidal Marcílio Pompeu

Doutora em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE); Coordenadora e Professora do Programa de Pós-Graduação de Mestrado e Doutorado em Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza (UNIFOR).

Nardejane Martins Cardoso

Mestranda pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza (UNIFOR); Bolsista da Fundação Cearense de Apoio ao Desenvolvimento e Tecnológico – FUNCAP.

INTRODUÇÃO

As imigrações existem na história humana, a partir do momento em que o homem percebeu a necessidade de se mudar do local em que se encontrava por algum motivo voluntariamente ou de modo forçado. Seja por necessidades econômicas, catástrofes naturais, guerras, busca por melhor qualidade de vida, oportunidades, o fenômeno da imigração pode ocorrer.

No contexto do século XXI, constata-se, por intermédio do processo intenso de globalização, que o fluxo de informações, mercadorias e pessoas tem-se tornado mais rápido e volátil. Diante das facilitações, um número maior de indivíduos, famílias e grupos tendem a deixar suas localidades de origem e migrar, para outra cidade, estado ou país. Segundo ata da 68^a Assembleia das Nações Unidas de 2013, cerca de 232 milhões de pessoas deixaram seus países de origem, em busca de melhores condições de vida, trabalho, qualificação, refúgio etc.

1 Trabalho desenvolvido por membros do Centro de Estudos Latino Americanos (CELA) – Grupo de Pesquisa “Relações Econômicas, Políticas e Jurídicas na América Latina” do CNPq.

A entrada, permanência e saída de indivíduos dos Estados não ocorrem de forma despercebida ou sem qualquer tipo de consequência. Tanto o fenômeno da emigração (saída de nacionais) como da imigração (entrada de não-nacionais) causam impactos sociais, econômicos, culturais e jurídicos no país de destino e no de origem. No que é pertinente ao Estado brasileiro, observa-se que, durante alguns períodos históricos, foi considerado como país de imigração, responsável pela entrada de diversas nacionalidades que vieram, por fim, a formar a nação brasileira com diversidade de culturas e ascendências. A partir de meados da década de 1980, o Brasil tornou-se país de emigração e, assim, os descendentes dos povos que imigraram passaram a emigrar principalmente para os Estados Unidos da América e Japão (OIM, 2010, *online*).

Em que pese o aumento das saídas de brasileiros, com a crise econômica mundial de 2008, muitos retornaram ao Brasil, assim como estrangeiros imigraram ao Estado brasileiro. Em 2015, diante da instabilidade econômica do Brasil, aumentou a tendência à emigração². A problemática apresenta-se na política imigratória adotada pelo país, haja vista que a Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980 (Estatuto do Estrangeiro), encontra-se em dissonância com a realidade do século XXI. Embora esteja no ordenamento, recepcionado pela Constituição brasileira de 1988, o Estatuto do Estrangeiro não se adequa devido à sua política dirigida apenas à segurança nacional; faltam-lhe, também, previsões para diversos casos de migrações no Brasil, como a questão da cidadania, refugiados climáticos e a perspectiva dos imigrantes irregulares que, apesar de existirem de fato, são rechaçados pelo estatuto.

A pesquisa apresentada neste trabalho se contra na compreensão da proposta de legislação (Projeto de Lei nº 5.655 de 20 de julho de 2009), bem como em sua consonância com a existência ou não de políticas públicas atuais orientadas para a imigração. No mesmo viés, voltou-se à análise do Anteprojeto de 2014 (que objetiva criar a Lei de Migrações), elaborado por uma comissão de juristas organizada pelo Ministério da Justiça. Isso como fim de compreender a situação dos imigrantes no Brasil.

2 Um número crescente de brasileiros tem emigrado para Inglaterra e Japão, devido à estagnação econômica brasileira. Segundo a reportagem do Jornal Estadão, muitos desses brasileiros haviam retornado em 2008, e agora fazem o caminho inverso, em busca de emprego e renda (CRISE..., 2015, *online*).

Apesar de o Estatuto do Estrangeiro ter sido feito à época do Regime Militar, constata-se que existe órgão responsável pelas imigrações (Conselho Nacional de Imigrações - CNIg), criado pelo estatuto e vinculado ao Ministério do Trabalho e Emprego (MTE). O CNIg é responsável pela efetivação da política imigratória e, também, pela elaboração de planos de políticas públicas que devem ser aprovados pelo Executivo.

No âmbito internacional, confirma-se a existência do direito de migração na Declaração Universal dos Direitos Humanos e, da mesma forma, compreende-se a existência de convenções da Organização Internacional do Trabalho (OIT), bem como resolução da Organização das Nações Unidas (ONU), que versam sobre a proteção dos trabalhadores imigrantes e seus familiares.

O objetivo do artigo é apresentar a temática da imigração, sobretudo de trabalhadores, regulares e irregulares, especificamente bolivianos e haitianos, relacionada aos ordenamentos jurídicos nacionais e internacionais, à questão da cidadania no Brasil e às políticas públicas imigratórias adotadas pelo Estado brasileiro no marco da globalização e, neste contexto, as medidas que estão relacionadas à proteção e respeito à dignidade humana, respaldada esta no âmbito supraconstitucional e ordenamento jurídico brasileiro.

A metodologia aqui utilizada se caracterizou precipuamente pela pesquisa bibliográfica, por intermédio da leitura de livros, artigos, relatórios, legislação e documentos que demonstram o tema de forma direta ou indireta. A pesquisa se caracteriza como pura, segundo a utilização dos resultados, já que o escopo não é modificar a realidade diretamente. Quanto à natureza, a pesquisa é qualitativa, pois se foca na compreensão dos fenômenos em análise e não em sua quantificação. Quanto aos fins, a pesquisa é exploratória e descritiva, na medida em que visa a compreender melhor o tema, explorar suas nuances e descrevê-lo, contribuindo com informações e interpretações para a comunidade científica e acadêmica.

No primeiro tópico, discute-se a questão do direito ao trabalho e globalização, os trabalhadores imigrantes e a proteção no Estado brasileiro, bem como se trata da cidadania. No segundo tópico, ressalta-se a situação dos bolivianos e haitianos e a proteção à dignidade desses estrangeiros, exemplificando-se a situação de irregularidade e refúgio climático. No terceiro tópico, retratam-se as políticas imigratórias realizadas pelo governo brasileiro, e a

necessidade de implementação de uma política pública eficiente para os casos sensíveis de imigração e respeito à dignidade humana.

1. GLOBALIZAÇÃO, DIGNIDADE HUMANA, CIDADANIA E TRABALHO NO SÉCULO XXI

O fenômeno da globalização (ou mundialização) intensificou-se no contexto do século XXI pela velocidade de circulação de informações, tecnologias, mercadorias, bens, serviços, e também pessoas. George Ritzer (2007) tece críticas à globalização e fala que a “mcdonaldização”, o rebaixamento das fronteiras e a facilitação de entrada de capitais, bens e serviços, foram favoráveis à diminuição da pobreza. O autor aponta que a massificação da sociedade de consumo só gera a produção, enquanto a preocupação dos governos passa a ser com a economia e não com as pessoas.

No mesmo sentido, Danilo Zolo (2004), retoma a ideia de Montesquieu de que as leis boas e efetivas devem ser locais, e a proposição de uma governança global é impossível, haja vista que os órgãos financeiros mundiais³ mais prejudicaram que facilitaram a efetivação de direitos. E na mesma linha afirma Noam Chomsky (2002, p. 12): “[...] Em vez de cidadãos, ela produz consumidores. Em vez de comunidades, produz shopping centers. O que sobra é uma sociedade atomizada, de pessoas sem compromisso, desmoralizadas e socialmente impotentes”.

Sob outra ótica, Robert Reich (2008) enxerga que a democracia precisa do sistema capitalista, da economia de mercado, já a economia capitalista pode sobreviver alheia ao regime democrático. Reich propõe o fortalecimento da democracia pois não se deve esperar que empresas, investidores e consumidores sejam os responsáveis pelos rumos das sociedades e Estados. A população, numa democracia, deve cobrar um Estado Regulador.

Recorda-se, destarte, Adam Smith (2008), percurso do Liberalismo econômico, consoante o qual não se deve esperar a bondade e humanismos daqueles que prestam serviços e ofertam produtos. O mercado se regula por uma mão invisível e as pessoas fazem escolhas livres e racionais. O problema é o atrito da realidade que exige a intervenção do Estado para a proteção da dignidade humana, que também é inerente ao imigrante.

³ Banco Mundial (BM); Fundo Monetário Internacional (FMI); Organização Mundial do Comércio (OMC).

De acordo com Bresser-Pereira (2007) a globalização não é algo completamente bom ou terrivelmente ruim. A globalização é um estágio do capitalismo para o autor, e o governo bem-sucedido é aquele que melhor cresce. Portanto, a soberania do Estado democrático faz-se essencial para que sejam maiores os bens que os prejuízos advindos da mundialização.

Diante do contexto de disparidades entre os Estados, aponta-se o anseio mundial é o de pertencimento a Estados Centrais, o que leva os Estados Periféricos a terem de adequar-se na conciliação entre a diversidade de interesses numa sociedade multicultural, devendo pautar-se na priorização dos interesses coletivos. Isto, com o fito de deixar de ser um país da periferia. Destarte, percebe-se como explicado no texto, que a partir da secularização do poder, o Estado passou a ter a responsabilidade de efetivar as demandas sociais. Ou seja, garantir a efetivação dos Direitos Sociais por meio de prestações positivas

Destarte, observa-se a reflexão de Danilo Zolo (2014, p. 41), no que se refere aos fluxos imigratórios de países em desenvolvimento para países já desenvolvidos, no sentido de que a economia e as migrações internacionais e a proteção dos trabalhadores estão relacionadas.

[...] Il problema delle 'conseguenze umane' dela precarietà del lavoro e del reddito individuale – in termini di debole professionalità, incapacità di progettare la propria vita, disgregazione sociale – è una 'esternalità' (outsourcing) che sarà semmai il sistema politico a dover impostare e risolvere. Ma, ecco un punto delicatissimo, la crescente 'flessibilità' del lavoro sta portando, anche nei paesi europei di Welfare State, a un indebolimento dell'intero apparato delle tutele sociali garantite sinora ai lavoratori e alle loro famiglie: pensione, liquidazione, malattie, gravidanza, e così via [...]

Por conseguinte, defende-se que o desenvolvimento é o objetivo de uma nação. Este é atingido por meio de instituições políticas e econômicas voltadas ao mercado com o escopo de desenvolvimento humano. Por fim, verifica-se, que o Estado fraco não significa o desenvolvimento humano global, mas abre-se espaço à violação de direitos humanos, aumento de conflitos belicosos sociais, preconceito, discriminação, xenofobia e violência.

O Estado deve viabilizar o patamar mínimo civilizatório, com a finalidade de garantir a igualdade de oportunidades. Assim, o papel do Estado é a proteção à dignidade humana, no contexto da mundialização. O consumo e interesses econômicos não devem prosperar sob a dignidade incomensurável de cada indivíduo no contexto social. Ainda que utópica, deve-se buscar a Paz Perpétua kantiana, e sua definição de dignidade humana (KANT, 2007).

Portanto, percebe-se que o escopo dos Estados-Nação hodiernos é a busca por regulamentações públicas e sociais mais solidárias com finalidades sustentáveis. Estas, por sua vez devem ser capazes de solucionar questões mundiais relativas aos mercados, que diferente do que pensava o liberalismo do século XVIII e XIX e XX precisa de regulação, sob pena de verem-se vilipendiados os direitos civis, políticos, e sociais, conquistados e ainda fragilizados pela dificuldade de proteção e efetivação de seus preceitos básicos (FUKUYAMA, 2005).

A *International Organization for Migration* (IOM, 2012), em relatório de 2012, propõe o estudo e a análise dos fluxos migratórios, com foco nas questões laborais, de integração entre os países e cooperação, diante das saídas dos indivíduos dos seus Estados de origem, relacionando desenvolvimento com migração. O relatório foi elaborado pelo *Labor Migration and Human Development Division* (LHD), órgão que observa as questões trabalhistas nos níveis locais, regionais e globais, e conclui que as migrações laborais são positivas de um modo geral para o desenvolvimento dos países. Observa-se, contudo, a necessidade de políticas institucionais de proteção aos trabalhadores imigrantes, haja vista sua vulnerabilidade e a imprescindibilidade do respeito à sua dignidade humana.

The Division is the Organization's focal point for guidance and technical support on labour migration, including facilitating the recruitment of temporary foreign workers and addressing related issues. LHD provides guidance and technical advice within IOM and to governments and partners on the regulation of labour migration, with the objective of promoting options for legal and safe migration for migrant workers, thus reducing their vulnerability. The work of LHD strengthens government efforts to protect migrants by enhancing the capacities of governments to manage labour migration flows and reduce irregular migration^o LHD also facilitates bilateral discussions on labour recruitment and may be actively involved in the recruitment and placement of workers, subject to appropriate

legal frameworks. Another important role of LHD is to monitor activities and developments in the area of labour migration and contribute to the organizational knowledge base by collecting lessons learned, identifying best practices related to labour migration and keeping abreast of trends. (IOM, 2012, p.11)

Consoante o relatório anual da IOM (2012), as razões para as migrações variam entre disparidades sociais e econômicas, fatores demográficos e pressões ambientais. Segundo se explica no relatório, apesar das crises econômicas, como a de 2008, a migração de trabalhadores, bem como os programas de desenvolvimento humano dirigidos aos fluxos migratórios, permanecem como políticas públicas.

Em outro relatório da Organização Internacional para as Migrações (OIM), de setembro de 2013, foi analisada a questão dos Direitos Humanos na política migratória do Brasil. No relatório, compreende-se que políticas de cunho migratório são apenas aquelas que têm intenção direta de influenciar as dimensões fulcrais do processo migratório. Essas dimensões se relacionam com a origem do migrante, o volume de migrantes e, por fim, a composição dos fluxos migratórios quanto ao perfil social, econômico, demográfico ou cultural. De acordo com o relatório, as políticas devem conciliar os interesses dos Estados envolvidos, da população migrante, dos setores econômicos e das comunidades dentro dos Estados nacionais, sempre com foco na dignidade da pessoa humana.

1.1 O direito ao trabalho para imigrantes no Brasil

A Constituição brasileira de 1988 coloca o trabalho, em seu artigo 6º, como direito social. Em seguida, no artigo 7º, o diploma constitucional prevê os direitos garantidos aos trabalhadores urbanos e rurais, sem especificar se os mesmos seriam nacionais ou não. Diante dos fluxos imigratórios, torna-se relevante compreender se os trabalhadores estrangeiros são protegidos da mesma forma que os nacionais.

A Consolidação das Leis Trabalhistas (Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943), por ter sido criada no contexto da década de 1940, no período do governo de Getúlio Vargas, estabelece prioridade ao trabalhador nacional. Segundo o artigo 352 da CLT deve existir uma porção mínima de trabalhadores nacionais em concessionárias de serviço público, por exemplo, e o artigo 353 afirma que o estrangeiro somente se equipara ao trabalhador nacional quando

reside há dez anos no Brasil, é casado ou tem filho brasileiros, ou possui nacionalidade portuguesa.

Verifica-se, contudo, que, com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, os estrangeiros residentes no Brasil, conforme disposto pelo artigo 5º, foram equiparados aos nacionais, no que concerne aos direitos fundamentais. De acordo com a perspectiva de Patrícia Bertolin e Alessandra Tupiassú (2011, *online*), o direito social ao trabalho também é direito fundamental, e, portanto, estende-se aos imigrantes.

Diante da notória preferência no Estado Brasileiro pela mão-de-obra qualificada, ou seja, pessoas com o nível de educação elevado, que possuem nível superior completo, percebe-se a reflexão estabelecida por Aldacy Coutinho (2007, p. 373). A autora explica que os avanços tecnológicos, a partir da década de 1990, e a necessidade de lucro pelas empresas-empregadoras faz com que se exija do trabalhador qualificação e, portanto, o acesso à educação torna-se fulcral também no Estado brasileiro.

Por outro lado, Antonio Rodrigues Freitas Jr. (2014) adverte sobre a fragilização do Direito do trabalho, haja vista a diminuição da força sindical e a crise do Estado-providência, associada à crise econômica de 2008. No mesmo sentido, Pedro Baltar (2014) alerta para a necessidade de política de geração de emprego por parte do Estado que proponha o aumento do número de vagas de trabalho e seu preenchimento com contratos formais.

O imigrante regular, que consegue visto de trabalho junto ao Ministério do Trabalho e Emprego (MTE), encontra-se protegido pela legislação nacional, inclusive a supraconstitucional, devido à ratificação da Convenção 97 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), que visa a proteger o trabalhador migrante regular. O Conselho Nacional de Imigração (CNIg), órgão vinculado ao MTE, é responsável pela concessão dos vistos aos imigrantes com finalidade laboral e, assim, o trabalhador imigrante regular está protegido e, nos mesmos termos, contribui para o desenvolvimento local, por meio do consumo e circulação de renda.

Porém, quando o imigrante é irregular e passa a trabalhar na informalidade, torna-se vulnerável, já que os direitos laborais não são respeitados e, por conseguinte, sua dignidade humana é mitigada. Apesar de o Estado brasileiro não ter ratificado a Convenção 143 da OIT, que estabelece o reconhecimento dos direitos trabalhistas

inclusive aos imigrantes irregulares, os tribunais nacionais reconhecem tais direitos, inerentes à dignidade humana. Como exemplo, tem-se o seguinte Recurso Ordinário nº 1553620115020 do Tribunal Regional da 2ª Região, datado de 16 de maio de 2013, que, apesar da vedação ao trabalho do imigrante irregular pela CLT e pelo Estatuto do Estrangeiro de 1980, afirma que os direitos trabalhistas devem ser reconhecidos.

A decisão se fundamentou nos artigos 1º, inciso III, 3º, inciso IV, 6º e 7º da Constituição Federal de 1988, bem como na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e no Pacto de San José da Costa Rica, de 1969. Importante observar que o reconhecimento do vínculo empregatício não ultrapassa os direitos trabalhistas, haja vista que o tribunal não reconheceu os direitos previdenciários. Ainda assim, isso importa num avanço e no reconhecimento da universalidade da aplicação dos direitos humanos.

Conforme explicitado na decisão do tribunal, acima informada, o não reconhecimento dos direitos trabalhistas e respectivos encargos do empregador podem funcionar como incentivo à contratação de mão de obra de imigrantes irregulares, haja vista a baixa onerosidade e a impossibilidade de condenação judicial.

Luiz Carlos Gama e Ana Flávia Machado (2014) compreendem que as migrações causam efeitos econômicos, por intermédio de análise censitária do período de 2000 a 2010 no Estado brasileiro. Os autores assinalam que as migrações causam impacto nas regiões de origem e destino do migrante. Embora tratem das migrações internas, a dinâmica apresentada se assemelha às migrações internacionais, principalmente pelas motivações dos migrantes: políticas, religiosas ou climáticas ou econômicas, como vem a ser o caso dos que buscam melhores condições de emprego e renda.

1.2 A questão da cidadania para estrangeiros

No Brasil, existem imigrantes irregulares e regulares. Questiona-se, nesse sentido, se existe a possibilidade de exercício da cidadania, por meio do voto, garantida aos estrangeiros residentes. Em determinados países da América Latina, Uruguai, Argentina e México, o imigrante, cumprindo requisitos, pode exercer um dos direitos básicos da cidadania: votar.

Ao contrário destes países, para o exercício da cidadania brasileira, faz-se imprescindível a nacionalidade brasileira, nata ou adquirida pelo

processo de naturalização. Os imigrantes, independentemente de sua regularidade, devem ser naturalizados, a fim de que a exerçam. Nesse sentido, pergunta-se qual o critério para estabelecimento da cidadania. Apesar de a nacionalidade estar vinculada ao cidadão, o fato de a pessoa residir, trabalhar, construir família, consumir, pagar impostos e cumprir com deveres de respeito à cidade e sua conservação, não a torna um cidadão equiparado ao nacional?

Tendo em vista a intensa globalização no século XXI, torna-se possível falar-se de uma cidadania global? Apesar do fluxo de pessoas, os Estados-Nação permanecem como soberanos e, portanto, as questões de nacionalidade e cidadania ficam restritas aos territórios. Como pondera Francis Fukuyama (2005), é preciso que se diga quem irá substituir os Estados nessa nova geografia da mundialização, que em verdade revela a necessidade de redefinição do papel do Estado, e não em seu perecimento.

As mudanças decorrentes do processo de globalização causam impactos nos fluxos migratórios; apesar, porém, do estímulo à circulação de pessoas, não há a criação de oportunidades de emprego e geração de renda, o que tem causado, segundo Bakuri, Bertolin e Dias (2009, p. 108), uma grande quantidade de imigrantes irregulares ou ditos não-documentados.

Segundo as autoras, devido à globalização, a identidade nacional vê-se abalada e, para tanto, torna-se necessária a revisão do conceito de cidadania. Ser cidadão vinculava-se à ideia de Estado Nação. Num mundo planejado, como afirma Thomas L. Friedman (2007), as fronteiras são, porém, postas abaixo e se torna imprescindível estabelecer quais parâmetros serão necessários para o estabelecimento de uma cidadania plenamente exercível (BAKURI; BERTOLIN; DIAS, 2009, p. 111). Neste sentido, é importante notar o contraponto de Frederick Hayek (1983, p. 7), quando, ao dissertar sobre a liberdade, reflete que nem sempre um povo livre é um povo de homens livres.

Um povo livre, no entanto, não é, necessariamente, um povo de homens livres. E não é preciso que o indivíduo compartilhe dessa liberdade coletiva para ser livre. Não se pode afirmar que os habitantes do Distrito de Colúmbia ou os estrangeiros que residem nos Estados Unidos, ou os jovens que ainda não têm direito de voto não desfrutam plena liberdade pessoal simplesmente por não partilharem da liberdade política.

Constata-se que a ampliação da cidadania de modo que o critério seja a residência, e não mais a nacionalidade, para Bakuri, Bertolin e Dias (2009, p. 112), parece ser a via mais adequada, tendo em vista a falta de igualdade entre os indivíduos, a fim de garantir a liberdade política dos imigrantes. As autoras sustentam que o contratualismo do Estado de Natureza deve ser substituído no âmbito da cidadania pela participação na vida econômica e social em comum. A pergunta que permanece é se isso realmente integra o estrangeiro e seria uma forma adequada de política imigratória.

2. A PROTEÇÃO À DIGNIDADE HUMANA DOS BOLIVIANOS E HAITIANOS NO BRASIL

A entrada irregular de imigrantes pode estar vinculada a situações informais de trabalho. No primeiro bimestre de 2014, registrou-se denúncia sobre uma oficina que empregou imigrantes bolivianos e os mantinha em situação análoga à de escravos, em condições insalubres e irregulares de trabalho. Localizada na Zona Leste de São Paulo, essa oficina fabricava peças de roupas e as repassava para a marca *M. Officer*, (FISCAIS..., 2014, *online*). Operação realizada pela Superintendência Regional do Trabalho e Emprego de São Paulo (SRTE/SP)⁴, em maio de 2014, resgatou trabalhadores bolivianos. Há manifestação do Ministério Público de São Paulo pelo oferecimento de denúncia contra a empresa *M. Officer* e sua terceirizada.

É relevante mencionar a afirmação de Luciana Bakuri, Patrícia Bertolin e Vivian Dias (2009, p. 115) de que a pobreza é uma das causas das migrações clandestinas e que a maneira como os países têm lidado com essas questões acaba por prejudicar ainda mais as vítimas, que têm sua dignidade vilipendiada, são presas ou deportadas. E em nada afeta os que mais lucram: os criminosos recrutadores, também conhecidos como “coites”.

Nessa temática, compreende-se o trabalho acadêmico de Cibele Rizek, Isabel Georges e Carlos Freire da Silva (2010), no qual é descrita uma pesquisa de campo, de natureza exploratória, em forma de entrevista, realizada com o intuito de comparar a emigração boliviana em dois países do Cone Sul: Argentina e Brasil. Na entrevista, foi coletado o depoimento de imigrantes bolivianos que passaram por trabalhos informais em confecções no Brasil, bem

4 Disponível em: <<http://portal.mte.gov.br/imprensa/srte-sp-flagra-trabalho-escravo-na-m-officer.htm>>. Acesso em 16 out. 2014.

como outras espécies de labor no território argentino. Os autores explicam que a emigração boliviana sucedeu a imigração de coreanos, no estado de São Paulo. A imigração, neste caso, concentrou-se no trabalho (irregular) no setor de confecção e não resulta em inclusão social. Na Argentina, o campo de trabalho é mais abrangente, os imigrantes passam por estádios irregulares, mas findam por serem aceitos socialmente e passam a integrar a sociedade argentina.

No concernente à imigração boliviana, em 2005 foi realizado um acordo bilateral entre Brasil e Bolívia para a regularização de imigrantes irregulares. Como se sabe, é escopo da Organização das Nações Unidas combater a imigração ilegal, já que ela contribui para o tráfico de seres humanos e diversos outros crimes decorrentes deste, com o fito de proteção à dignidade humana dos que migram. No acordo realizado entre os países, os principais objetivos são a regularização do fluxo migratório e a promoção da integração entre os Estados. O acordo estabelece a imprescindível regularização para o gozo da igualdade de direitos entre nacionais e bolivianos.

Acerca das imigrações forçadas é necessária uma explanação acerca dos refugiados. Segundo Márcia Morikawa (2006, p. 222), diferentemente do que ocorre com os estrangeiros, como os bolivianos irregulares, os refugiados não se encontram mais sob a proteção de seu Estado de origem e têm seu direito de liberdade mitigado, pois ficam sob a proteção especial do país acolhedor. De acordo com Paula Teixeira (2009), o refugiado é um tipo de migrante forçado. Migrantes forçados, conforme a autora, são aqueles que passam por alguma adversidade ou necessidade em seu país de origem e se vêm forçados a imigrar. Destarte, o refugiado é considerado mais vulnerável e, portanto, carece de imediata resolução.

A Convenção da Organização das Nações Unidas de 1951 – Estatuto do Refugiado, artigo 1º, traz a definição de refugiado, que deve ser interpretada em consonância com o Protocolo sobre o Estatuto dos Refugiados de Nova York de 31 de janeiro de 1967. Isto porque o protocolo amplia a definição temporal de refugiado, passando a defini-lo independente da época em que ocorreram os motivos para busca do refúgio. No âmbito do Estado brasileiro, a Lei nº 9474 de 22 de julho de 1997 normatiza a promoção do estatuto.

O refugiado, pois, não se confunde com o imigrante irregular, embora haja a possibilidade de, em ambos os casos, a imigração ser forçada. Não se encontra entre os quesitos para considerar o

estrangeiro como refugiado propriamente dito, questões de ordem econômica como crises dos sistemas financeiros ou questões advindas de intempéries climáticas.

De conformidade com Grazielle Ribeiro (2013, p. 37), o conceito estrito de refugiado no Brasil se refere às pessoas que, por motivo de perseguição política, religiosa, racial ou social, têm a necessidade de sair de seu país de origem e refugiar-se em outro que os acolha. A autora elenca outras formas de migração forçada, referindo-se ao caso dos refugiados climáticos, aos que imigram por razões econômicas, devido à precariedade na efetivação de direitos básicos em suas nações, ou no caso de indivíduos que vivem em locais com conflitos armados internos.

Por consequência, a situação dos bolivianos que migram para o Brasil, em busca de melhores oportunidades, não se confunde com a dos haitianos. Segundo Relatório de Pesquisa, elaborado pela Organização Internacional para Migrações (2010, *online*), o fluxo de haitianos no Brasil se iniciou em 2010. As adversidades do caso peculiar de imigração, causadas pela intempérie climática que atingiu o Haiti, decorreram da falta de previsão normativa e de políticas públicas adequadas ao caso.

Segundo dados do Ministério do Trabalho e Emprego (MTE)⁵, foram concedidos 9.000 vistos, em caráter humanitário, para haitianos, no período de 2011 a março de 2014. De acordo com relatório do Conselho Nacional de Imigração, “Estudos sobre a Migração Haitiana ao Brasil e Diálogo Bilateral” (2014), os haitianos chegaram ao Brasil pela fronteira com o Peru, e adentraram os estados do Amazonas e em especial o Acre e especificamente se instalaram na cidade de Brasiléia.

Os haitianos vinham principalmente da cidade de Porto-Príncipe, devido aos terremotos ocorridos em 2010, que acarretaram consequências sociais e econômicas para o Haiti. Não se pode precisar o número de haitianos que entraram no Brasil, conforme explica o relatório do CNIg (2014), porém se tem uma noção do fluxo diante do número de vistos concedidos. Os haitianos foram considerados pelo governo brasileiro como refugiados climáticos, contrariando o disposto no Decreto nº 70.946, de 07 de agosto de 1972, que não engloba essa categoria de refúgio. Por fim, a solução encontrada pelo

⁵ Disponível em: <http://portal.mte.gov.br/trab_estrang/estatisticas.htm>. Acesso em: 16 out. 2014.

CNIg foi conceder aos haitianos visto humanitário, com fulcro na Resolução Normativa nº 27, de 25 de novembro de 1998⁶, em face da ausência de previsão normativa para o caso específico dos refugiados climáticos.

A seguir, tabela com o número de imigrantes haitianos que se encontram regularizados até março de 2014. A situação dos bolivianos, que migram para o Brasil, em busca de melhores oportunidades, não se confunde com a dos haitianos. Segundo Relatório de Pesquisa, elaborado pela Organização Internacional para Migrações (2010, *online*), o fluxo de haitianos no Brasil se iniciou em 2010. As adversidades do caso peculiar de imigração, causadas pela intempérie climática que atingiu o Haiti, decorreram da falta de previsão normativa e de políticas públicas adequadas ao caso.

Tab. 1 - Residência em caráter humanitário.

Ano	Residência em caráter humanitário – número de vistos para Haitianos
2011	709
2012	4856
2013	2072
2014	1541

Fonte: BRASIL, Ministério do Trabalho e Emprego (2014).

A celeuma dos haitianos no Brasil revela a falta de política migratória consistente. Mas, mesmo que o Brasil possuísse um arcabouço jurídico-legal avançado, este não seria suficiente para lidar com a questão do afluxo de haitianos em seu território. O Brasil é um país de muitas contradições (políticas, sociais e econômicas) e o

6 “O CONSELHO NACIONAL DE IMIGRAÇÃO, instituído pela Lei nº 8.490, de 19 de novembro de 1992, no uso das atribuições que lhe confere o Decreto nº 840, de 22 de junho de 1993, resolve: Art. 1º Serão submetidas ao Conselho Nacional de Imigração as situações especiais e os casos omissos, a partir de análise individual. § 1º Serão consideradas como situações especiais aquelas que, embora não estejam expressamente definidas nas Resoluções do Conselho Nacional de Imigração, possuam elementos que permitam considerá-las satisfatórias para a obtenção do visto ou permanência. § 2º Serão considerados casos omissos as hipóteses não previstas em Resoluções do Conselho Nacional de Imigração.”

caminho para a regularização de um imigrante é burocrático e moroso. Soma-se a isso a falta de medidas de assistência social e de acolhimento local e até mesmo de acesso a políticas públicas. Ou seja, terminado o processo de regularização da migração, o desafio permanece para integrá-los na sociedade, pois existem poucas e pontuais políticas públicas de atendimento (RODRIGUES, 2014, *online*).

No que se refere às situações como a dos haitianos, o Anteprojeto de 2014 prevê no artigo 28 a possibilidade de concessão de visto humanitário para os casos de imigrantes que passam em seus países situações de instabilidade institucional, calamidades causadas por intempéries climáticas e graves violações aos direitos humanos. Em que pese a subjetividade das hipóteses, o anteprojeto dispõe sobre o caso, enquanto que o Projeto de Lei nº 5.655/09 permanece silente. Compreende-se que:

Problemas existem em todos os tipos de migrações, mas eles costumam ser mais graves em se tratando de imigrantes ilegais e de refugiados, que não costumam receber qualquer tipo de orientação ou apoio, nem por ocasião da partida, nem da chegada, sendo comum, mesmo nos dias de hoje, terem tais migrantes dificuldades de comunicar-se com a família e com os amigos, o que agrava as dificuldades mencionadas (BAKURI; BERTOLIN; DIAS, 2009, p. 110).

Constata-se que as situações dos haitianos e bolivianos é similar na medida em que refugiados climáticos e trabalhadores irregulares precisam da proteção do Estado, principalmente de garantias políticas concretas visando à integração. No caso dos refugiados, a concessão dos vistos se dá de modo peculiar, por inexistir a hipótese de catástrofes naturais na legislação. Já a regularização dos bolivianos, utilizados como exemplo, pode ocorrer por meio de legislação que permita a requisição de residência temporária. Estas leis, denominadas de “leis de anistia”, são parte das políticas governamentais voltadas para as migrações.

A despeito da existência de diversos vistos para entrada e permanência no Estado brasileiro, é possível a presença de imigrantes irregulares. A atual legislação que dispõe sobre estrangeiros no Brasil veda a legalização da estada de imigrante clandestino. Contudo, foram elaboradas leis de anistia que regularizam a situação dos irregulares, atualizando a Lei nº 6.815 de 19 de agosto de 1980 (Estatuto do Estrangeiro).

De acordo com Grazielle Ribeiro (2013, p. 55), devido às falhas presentes na estrutura normativa brasileira, que dispõe sobre a entrada de estrangeiros e sua permanência, adotou-se a regularização da situação dos irregulares por intermédio da anistia. Esta solução, que deveria ser excepcional, tornou-se a regra, conforme se verifica da existência de três leis seguidas sobre o tema, no prazo médio de dez anos.

A primeira lei de anistia dos imigrantes irregulares foi a Lei nº 7.685, de 02 de dezembro de 1988, que possibilitava ao estrangeiro, em situação ilegal, a solicitação de registro provisório. A lei dispunha em seu artigo 2^o que o estrangeiro teria os mesmos direitos e deveres relativos aos imigrantes temporários do artigo 13, inciso V da Lei nº 6.815/90⁸.

A Lei nº 9.675, de 29 de junho de 1998, veio substituir a Lei nº 7.685/88, porém apenas modificou a situação temporal. Assim, a anistia foi ampliada aos estrangeiros ilegais que adentraram o território brasileiro até a data de 29 de junho de 1998. Da mesma forma, embora seja mais específica em alguns aspectos, a legislação seguinte, a Lei nº 11.961, de 02 de julho de 2009, permite a requisição de residência provisória por estrangeiro que tenha ingressado em 1^o de fevereiro 2009.

Encontra-se em trâmite na Câmara dos Deputados o Projeto de lei nº 6.300 de 30 de junho de 2013 para concessão de nova anistia aos imigrantes irregulares, de autoria do Deputado Junji Abe. A norma amplia o tempo para os estrangeiros que entraram no território nacional até a data de 30 de junho de 2013 e mantém as mesmas disposições da primeira lei de anistia. Porém, tais formas de regularização não podem ser isoladas, diante da necessidade de

7 “Art. 2º O registro provisório, a partir de sua concessão, assegura ao seu detentor permanência por até dois anos, com os mesmos direitos e deveres de estrangeiro possuidor de visto temporário, previsto no art. 13, item V da Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980, inclusive: I - exercício de atividade remunerada; II - matrícula em estabelecimento de ensino; III - livre locomoção pelo território nacional”. (Grifou-se)

8 “Art. 13. O visto temporário poderá ser concedido ao estrangeiro que pretenda vir ao Brasil: I - em viagem cultural ou em missão de estudos; II - em viagem de negócios; III - na condição de artista ou desportista; IV - na condição de estudante; V - na condição de cientista, professor, técnico ou profissional de outra categoria, sob regime de contrato ou a serviço do Governo brasileiro; VI - na condição de correspondente de jornal, revista, rádio, televisão ou agência noticiosa estrangeira; VII - na condição de ministro de confissão religiosa ou membro de instituto de vida consagrada e de congregação ou ordem religiosa”. (Grifou-se)

políticas públicas orientadas para o reconhecimento do estrangeiro como um sujeito de direitos e deveres.

Importa observar a crítica realizada por Rossana Reis (2011, p. 61), pois embora as leis de anistia demonstrem a vontade do governo brasileiro de tratar das questões dos imigrantes irregulares, revelam problema persistente que ainda não foi solucionado. A autora defende que o ideal é a promoção do Projeto de Lei nº 5.655/09 e dos acordos de livre circulação no sentido de integração do Brasil aos outros países, precipuamente os latino-americanos. Cumpre lembrar que o Projeto de Lei em análise enaltece o desenvolvimento nacional e assim prioriza os vistos de entrada aos imigrantes trabalhadores qualificados que agregam alternativas ao crescimento econômico local.

3. AS POLÍTICAS IMIGRATÓRIAS NO ESTADO BRASILEIRO E A DIGNIDADE DO IMIGRANTE NO BRASIL

A despeito do aumento na entrada e saída de pessoas do território brasileiro, a realidade que pertence ao âmbito das políticas migratórias é, ainda, precária e pautada pela provisoriedade. Segundo Martins e Pompeu (2014, p. 140), as políticas públicas não devem ser boas apenas pela previsão, mas sua aplicação se deve mostrar eficiente e efetiva. “[...] O problema das políticas públicas é que muitas vezes as julgamos por suas intenções, não pelos resultados que produzem”. Percebe-se que:

As medidas tendentes a assegurar direitos humanos (sejam dos trabalhadores migrantes, afrodescendentes, mulheres, ou qualquer outra ‘minorias’) têm que fazer parte das políticas de Estado, e não meramente das políticas de governo, marcadas pela descontinuidade, pois tais políticas precisam se sedimentar para serem capazes de acelerar o processo de mudança cultural essencial para que uma sociedade seja, de fato, inclusiva (BAKURI; BERTOLIN; DIAS, 2009, p. 117).

Em 2006, ante a preocupação com a intensidade dos fluxos de entrada e saída e necessidade de previsão com foco na proteção da dignidade humana dos imigrantes, criou-se uma comissão que elaborou o Projeto de Lei nº 5.655, de 20 de julho de 2009; este está parado na Câmara dos Deputados desde 2012. O Ministério da Justiça, por meio da portaria nº 2.162 de 2013, convocou outra comissão de estudiosos e acadêmicos com vistas à elaboração de anteprojeto de legislação com o escopo de criar uma Lei de Migrações.

O Anteprojeto de Lei das Migrações de 2014 foi publicado em abril deste mesmo ano, mas ainda não está em tramitação em qualquer das casas do Congresso Nacional.

É preciso apresentar uma política de desenvolvimento local ou de proteção dos direitos humanos dos imigrantes. As propostas de legislações apresentadas em 2009 e 2014 procuram a conciliação dos interesses nacionais com a proteção aos indivíduos, de outras nacionalidades. Por outro lado, nota-se certo descaso por parte do Estado brasileiro, haja vista que em 2010 o Conselho Nacional de Imigração (CNIg) apresentou proposta de Política imigratória, que sequer foi observada pelo Governo Federal.

Ao verificar o cenário brasileiro, no que é referente ao fluxo de pessoas, Neide Parrato et al. (2011) dissertam que, a partir de 2000, ocorreu uma mudança de perfil dos imigrantes. Passaram a retornar ao Brasil, os emigrantes brasileiros da década de 80, bem como adentraram no território, de forma regular ou não, imigrantes advindos de países em desenvolvimento; tem-se *in casu* o exemplo dos bolivianos e haitianos, estes chamados de refugiados climáticos.

A fiscalização dos vistos e sua liberação se dá por intermédio da Polícia Federal. Contudo, nos casos que envolvem direitos trabalhistas, o Ministério do Trabalho e Emprego (MTE), por meio do Conselho Nacional de Imigração (CNIg), é o principal responsável pelas políticas imigratórias no Brasil, principalmente nos casos em que a legislação é lacunosa e não prevê solução, por exemplo para a questão dos refugiados climáticos.

Apesar de a realidade brasileira demonstrar a entrada de imigrantes não qualificados, as políticas imigratórias e a legislação nacional estão voltadas para os imigrantes com qualificação profissional. Neide Parrato et al. (2011, p. 212) explicam que o imigrante qualificado é aquele que possui nível superior completo ou incompleto. Os autores dissertam que a política imigratória se volta nesse caso para a atração de capital humano com o fito de alcançar o desenvolvimento tecnológico e econômico. Daí a criação de mecanismos de facilitação para mobilidade e preenchimento de lacunas no mercado de trabalho brasileiro.

Por outro lado, fica evidenciada a falta de políticas públicas que busquem promover a conciliação entre os Direitos humanos dos imigrantes e o Desenvolvimento local. O CNIg, desde 2010, propôs um plano de política pública, Política Nacional de Imigração

e Proteção do Trabalhador Imigrante, que ainda não foi posto em prática pelo governo federal. Os autores ressaltam, ainda, que o Projeto de Lei nº 5.655, de 20 de julho de 2009, em trâmite no Congresso Nacional, volta-se mais para a proteção nacional e trata a imigração irregular do mesmo modo que o Estatuto do Estrangeiro.

Segundo dados do MTE (2014), que se verificam na tabela abaixo, o maior contingente de imigrantes, que adentram o Brasil de forma regular, possui certo grau de qualificação. Os números exemplificam a noção de que a política imigratória brasileira se preocupa com o desenvolvimento por intermédio do capital humano, ou seja, a entrada de indivíduos qualificados para o mercado de trabalho.

Tab. 2 – Autorizações concedidas para entrada no Brasil – Estrangeiros por nível de escolaridade

Nível de escolaridade	2011	2012	2013	2014
Superior Completo	38.474	37381	34073	6413
Ensino Médio	23470	25934	24691	3319
Mestrado	1427	1964	1827	424
Pós-graduação	673	908	825	165
Doutorado	220	314	311	100
Superior Incompleto	471	289	271	32
Ensino Fundamental Completo	194	288	252	55
Ensino Médio Incompleto	152	129	84	12
Ensino Fundamental Incompleto	20	12	52	9
Não Informado	3976	1	1	0
Total	69077	67220	62387	10529

Fonte: BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego (2014).

A Política Nacional de Imigração, disposta pelo CNIg (2010), tem o escopo precípua de estabelecer princípios, diretrizes e estratégias encaminhados para os fluxos migratórios internacionais. A finalidade perpassa a orientação de órgãos, instituições e entidades, estatais ou não, que atuam na seara das imigrações. A política, proposta pelo plano, tenta conciliar a proteção dos Direitos Humanos, tanto dos imigrantes, quanto dos brasileiros emigrantes que retornam ao

país, com o Desenvolvimento econômico, social, humano, cultural, tecnológico e político, na esfera local.

Além do objetivo de regularizar a situação das migrações, a política acima proposta possui as seguintes diretrizes: migração e desenvolvimento local como direitos fundamentais; critérios para admissão no território nacional ,não-arbitrários e não-discriminatórios; tratamento paritário e isonômico aos estrangeiros; integração regional, principalmente dos países latino-americanos; desburocratização do sistema, com condições mais humanas de tratamento e celeridade nos procedimentos; inserção dos imigrantes e dos brasileiros emigrantes que retornam ao país.

Em 30 de abril de 2010, foi enviada ao Legislativo, pelo Ministério das Relações Exteriores, mensagem, tencionando a ratificação da Convenção Internacional sobre os trabalhadores migrantes e seu comitê, adotada pela Resolução nº 45/158 da Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU), em 18 de dezembro de 1990.

A convenção acima mencionada intenta garantir tratamento igualitário ao trabalhador migrante e seus familiares, evitando, desta forma, que os imigrantes sejam discriminados ou diferenciados de forma negativa pelo Estado receptor e, portanto, que sua dignidade esteja resguardada. A Convenção estabelece, em seu artigo 7^o, que os Estados que a ratificarem, comprometem-se a efetivar os direitos humanos de todos os trabalhadores, imigrantes regulares ou não. Destarte, observa-se a perspectiva de Noam Chomsky (2002), pois, afinal, pergunta-se, busca-se o lucro ou as pessoas? E, nesse sentido, torna-se contemporânea a reflexão de Edmund Burke (2006, p. 38), no contexto da Inglaterra do século XVIII, quando o autor ressalta a necessidade de políticas que ultrapassem a metafísica do discurso:

[...] O Estado deve ter alimento para sua força e remédio para suas fraquezas. De que vale discutir um direito humano abstrato à comida e ao medicamento? A questão está no método de produzi-los e administrá-los. Nesta deliberação

9 “Artigo 7. Os Estados Partes comprometem-se, de acordo com os instrumentos internacionais relativos aos direitos humanos, a respeitar e a garantir os direitos previstos na presente Convenção a todos os trabalhadores migrantes e membros da sua família que se encontrem no seu território e sujeitos à sua jurisdição, sem distinção de qualquer tipo em relação a sexo, raça, cor, idioma, religião ou convicção, opinião política ou outra, origem nacional, étnica ou social, nacionalidade, idade, posição econômica, patrimônio, estado civil, nascimento ou de qualquer outra situação”.

sempre aconselho a buscar a ajuda do agricultor e do médico, em lugar da do professor de metafísica.

Existem propostas de políticas públicas voltadas para os fluxos migratórios, com foco nos estrangeiros imigrantes e no caso de brasileiros que retornam. Como se denota, porém, da crítica realizada por Deyse Ventura e Paulo Illes (2012, *online*) não há efetivação de política imigratória determinada no Estado brasileiro. Desta forma, não se sabe se a política imigratória no Brasil está dirigida à proteção dos Direitos humanos dos estrangeiros, independentemente de sua regularidade, ou se se foca na efetivação do desenvolvimento nacional. Os autores alertam sobre a possibilidade de se criar uma política imigratória seletiva, preferindo-se determinados tipos de imigrantes a outros.

André Siciliano (2013, p. 52) disserta que, embora existam políticas de imigração e emigração no Brasil, basicamente realizadas pelo CNIg, não há uma política migratória objetiva, com finalidade de coordenação dos diversos casos que envolvem a migração. As políticas não podem ser analisadas de modo isolado e particular; conforme salienta Rossana Reis (2011, p. 64), deve existir um conjunto de ações precipuamente orientado para o combate do narcotráfico, contrabando, tráfico de pessoas etc. Segundo a autora, a política imigratória não pode olvidar-se das fronteiras brasileiras.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, no presente trabalho acadêmico se denota que o Estado brasileiro varia, em determinados momentos históricos, como país de imigração e emigração. Formado precipuamente por estrangeiros, o Brasil se caracteriza pela diversidade de culturas e etnias. Os brasileiros, em sua maioria, foram imigrantes ou destes descendem.

Apesar da formação histórica, o Brasil atualmente demonstra política imigratória voltada para a entrada de estrangeiros que tenham o escopo de investir ou trabalhar (mão de obra qualificada). A inserção de capital humano, principalmente em setores do mercado de trabalho escassos de trabalhadores com especialidade e qualificação, fomenta o desenvolvimento local, mas se olvida da proteção à dignidade humana dos imigrantes, independentemente de sua regularidade.

Embora a legislação brasileira vede a imigração irregular, esta de fato ocorre e acaba por causar a discrepância de tratamento entre os imigrantes que adentram o território nacional, muitas vezes não correspondendo ao escopo dos Direitos Humanos, e implicam no desrespeito à dignidade humana das pessoas que migram. Exemplifica-se com o caso dos bolivianos, que entram no Brasil de modo irregular e passam a ser mão-de-obra informal e barateada, especificamente nas confecções.

Tenha-se em conta, também, a situação dos haitianos que se estabeleceram no Brasil com visto humanitário, diante da lacuna legislativa quanto à questão dos “refugiados climáticos”. Estes imigrantes, que saíram do Haiti de modo forçado, devido à necessidade causada por intempérie climática, não se confundem com os irregulares. Porém, a sua inserção no Estado brasileiro depende da mesma forma da implementação de políticas públicas imigratórias.

Pondera-se, por outro lado, sobre a necessidade de conciliação entre a busca pelo desenvolvimento econômico, cultural, tecnológico e social, e o tratamento paritário de estrangeiros e nacionais. Nesta perspectiva, apresenta-se o PL nº 5.655/09, bem como o Anteprojeto de 2014, elaborado por comissão indicada pelo Ministério da Justiça; ambas proposições normativas visam a atualizar o ordenamento jurídico brasileiro, diante da incompatibilidade do Estatuto do Estrangeiro com as carências do século XXI.

A falta de legislação atualizada se combina à necessidade de política migratória que se volte para as situações reais no Estado brasileiro. Atualmente, o Conselho Nacional de Imigração (CNIg), vinculado ao MTE, é responsável por diversas situações de migrações. Porém, apesar da elaboração, conforme se explanou alhures, de plano de políticas públicas dirigidas aos migrantes, não há posicionamento do Governo Federal.

Não é suficiente, portanto, a promulgação de Leis de anistias ou políticas imediatistas e pontuais para a definição das situações relacionadas com as imigrações no Estado brasileiro. Neste sentido, conclui-se pela necessidade de inserir o tema no âmbito acadêmico a fim de compreender os fluxos migratórios tanto de entrada como saída do Brasil, com foco na compreensão das normas existentes, políticas e órgãos responsáveis pelas migrações, e seus aprimoramentos.

Mais importante ainda é incluir a matéria na pauta das prioridades públicas e metas pós-2015.

No pertinente à cidadania, percebe-se a necessidade de que o Estado brasileiro reconheça a cidadania aos imigrantes, não pelo critério da nacionalidade, mas pela questão da contribuição com a participação no mercado de trabalho, aferição de renda, e devido pagamento de tributos. A cidadania seria fundamental para a inserção na sociedade brasileiro; contudo, é preciso compreender se a nacionalidade não será mais critério, haja vista o papel dos Estados Nacionais no contexto da mundialização. Por enquanto, a cidadania não precisa ser necessariamente eleitoral e o direito de votar nos representantes locais ainda se relaciona-se com a nacionalidade.

Em conclusão, constata-se a necessidade de conciliação dos Direitos Humanos dos migrantes com a soberania nacional, relacionada ao desenvolvimento local, bem como a integração regional, principalmente com os países latino-americanos, tanto com relação aos fronteiriços como imigrantes do continente, ainda que de países não limítrofes. Compreende-se, assim, que a reformulação da legislação e a efetivação de políticas imigratórias adequadas são fundamentais para a preservação dos direitos e consecução do desenvolvimento e precipuamente para o respeito à dignidade humana.

REFERÊNCIAS

BAKURI, Luciana Veloso Rocha Portolese; BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins; DIAS, Vivian Christina Silveira Fernandez. Migrantes clandestinos na região central de São Paulo: a inclusão perversa. In: BOGGIO, Paulo Sérgio; CAMPANHÃ, Camila (Org.). *Família, gênero e inclusão social*. São Paulo: Memnon, 2009. pp. 107-118.

BALTAR, Paulo. Política econômica, emprego e política de emprego no Brasil. *Estudos avançados*, v. 28, nº 81, 2014. pp. 95-114.

BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins; TUPIASSÚ, Alessandra de Cássia Fonseca Tourinho. Os direitos sociais trabalhistas como direitos fundamentais na Constituição de 1988, sua eficácia e a proibição do retrocesso social. *Âmbito Jurídico*, nº 88, Ano XIV, maio 2011. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9198&revista_caderno=25>. Acesso em: 15 out. 2014.

BRASIL. Conselho Nacional de Imigração – CNIg. *Política nacional de imigração e proteção ao trabalhador migrante*, 18 de agosto de 2010. Disponível em: <<http://portal.mte.gov.br/cni/>>. Acesso em: 11 ago. 2014.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 05 de outubro de 1988. 41. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL. *Decreto-lei nº 5.452*, de 1º de maio de 1943 (Consolidação das Leis Trabalhistas). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 15 out. 2014.

BRASIL. Ministério da Justiça. *Portaria nº 2.162 de 2013* (Anteprojeto de Lei das Migrações). Disponível em: <<http://www.cdihic.org.br/wp-content/uploads/2014/05/Anteprojeto-Nova-Lei-de-Migra%C3%A7%C3%B5es.pdf>>. Acesso em: 15 set. 2014.

BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego - MTE. *Base estatística Geral – Detalhamento das autorizações concedidas pelo CNIg (Conselho Nacional de Imigração)*, 31 mar. 2014. Disponível em: <http://portal.mte.gov.br/trab_estrang/estatisticas.htm>. Acesso em: 02 jul. 2014.

BRASIL. *Projeto de Lei nº 5.655 de 20 de julho de 2009*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=443102>>. Acesso em: 07 ago. 2014.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho. *Recurso Ordinário nº 1553620115020/SP*, 16 maio 2013. Disponível em: <<http://trt-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24682789/recurso-ordinario-ro-1553620115020-sp-20130015834-trt-2>>. Acesso em: 15 out. 2014.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Novo desenvolvimento e ortodoxia convencional. In: DINIZ, Eli. *Globalização, estado e desenvolvimento: dilemas do Brasil no novo milênio*. Rio de Janeiro: FGV, 2007. p. 63-92.

BURKE, Edmund. Reflexões sobre as causas do descontentamento atual. In: WEFFORT, Francisco C. (org.). *Os clássicos da política*. 11. ed. São Paulo: Ática, 2006. v. 2. pp. 24-45.

CHOMSKY, Noam. *O lucro ou as pessoas: neoliberalismo e ordem global*. Tradução de Pedro Jorgensen Jr. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

COUTINHO, Aldacy Rachid. Educação e trabalho: uma questão de direitos humanos. In: SILVEIRA, Rosa Maria Godoy et al.

(org.). *Educação em Direitos Humanos: fundamentos teórico-metodológicos*. João Pessoa: Editora Universitária/UFPB, 2007. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/dados/livros/edh/br/fundamentos/index.htm>>. Acesso em: 15 out. 2014.

CRISE DESPERTA DESEJO DE MIGRAR E BRASILEIROS TENTAM EMPREGO NA INGLATERRA E JAPÃO. *Jornal Estadão – Economia*, 06 abr. 2015. Disponível em: <<http://economia.estadao.com.br/blogs/fernando-nakagawa/crise-desperta-desejo-de-migrar-e-mais-pessoas-tentam-emprego-na-inglaterra-e-japao/>>. Acesso em: 10 abr. 2015.

FISCAIS flagram bolivianos em situação semelhante à escravidão em SP. *Globo notícias(G1)*, 16 maio 2014. Disponível em: <<http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2014/05/fiscais-flagram-bolivianos-em-situacao-semelhante-escravidao-em-sp.html>>. Acesso em: 08 ago. 2014.

FREITAS JR., Antonio Rodrigues de. O trabalho à procura de um direito: crise econômica, conflitos de classe e proteção social na Modernidade. *Estudos avançados*. v. 28, nº81, pp. 69-93, 2014.

FRIEDMAN, Thomas L. *O mundo é plano: uma breve história do Século XXI*. Tradução de Cristiana Serra, Sérgio Duarte, Bruno Casotti. Rio de Janeiro: Objetiva, 2007.

FUKUYAMA, Francis. *Construção de Estados: governo e organização mundial no século XXI*. Tradução de Nivaldo Montingelli Jr. Rio de Janeiro: Rocco, 2005.

GAMA, Luiz Carlos Day; MACHADO, Ana Flávia. Migração e rendimentos no Brasil: análise dos fatores associados no período intercensitário 2000-2010. *Estudos Avançados*, v.28, nº81, pp. 155-174, 2014.

HAYEK, Friedrich August von. *Os fundamentos da liberdade*. Tradução de Anna Maria Capovilla e José Ítalo Stelle. São Paulo: Visão, 1983.

INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR MIGRATION – IOM. *Labour migration and human development division: annual review*, 2012. Disponível em: <<http://www.iom.int/files/live/sites/iom/files/What-We-Do/docs/LHD-Annual-Review-2012.pdf>>. Acesso em: 15 out. 2014.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Lisboa – Portugal: Edições 70, 2007.

MARTINS, Thiago Braga; POMPEU, Randal Martins. Pensamento político-econômico liberal do Século XX. Análise do desenvolvimento humano, presente no filme Billy Elliot. In: POMPEU, Gina Vidal Marcília; CARDUCCI, Michele; SÁNCHEZ, Miguel Revenga (Coord.). *Direito Constitucional nas Relações Econômicas: entre o crescimento econômico e o desenvolvimento humano*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. pp. 125-147.

MORIKAWA, Márcia Mieko. *Deslocados internos: entre a soberania do estado e a proteção internacional dos direitos do homem: uma crítica ao sistema internacional de proteção dos refugiados*. Coimbra: Editora Coimbra, 2006.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. *Ata da 68ª Assembleia Geral das Nações Unidas*, de julho de 2013. Disponível em: <<http://www.iom.int/cms/en/sites/iom/home/about-migration/un-documents-1/68th-session-2012.html>>. Acesso em: 25 maio 2014.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. Convenção da Organização das Nações Unidas de 1951 – Estatuto do Refugiado. Disponível em: <http://www.pucsp.br/IIIseminariocatedrasvm/documentos/convencao_de_1951_relativa_ao_estatuto_dos_refugiados.pdf>. Acesso em: 09 ago. 2014.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO – OIT. *Convenção nº 143, imigrações efectuadas em condições abusivas e sobre a promoção da igualdade de oportunidades e de tratamento dos trabalhadores migrantes*. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/content/conven%C3%A7%C3%A3osobremigra%C3%A7%C3%B5es-efectuadas-em-condi%C3%A7%C3%B5es-abusivas-e-sobre-promo%C3%A7%C3%A3o-da-igualdade-de>>. Acesso em: 09 ago. 2014.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO – OIT. *Convenção nº 97, trabalhadores migrantes, 22 jan. 1952*. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/node/523>>. Acesso em: 09 ago. 2014.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL PARA AS MIGRAÇÕES – OIM. *Colóquio sobre direitos humanos na política migratória*

brasileira, set. 2013. Disponível em: <<http://www.brasil.iom.int/2013-01-24-22-49-19>>. Acesso em: 15 out. 2014.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL PARA MIGRAÇÃO – OIM. *Perfil migratório do Brasil 2009*, set. 2010. Disponível em: <http://portal.mte.gov.br/data/files/FF8080812CB90335012CBD3E35CB6605/perfil_migratorio_2009.pdf>. Acesso em: 07 ago. 2014.

PARRATO, Neide et al. *Políticas públicas e migração internacional no Brasil*. São Paulo: Centro de Estudos Migratórios (CEM), 2011.

REICH, Robert Bernard. *Supercapitalismo: como o capitalismo tem transformado os negócios, a democracia e o cotidiano*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

RIBEIRO, Grazielle Cristina Lopes. *Imigração globalizada e Direito*. 2013. 136 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito, Universidade Católica de Brasília, Brasília, 2013.

RITZER, George. *The globalization of nothing 2*. Maryland: Sage Publications, 2007.

RIZEK, Cibele Saliba; GEORGES, Isabel; SILVA, Carlos Freire. Trabalho e imigração: uma comparação Brasil-Argentina. *Lua Nova*, São Paulo, n° 79, pp. 111-142, 2010. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n79/a06n79.pdf>>. Acesso em: 10 ago. 2014.

RODRIGUES, Viviane Mazine. *Migrantes Haitianos no Brasil: Mitos e Contradições*. Disponível em: http://actacientifica.servicioit.cl/biblioteca/gt/GT9/GT9_MozineRodriguezV.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2014.

SICILIANO, André Luiz. *A política migratória brasileira: limites e desafios*. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

SMITH, Adam. *Uma investigação sobre a natureza e as causas da riqueza das nações*. Tradução de Norberto de Paula Lima. Brasil: Hemus, 2008.

TEIXEIRA, Paula de Araújo Pinto. Direitos humanos dos refugiados. *Prismas: Dir., Pol. Pub. e Mundial*, Brasília, v. 6, n° 1, pp. 15-34, jan./jun. 2009.

VENTURA, Deyse; ILLES, Paulo. Qual a política migratória do Brasil, 07 mar. 2012. *Le monde diplomatique Brasil*. Disponível em:

<<http://www.diplomatique.org.br/artigo.php?id=1121>>. Acesso em: 28 nov. 2014.

ZOLO, Danilo. *Globalizzazione: una mappa dei problemi*. Roma-Bari: Laterza, 2004.

DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O DIREITO AO MÍNIMO VITAL

Lilian Márcia Balmant Emerique

Pós-doutora, Doutora e Mestre em Direito; Mestre em Ciências Políticas e Relações Internacionais; Pesquisadora e Professora Adjunta do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro.

Sidney Guerra

Pós-Doutor, Doutor e Mestre em Direito; Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro; Secretário de Administração da Prefeitura de Duque de Caxias – RJ.

1. INTRODUÇÃO

A pessoa humana é considerada como indivíduo em sua singularidade e partindo desta premissa obtém-se o princípio de que esta deve ser “livre” (*liberdade externa* oprimida, apenas, pelos obstáculos próprios da natureza e, ainda, não afastados pelo avanço das ciências correlatas). Por seu turno, como ser social, estando com os demais indivíduos numa relação de igualdade, a pessoa humana passa a receber a carga opressora, também, dos obstáculos à sua vontade, oriundos da organização política da sociedade.

Os direitos humanos fundamentais não podem ser compreendidos como fruto das estruturas do Estado, mas da vontade de todos, ou seja, as liberdades não são criadas e não se manifestam senão, em sua maior parte, quando o povo as quer. Daí, a idéia de Bénéoit: “as liberdades não nascem senão de uma vontade, elas não duram senão enquanto subsiste a vontade de as manter.”¹

O presente artigo pretende demonstrar a inserção da dignidade da pessoa humana no constitucionalismo contemporâneo como direito fundamental e de comando estruturante da organização do Estado, bem como proceder o estudo da dignidade da pessoa humana

1 BÉNOIT, Francis Paul . *Les conditions d' existence des libertes*. Paris: La documentation française, 1985, p. 21 (tradução livre do autor).

à luz da discussão sobre os direitos sociais, em especial sobre o direito ao mínimo vital.

2. CONCEITO

A discussão relativa à dignidade da pessoa humana ganha relevo no plano doméstico dos Estados e no âmbito da sociedade internacional. Assim, para tentar enfrentar a questão, preliminarmente devem ser observados alguns conceitos que foram formulados pela doutrina sobre dignidade da pessoa humana.

Fábio Konder Comparato assinala que a dignidade da pessoa humana não consiste apenas no fato de ser ela, diferentemente das coisas, um ser considerado e tratado como um fim em si e nunca como um meio para a consecução de um determinado resultado. Ela resulta também do fato de que, pela sua vontade racional, só a pessoa vive em condições de autonomia, isto é, como ser capaz de se guiar pelas leis que ele próprio edita. Daí decorre, como assinalou o filósofo, que todo homem tem dignidade e não um preço, como as coisas.²

Ingo Wolfgang Sarlet³ propôs uma conceituação jurídica para a dignidade da pessoa humana: “Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que protejam a pessoa contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano e venham igualmente a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão dos demais seres humanos.”

Ricardo Lobo Torres⁴ acentua que o direito à alimentação, à saúde e educação, embora não seja originariamente fundamental, adquire o status daqueles no que concerne à parcela mínima sem a qual a pessoa não sobrevive.

2 COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 20.

3 SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 60.

4 TORRES, Ricardo Lobo. *Os direitos humanos e a tributação*. Rio de Janeiro: Renovar, 1995, p. 133.

Para Luís Barroso⁵, dignidade da pessoa humana é uma locução tão vaga, tão metafísica, que embora carregue em si forte carga espiritual, não tem qualquer valia jurídica. Passar fome, dormir ao relento, não conseguir emprego são, por certo, situações ofensivas à dignidade humana.

De fato, a dignidade da pessoa humana ganha destaque, não obstante esta seja vista como um conceito de contornos vagos e imprecisos, caracterizado por sua ambigüidade e porosidade, assim como sua natureza necessariamente polissêmica.⁶ Tal relevância pode ser facilmente compreendida à luz dos avanços tecnológicos e científicos da humanidade.⁷

3. A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO

Hodiernamente, as Declarações de Direitos contempladas no plano internacional e as Constituições Substanciais e/ou Formais dos países livres consignam capítulo especial aos Direitos e Garantias Fundamentais, como condição essencial da manutenção da vida em sociedade. Trata-se de uma das maiores conquistas da civilização, em prol da valorização da pessoa humana, consoante Norberto Bobbio:

Todas as declarações recentes dos direitos do homem compreendem, além dos direitos individuais tradicionais, que consistem em liberdades, também os chamados direitos sociais, que constituem poderes.⁸

Do postulado de Norberto Bobbio emergem três posicionamentos, a saber: a) a realidade das liberdades públicas globais configurarem um sistema único (catálogo universal por elas formatado), em face da diagnose lógica-analítica apurar uma natureza comum geral: *libertatum*; b) a existência de espécies (liberdades públicas básicas) que, ao serem “mensuradas” – Ronald Dworkin⁹ – pelas sociedades, formam tensão entre si e, desta forma, necessitam de acomodação

5 BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 296.

6 Idem, p. 38.

7 Também ALVES, Cleber Francisco. *O princípio da dignidade da pessoa humana: o enfoque da doutrina social da igreja*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 118.

8 BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Editora Campos, 1992, p. 21

9 DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2000. pp. 269-304.

harmonizadora; c) a localização do Estado, não como titular de direitos fundamentais, mas como obstáculo para os reais titulares destes (ser humano); em outros termos, os direitos fundamentais compõem os “elementos constitucionais limitativos” exatamente por objetivar restringir (limitar) a ingerência do Estado nas liberdades dos seres humanos (compreendido tanto em grupo quanto isoladamente).

Prima facie, a questão converge para o *modus* de equilíbrio de tal tensão. Por sua vez, o saneamento da problemática fica a cargo da “convenção constituinte” de cada Nação – John Rawls¹⁰ –, que deve eleger e firmar seus peculiares “padrões primários” de equilíbrio das liberdades (via Constituições Substanciais e Formais), para tanto considerando os costumes, tradições, história nacional, religiões, moral “média”, ética, valores axiológicos diversos etc. das respectivas sociedades, do próprio titular e dos “fatores reais de poder com força política”¹¹.

Embora haja uma preocupação significativa com os direitos fundamentais no Brasil e com a valorização da dignidade da pessoa humana, na medida em que estão tutelados e declarados no Texto Constitucional, infelizmente se observa a violação contínua dos referidos direitos e o aviltamento da dignidade humana.

Como assevera Daniel Sarmiento¹², o Estado tem não apenas o dever de se abster de praticar atos que atentem contra a dignidade humana, como também o de promover esta dignidade através de condutas ativas, garantindo o mínimo existencial para cada ser humano em seu território. O homem tem a sua dignidade aviltada não apenas quando se vê privado de alguma das suas liberdades fundamentais, como também quando não tem acesso à alimentação, educação básica, saúde, moradia etc.

4. A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO PRINCÍPIO

Os princípios transmitem a idéia de condão do núcleo do próprio ordenamento jurídico. Como vigas mestras de um dado sistema, funcionam como bússolas para as normas jurídicas, de modo que

10 RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 1997, pp. 211-283.

11 LASSALE, Ferdinand. *A essência da constituição*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, pp. 10-18.

12 SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2000, p. 71.

se estas apresentarem preceitos que se desviam do rumo indicado, imediatamente esses seus preceitos tornar-se-ão inválidos. Assim, consiste em disposições fundamentais que se irradiam sobre as normas jurídicas (independentemente de sua espécie), compondo-lhes o espírito e servindo de critério para uma exata compreensão. A irradiação do seu núcleo ocorre por força da abstração e alcança todas as demais normas jurídicas, moldando-as conforme as suas diretrizes de comando.¹³

Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.¹⁴

A dignidade da pessoa humana¹⁵ se encontra no epicentro da ordem jurídica brasileira, tendo em vista que concebe a valorização da pessoa humana como sendo razão fundamental para a estrutura de organização do Estado e para o Direito. O legislador constituinte elevou à categoria de princípio fundamental da República, à dignidade da pessoa humana (um dos pilares estruturais fundamentais da organização do Estado brasileiro), previsto no art. 1º, inciso III da Constituição de 1988.

O princípio da dignidade da pessoa humana impõe um dever de abstenção e de condutas positivas tendentes a efetivar e proteger a pessoa humana. É imposição que recai sobre o Estado de o respeitar, o proteger e promover as condições que viabilizem a vida com dignidade. Ingo Wolfgang Sarlet amplia-lhe a abrangência:

Para além desta vinculação (na dimensão positiva e negativa) do Estado, também a ordem comunitária e, portanto, todas as entidades privadas e os particulares encontram-se diretamente vinculados pelo princípio da dignidade da pessoa humana(...) Que tal dimensão assume particular relevância em tempos de globalização econômica.¹⁶

13 GUERRA, Sidney; MERÇON, Gustavo. *Direito constitucional aplicado à função legislativa*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002, p. 96.

14 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Elementos de direito administrativo*. São Paulo: RT, 1986, p. 230.

15 AFONSO DA SILVA, José. *Poder constituinte e poder popular*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 146.

16 SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit.*, pp. 109/140.

Sem embargo, o princípio da dignidade da pessoa humana adquiriu contornos universalistas, desde que a Declaração Universal de Direitos do Homem o concebeu em seu preâmbulo¹⁷. Em sequência, o seu artigo 1º proclamou que todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. Dotados de razão e consciência, devem agir uns para com os outros em espírito e fraternidade.

Partindo dessa proclamação, Jorge Miranda sistematizou características da dignidade da pessoa humana, como segue: “a) a dignidade da pessoa humana reporta-se a todas e cada uma das pessoas e é a dignidade da pessoa individual e concreta; b) cada pessoa vive em relação comunitária, mas a dignidade que possui é dela mesma, e não da situação em si; c) o primado da pessoa é o do ser, não o do ter; a liberdade prevalece sobre a propriedade; d) a proteção da dignidade das pessoas está para além da cidadania portuguesa e postula uma visão universalista da atribuição de direitos; e) a dignidade da pessoa pressupõe a autonomia vital da pessoa, a sua autodeterminação relativamente ao estado, às demais entidades públicas e às outras pessoas.”¹⁸

No Brasil, em que pese o elevado grau de indeterminação, o princípio da dignidade da pessoa humana, constitui critério para integração da ordem constitucional, prestando-se para o reconhecimento de direitos fundamentais atípicos e, portanto, as pretensões essenciais à vida humana se afirmam como direitos fundamentais.

5. A QUESTÃO DOS DIREITOS SOCIAIS À LUZ DO MÍNIMO EXISTENCIAL: POSSIBILIDADES E LIMITES

As formulações em torno do mínimo existencial expressam que este apresenta uma vertente garantística e uma vertente prestacional. A feição garantística impede agressão do direito, isto é, requer

17 Declaração Universal de Direitos do Homem o concebeu em seu preâmbulo: “Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo... Considerando que os povos das Nações Unidas reafirmaram, na Carta, sua fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor da pessoa humana e na igualdade de direitos do homem e da mulher, e que decidiram promover o progresso social e melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla.”

18 MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Tomo IV. Coimbra: Coimbra, 1991, p. 169.

cedência de outros direitos ou de deveres (pagar imposto, p. ex.) perante a garantia de meios que satisfaçam as mínimas condições de vivência digna da pessoa ou da sua família. Sob este aspecto, o mínimo existencial vincula o Estado e o particular.

A feição prestacional tem caráter de direito social, exigível frente ao Estado. Neste caso, não se pode deixar de equacionar se esse mínimo é suficiente para cumprir os desideratos do Estado Democrático de Direito.

Um dos problemas em relação ao aspecto prestacional do mínimo existencial consiste em determinar quais prestações de direitos sociais conformam o seu núcleo. Caso seja vencida esta etapa, ainda assim perdurará a dificuldade de saber em relação a cada direito particular qual a extensão da obrigação do Estado de prover ou satisfazer a necessidade ou interesse social ou econômico tutelado pelo direito. Quando um determinado direito social é reconhecido a certas pessoas ou grupos em uma determinada medida, fica a dúvida sobre a possibilidade de estabelecer juízos de comparação entre a situação dos beneficiários, controlando a legalidade e razoabilidade do fator de diferenciação utilizado pelo Estado ao prover, garantir ou promover seletivamente os interesses tutelados pelo direito.

Enfim, a questão do mínimo existencial suscita inúmeras controvérsias como, por exemplo, a conceituação, a identificação de quais prestações são indispensáveis para a manutenção de uma vida digna, a função do Estado na promoção e proteção do mínimo existencial, dentre outros. Toda essa discussão tem como pano de fundo o papel do Direito diante da escassez de recurso e traz à tona a indagação se a escassez de bens ou a necessidade sem satisfação, as carências de muitas pessoas, podem ser resolvidas com a intervenção do Direito na forma de direitos fundamentais ou não? Como compaginar objetivos diversos cujo cumprimento simultâneo resulta problemático? Ainda supondo que um direito pudesse ser garantido plenamente, não iria isto muitas vezes em detrimento da satisfação de outros? E, em tal caso, como arbitrar entre eles? Trata-se do problema da escassez entendida como incapacidade de satisfazer objetivos múltiplos sob restrições. Este problema existe realmente? Não deveriam ser os direitos fundamentais mutuamente compatíveis e complementares?

As respostas aos questionamentos lançados de acordo com Salvador Barberá passam pela atitude de abandonar posturas absolutas

em relação a qualquer objetivo concreto que se formule respeito às formas alternativas de organização social, e em favor de definir graus de cumprimento de cada um, incluídos os de satisfação de distintos direitos, o que permitiria arbitrar entre uns e outros em cada momento ou, inclusive, discutir as possibilidades de ir aumentando as cotas de satisfação de distintos direitos com o passar do tempo.¹⁹

Porém, Salvador Barberá flexibiliza a posição relativista, aceitando a existência de mínimos absolutos de acordo com os quais a defesa das liberdades e demais direitos deveriam adquirir prioridade total, porque deixam de entrar em conflito entre si. Se a desigualdade é um conceito relativo, assim devem ser interpretados os distintos índices que procuram medi-la. Por isso defende que a posição relativista no tratamento dos graus de cumprimento de uns direitos frente a outros, e em relação inclusive com outros objetivos como o crescimento e a eficiência, só pode se sustentar em sociedades onde as cotas mínimas de satisfação de direitos estejam garantidas. Só uma vez, solucionadas as situações de pobreza desesperada, pode-se ter políticas distributivas sofisticadas. Só depois de garantidos direitos elementares, pode-se permitir refinamentos acerca de quais se verão mais satisfeitos que outros, e em que níveis.²⁰

De um modo geral, pode-se afirmar que, em relação aos direitos sociais de cunho prestacional, existem obrigações genéricas do Estado que devem ser devidamente atendidas. Na opinião de Victor Abramovich e Christian Courtis²¹, seriam elas: a) *Obrigação de adotar medidas imediatas* – O Estado deverá implementar, em um prazo razoavelmente breve, atos concretos, deliberados e orientados o mais claramente possível para a satisfação da obrigação e a ele cabe justificar por que não avançou na consecução do objetivo. Dentre as obrigações imediatas do Estado destacam-se: i) *Obrigação de adequação do marco legal*; ii) *Obrigação de vigilância efetiva, informação e formulação de plano*; iii) *Obrigação de provisão de recursos efetivos*; b) *Obrigação de garantir níveis essenciais dos direitos* – O Estado deve demonstrar todo o esforço realizado para utilizar com prioridade a totalidade dos recursos que estão à sua disposição; c) *Obrigação de progressividade*

19 BARBERA, Salvador. Escasez y derechos fundamentales. SAUCA, José Maria. *Op. Cit.*, pp. 226-227.

20 BARBERA, Salvador. Escasez y derechos fundamentales. SAUCA, José Maria. *Op. Cit.*, pp. 226-227.

21 ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. 2ª ed. Madrid: Editorial Trotta, 2004, pp. 79-116.

e proibição de retrocesso – A noção de progressividade demanda o reconhecimento de que a satisfação plena dos direitos prestacionais supõe uma gradualidade e um progresso nas melhorias de condições de gozo e exercício dos direitos sociais. No caso de retrocesso, cabe ao Estado demonstrar a estrita necessidade da medida, comprovando: i) a existência do interesse estatal permissível; ii) o caráter imperioso da medida; iii) a inexistência de cursos de ação alternativas menos restritivas do direito em questão.

A questão do mínimo existencial dentro de uma modalidade prestacional convive com a complexidade de definição de quais direitos e em que amplitude podem ser caracterizados como fundamentais dentre os direitos sociais estipulados na Constituição. Tanto a doutrina interna como externa esbarra no problema da subjetividade do estabelecimento do padrão de referência ideal para a consecução de condições mínimas indispensáveis à manutenção digna da vida.

Ingo Wolfgang Sarlet, em estudo sobre a eficácia dos direitos fundamentais, aponta para a necessidade de reconhecimento de certos direitos subjetivos a prestações ligados aos recursos materiais mínimos para a existência de qualquer indivíduo. A existência digna, segundo ele, estaria intimamente ligada à prestação de recursos materiais essenciais, devendo ser analisada a problemática do salário mínimo, da assistência social, da educação, do direito à previdência social e do direito à saúde.²²

Na concepção de Ricardo Lobo Torres os direitos referentes ao mínimo existencial incidiriam sobre um conjunto de condições que seriam pressupostos para o exercício da liberdade.²³ O autor, inclusive, sustenta a ideia de metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial.²⁴ Tal posicionamento reduz o caráter fundamental dos direitos sociais fora do âmbito do mínimo existencial, extraindo sua plenitude, colocando-os em patamares inferiores, mínimos, de eficácia. O conjunto dos direitos sociais praticamente na sua

22 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, pp. 322-323.

23 TORRES, Ricardo Lobo. *Os Direitos Humanos e a Tributação: imunidades e isonomia*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, pp. 128-129.

TORRES, Ricardo Lobo (org.). *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Ed Renovar, 2ª de, 2002, p. 267.

24 TORRES, Ricardo Lobo. "Metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial". SALET, Ingo Wolfgang. *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, pp. 1-46.

integralidade forma o bloco constitucional dos direitos fundamentais e a identificação com níveis mínimos, em que pese à contribuição para buscar um nível de garantia mais adequado aos referidos direitos, acaba por menosprezar seu impacto deixando a cargo do Estado a cômoda condição de oferecer apenas o mínimo, ainda que este grau seja insatisfatório. Uma verdadeira ótica de implementação dos direitos sociais prestacionais não se coaduna com nivelamentos que excluem determinados direitos ou diminuem as dimensões dos mesmos, até porque esta postura acentua as desigualdades sócio-econômicas.

O mínimo existencial também é objeto de análise por Ana Paula de Barcellos, que o identifica como o núcleo sindicável da dignidade da pessoa humana e inclui como proposta para sua concretização os direitos à educação fundamental, à saúde básica, à assistência no caso de necessidade e ao acesso à Justiça, todos exigíveis judicialmente de forma direta.²⁵

Embora a proposta referida tenha por objetivo evitar a total ineficácia jurídica de vários dispositivos sobre direitos sociais, cabe aclarar que não se deve confundir a materialidade do princípio da dignidade da pessoa humana com o mínimo existencial, nem se pode reduzir o mínimo existencial ao direito de subsistir. Apesar da vasta extensão dos direitos sociais gerarem problemas relacionados à amplitude de sua eficácia e comprometer a credibilidade da construção do Estado Democrático de Direito, não se justifica partir para versões minimalistas abandonando de vez uma visão mais global.

As restrições de direitos fundamentais se justificam quando não violam o núcleo essencial de um determinado direito e são previstas ou autorizadas na Lei Maior; portanto, ainda que sejam direitos sociais, apenas podem ocorrer limitações se fundadas na própria Constituição e não as baseadas no alvedrio do intérprete, bem como devem respeitar o núcleo essencial do direito caso sejam objeto de desdobramentos legislativos.

Os valores de ordem econômica não são postos como absolutos que sobressaiam à efetivação dos direitos sociais cujo propósito consiste na concretização dos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana, embora seja preciso ter certa dose de cautela para não cair no extremo de pensar que o Estado pode tudo. Também não se deve admitir que o Estado não possa nada ou quase nada em função

25 BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 305.

das crises econômicas; neste meio termo se situa a necessidade de equilíbrio entre a dinâmica de emprego da reserva do possível em seu grau máximo, principalmente impedindo retrocessos nas conquistas sociais.

Deste modo, a questão da eficácia dos direitos sociais associada ao atendimento do princípio da reserva do possível dada às situações de escassez enfrentadas pelo Estado não deve ser tomada de forma absoluta ou como um dogma da economia globalizada; antes, o princípio em questão deve ser conjugado com a idéia de otimização dos recursos mediante o emprego do máximo possível para promover a eficácia dos direitos mencionados.

Vale mencionar a experiência ainda em construção na jurisprudência em relação ao mínimo existencial no aspecto prestacional. Destaca-se a decisão proferida pelo relator Ministro Celso Mello em sede da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45 MC/DF, promovida contra o veto presidencial sobre o § 2º do art. 55 (renumerado para art. 59), de proposição legislativa que se converteu na Lei nº 10.707/03 (LDO), destinada a fixar as diretrizes pertinentes à elaboração da lei orçamentária anual de 2004. Embora a ação tenha sido julgada prejudicada em virtude da perda superveniente do objeto devido à edição da Lei mencionada, o relator posiciona-se em relação à idoneidade da mesma para viabilizar a concretização de políticas públicas, quando, previstas no texto constitucional (no caso EC nº 29/00), venham a ser descumpridas, total ou parcialmente, pelas instâncias governamentais destinatárias do comando. Invoca, inclusive, a importância do papel conferido ao Supremo Tribunal Federal no exercício da jurisdição constitucional de tornar efetivos os direitos, econômicos, sociais e culturais. Assim, mesmo com as limitações em torno da cláusula da reserva do possível, existe a necessidade de preservação, em favor dos indivíduos, da integridade e da intangibilidade do núcleo essencial que constitui o mínimo vital.²⁶

26 ADPF 45 MC/DF relator: Min. Celso Mello. Ementa: “Arguição de descumprimento de preceito fundamental. A questão da legitimidade constitucional do controle e da intervenção do Poder Judiciário em tema de implementação de políticas públicas, quando configurada hipótese de abusividade governamental. Dimensão política da jurisdição constitucional atribuída ao Supremo Tribunal Federal. Inoponibilidade do arbítrio estatal à efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais. Caráter relativo da liberdade de conformação do legislador. Considerações em torno da cláusula da “reserva do possível”. Necessidade de

Enfim, é necessária uma ação e um padrão mais uniformizados de atuação dos poderes estatais na realização dos direitos sociais com o intuito de assegurar o mínimo existencial, para evitar que a falta de vontade política e medidas e decisões parciais sejam adotadas, produzindo categorias variadas de oferecimento de prestações de conteúdo universal. Contudo, com isso não se pretende partir para a defesa de um mínimo próprio a cada direito, porque seria o mesmo que nivelar por baixo direitos que não foram hierarquizados na Constituição.

Uma seara um pouco menos controversa diz respeito ao mínimo existencial enquanto objeto de dimensão negativa por parte do Estado; neste campo mais especificamente é possível sustentar a adoção de medidas protetoras das mínimas condições de vida digna para as pessoas, principalmente se tais medidas pretendem evitar ações predatórias relacionadas ao poder de tributar exercido pelo Estado, garantindo as condições iniciais de liberdade e a intributabilidade do mínimo vital.

A imunidade do mínimo existencial se situa aquém da capacidade contributiva, da mesma forma que a proibição de confisco veda a incidência além da aptidão de pagar. Em outras palavras, a capacidade contributiva começa além do mínimo necessário à existência humana digna.²⁷

O mínimo vital no plano tributário é fundamento do princípio da capacidade contributiva e do princípio da igualdade substancial; com isso são vedadas medidas que configurem um desrespeito à capacidade contributiva e que gerem efeitos confiscatórios.

preservação, em favor dos indivíduos, da integridade e da exigibilidade do núcleo substancial do “mínimo existencial”. Viabilidade instrumental da arguição de descumprimento no processo de concretização das liberdades positivas (direitos constitucionais de segunda geração).” Fonte: www.interessepublico.com.br/content/imprime.asp?id=8855, acessado em 26/04/2005.

27 Defendem a vinculação dos tributos ao mínimo vital, dentre outros: TORRES, Ricardo Lobo. *Os direitos humanos e a tributação: imunidades e isenções*. Rio de Janeiro: Renovar, 1995, pp. 121-175; SACHA Calmon Navarro. *O controle de constitucionalidade das leis e o poder de tributar na Constituição de 1988*. Belo Horizonte: Del Rey, 1992, pp. 355-356; 373; COSTA, Regina Helena. *Princípio da capacidade contributiva*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996, pp. 56; 65-68.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A dignidade da pessoa humana representa significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor fonte que conforma e inspira o ordenamento jurídico dos Estados de Direito, traduzindo-se, inclusive, como um dos fundamentos do Estado brasileiro. Entretanto, se por um lado hodiernamente existe uma grande preocupação na tutela da dignidade da pessoa humana (seja no plano doméstico, seja no plano internacional), por outro, evidencia-se que lesões de toda ordem são processadas e aviltam a dignidade humana.

José Augusto Lindgren Alves²⁸ acentua que os direitos humanos vivem situação contraditória nesta fase de “pós-modernidade”. Adquiriram inusitada força discursiva, mas são ameaçados de todos os lados. Afirmaram-se como baliza da legitimidade institucional, mas sofrem rudes golpes de globalização econômica.

As formulações sobre o mínimo existencial expressam que este apresenta uma vertente garantística e uma vertente prestacional. A proposta de estabelecer um rol de direitos que comporia o mínimo vital tem por objetivo evitar a total ineficácia jurídica de vários dispositivos sobre direitos sociais; contudo, cabe aclarar que não se deve confundir a materialidade do princípio da dignidade da pessoa humana com o mínimo existencial nem reduzi-lo ao direito de subsistir. Apesar das dificuldades, não se justifica partir para versões minimalistas abandonando de vez uma visão mais global e nem seria correto definir quais seriam os limites internos de cada direito social selecionado como inerente ao mínimo vital sugerido, visto que igualmente as graduações cairiam no mesmo problema da subjetividade de quem as estipula.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. 2ª ed. Madrid: Editorial Trotta, 2004.

AFONSO DA SILVA, José. *Poder constituinte e poder popular*. São Paulo: Malheiros, 2000.

ALVES, Cleber Francisco. *O princípio da dignidade da pessoa humana: o enfoque da doutrina social da igreja*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

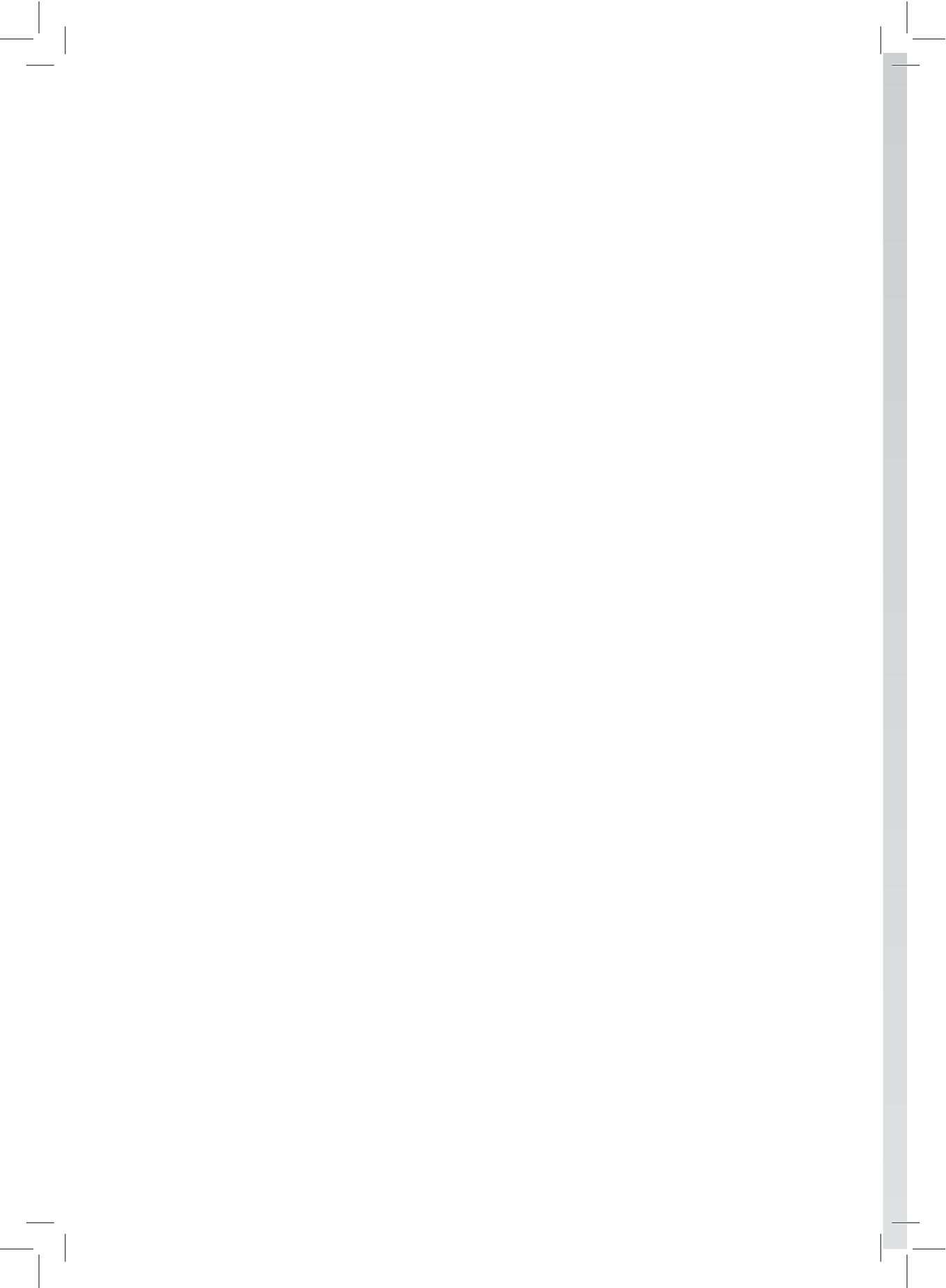
28 ALVES, José Augusto Lindgren. *Os direitos humanos na pós-modernidade*. São Paulo: Perspectiva, 2005, p. 9.

- ALVES, José Augusto Lindgren. *Os direitos humanos na pós-modernidade*. São Paulo: Perspectiva, 2005.
- BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- BÉNOIT, Francis Paul. *Les conditions d'existence des libertes*. Paris: La documentation française, 1985.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 1999.
- COSTA, Regina Helena. *Princípio da capacidade contributiva*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- GUERRA, Sidney, MERÇON, Gustavo. *Direito constitucional aplicado à função legislativa*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Tomo IV. Coimbra: Ed. Coimbra, 1991.
- RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 1997.
- SACHA Calmon Navarro. *O controle de constitucionalidade das leis e o poder de tributar na Constituição de 1988*. Belo Horizonte: Del Rey, 1992.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- _____. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- _____. *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000.

SAUCA, José Maria. *Problemas actuales de derechos fundamentales*. Madrid: Instituto de Derechos Humanos Bartolome de las Casas, Universidade Carlos III de Madrid e Boletín Oficial del Estado, 1994.

TORRES, Ricardo Lobo. *Os direitos humanos na tributação: imunidades e isonomia*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

_____. (Org.) *Teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.



SOLUÇÕES DURADOURAS: O RESPEITO À DIGNIDADE DOS REFUGIADOS E OS AVANÇOS NA AMÉRICA LATINA

Luisa Helena Lemos da Cruz

Bacharel em Relações Internacionais da Universidade de Brasília (IREL/UnB).

As violações dos direitos humanos durante a Segunda Guerra Mundial obrigaram várias pessoas a abandonarem seus lares. Vítimas de perseguição, esses indivíduos já não contavam mais com a proteção de seus países. Fruto da preocupação, à época, de como lidar com essas vítimas, o Direito Internacional dos Refugiados desenvolveu-se e passou a prestar proteção internacional a essas pessoas.

Está sob o mandato do Alto Comissariado das Nações Unidas sobre Refugiados (ACNUR) a condução de ações para a proteção internacional dos refugiados. Para além disso, é de responsabilidade da agência a busca por desenhar soluções duradouras aos desafios enfrentados pelos refugiados.

Essas soluções são imprescindíveis para a concretização da proteção a esse grupo vulnerável e são o foco deste artigo. O compromisso com as soluções duradouras garante o restabelecimento da dignidade dos refugiados após os traumas sofridos no país de origem. Assim, este artigo analisará o princípio do respeito à dignidade humana e como ele se relaciona com a proteção dos refugiados, mais especificamente com as soluções duradouras.

Posteriormente, mostraremos as soluções duradouras apresentadas no marco do ACNUR (UNHCR, sigla em inglês) e como cada uma delas atua em prol da restauração da dignidade do refugiado. Por fim, este trabalho mostrará a experiência da América Latina como exemplo de inovação no tema e de compromisso com o propósito de solucionar os problemas dos refugiados em nível regional.

Importante salientar que este artigo tem o intuito de contribuir com uma reflexão sobre o momento pós-determinação do status de refugiado. O objetivo é expandir a perspectiva de direitos humanos à etapa das soluções duradouras e mostrar a importância delas para a consolidação do processo de proteção e resgate da dignidade dessas

pessoas. Restaurar os direitos desses indivíduos torna-se imperativo desde o momento em que o refugiado foge dos agentes perseguidores no país de origem, durante o processo de solicitação de refúgio e também no período de implementação de soluções duradouras (CANÇADO TRINDADE, 2003).

1. PRINCÍPIO DO RESPEITO À DIGNIDADE HUMANA

O princípio da dignidade humana foi citado pela primeira vez em um instrumento internacional de direitos humanos a partir da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (1948) que expõe a igual dignidade de todos os seres humanos. A Declaração ainda ressalta que

O cumprimento do dever de cada um é exigência do direito de todos. Direitos e deveres integram-se correlativamente em toda a atividade social e política do homem. Se os direitos exaltam a liberdade individual, os deveres exprimem a dignidade dessa liberdade (Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, 1948, preâmbulo).

Em dezembro do mesmo ano, a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 declarou que *“all human beings are born free and equal in dignity and rights. They are endowed with reason and conscience and should act towards one another in a spirit of brotherhood”* (ONU, 1948). Estabelece-se, portanto, um compromisso de que a dignidade de todos os seres humanos deva ser igualmente respeitada e que todos tenham os mesmos direitos. A Declaração enfatiza a importância da garantia dos direitos humanos para o respeito à dignidade humana, ressaltando a igual relevância dos direitos econômicos, sociais e culturais nesse contexto de salvaguarda da dignidade (artigo 22).

O princípio constitui fonte dos direitos humanos, como estabelecem o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais em seu preâmbulo: *“recognizing that these rights derive from the inherent dignity of the human person”* (ONU, 1966; 1976). Estes mesmos instrumentos internacionais evocam a Carta das Nações Unidas que institui a dignidade humana como fundamento da liberdade, da paz e da justiça no mundo.

A importância nuclear do princípio do respeito à dignidade humana para o Direito Internacional dos Direitos Humanos é

ênfâtizado em resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas que determina que os instrumentos internacionais relativos aos direitos humanos sejam derivados da dignidade e valor inerente do ser humano (UNGA, 1986 *apud* MCCRUDDEN, 2008).

A dignidade humana também ganhou destaque na Declaração e Programa de Ação de Viena (1993) que trouxe o princípio em linhas gerais como fonte dos direitos humanos. E a relacionou a questões específicas de direitos humanos como a luta contra a discriminação racial, a violência de gênero, a proibição de tortura e os direitos dos povos indígenas, entre outras (MCCRUDDEN, 2008). A Declaração de Viena em consonância com seu trabalho para cristalizar o entendimento de que os direitos humanos são indivisíveis, universais e interdependentes, determinou que os Estados partes do documento reconheçam e afirmem que

All human rights derive from the dignity and worth inherent in the human person, and that the human person is the central subject of human rights and fundamental freedoms, and consequently should be the principal beneficiary and should participate actively in the realization of these rights and freedoms (Declaração de Viena, 1993, grifo nosso).

Outros documentos internacionais de direitos humanos específicos referem-se ao princípio, como a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra Mulheres e a Convenção sobre os Direitos das Crianças.

Em paralelo à atenção que os documentos internacionais lançam sobre o princípio do respeito à dignidade humana, há esforços por parte de acadêmicos para definir o conteúdo da dignidade. Christopher McCrudden (2008) defende que um conteúdo mínimo do princípio engloba três elementos. O primeiro refere-se ao valor intrínseco de cada ser humano. O segundo determina que esse valor deve ser reconhecido e respeitado por outros. Por fim, o terceiro elemento, destinado à relação entre o ser humano e o Estado, relaciona-se com a obrigação dos Estados de respeitar e garantir os direitos humanos dos cidadãos.

Luís Roberto Barroso (2012), por outro lado, ressalta a autonomia do indivíduo de fazer suas próprias escolhas no conteúdo mínimo da dignidade. Essa autonomia exige condições para ser exercida livremente. É nesse sentido que os direitos humanos,

quando assegurados, possibilitam a autonomia do ser humano e, por consequência, garantem o respeito à dignidade da pessoa humana (CAPPS, 2009). A dignidade humana também atua como uma fonte de direitos e, por consequência, de deveres que não se encontram codificados no ordenamento legal e ademais possui uma função interpretativa em casos de lacunas ou imprecisões sobre o entendimento de determinado direito (BARROSO, 2012).

Cançado Trindade (2010) destaca a importância do princípio como norteador na igual proteção conferida aos seres humanos que se traduza no respeito pelos Estados aos direitos de cada indivíduo

By virtue of this fundamental principle, every person ought to be respected by the simple fact of belonging to the human kind, independently of her condition, of her statute of citizenship or her migratory status, or any other circumstance (p. 91).

A dignidade humana, portanto, constitui a fundação do Direito Internacional dos Direitos Humanos e, portanto, constitui diálogo inequívoco com o Direito Internacional dos Refugiados, como será exposto na seção seguinte.

2. A CONVERGÊNCIA ENTRE OS DIREITOS HUMANOS E A PROTEÇÃO DOS REFUGIADOS

Violações dos direitos humanos são a maior causa de fluxos de refugiados, como aponta o ACNUR (1995). A inexistência do respeito à dignidade das pessoas as levam a abandonar seus países como forma de se proteger de quadros de conflito e insegurança. Sob esse enfoque, o respeito dos Estados aos direitos humanos compreende uma face de prevenção à eclosão de fluxos de refúgio.

O Direito Internacional dos Refugiados busca resguardar esses indivíduos conferindo proteção em um país de asilo, assim que é determinado o status de refugiado à pessoa. Após o início do procedimento de solicitação do refúgio, porém, muito se perde da atenção dada a esse grupo vulnerável. Como indica o ACNUR (2003), as necessidades de solicitantes de refúgio e refugiados não aparecem por muitas vezes como preocupação nos planos de desenvolvimento dos países.

O sofrimento vivenciado no país de origem é substituído por um horizonte de incertezas. A proliferação de campos de refugiados marca os anos recentes em que diversos conflitos despontaram no

cenário internacional. A vida nova no país de asilo guarda desafios que podem ser melhor abordados com a observância do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

O Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Direito Internacional dos Refugiados, juntamente com o Direito Internacional Humanitário- considerados as três vertentes de proteção internacional da pessoa humana- convergem em uma interação em prol de um propósito comum: a salvaguarda do ser humano. Portanto, o Direito Internacional dos Direitos Humanos torna-se imprescindível para a garantia da dignidade dos refugiados, como ressalta a Declaração do Brasil (2014)

Enfatizamos as convergências e o caráter complementar do Direito Internacional dos Direitos Humanos, do Direito Internacional dos Refugiados e do Direito Internacional Humanitário, de modo a proporcionar um marco jurídico comum para fortalecer a proteção, à luz do princípio da dignidade da pessoa humana, dos refugiados e de outras pessoas que dela necessitem, em razão de sua situação de vulnerabilidade (preâmbulo da Declaração do Brasil, 2014).

O Comitê Executivo do Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados historicamente reafirmou a relação entre os direitos humanos e a proteção dos refugiados. Essa posição reflete uma mudança de conduta do ACNUR que ampliou ao longo do tempo o entendimento sobre a proteção no escopo do Direito Internacional dos Refugiados, englobando os momentos de prevenção, refúgio e solução duradoura sob a perspectiva dos direitos humanos (CANÇADO TRINDADE et al, 1996).

O professor Antônio Augusto Cançado Trindade (2003) destaca algumas conclusões sobre a Proteção internacional dos Refugiados do Comitê Executivo do ACNUR que ressaltam a relação entre os direitos humanos e a proteção dos refugiados.

Em conclusão nº 22, o Comitê Executivo (UNHCR, 1981) reforça a importância de garantia de padrões mínimos de tratamento dos solicitantes de refúgio: eles devem ter acesso à justiça, não podem ter sua liberdade de movimento restringida, nem podem ser discriminados por qualquer razão e nem submetidos a tratamentos degradantes. Os direitos civis presentes na Declaração Universal de Direitos Humanos devem ser garantidos aos solicitantes e eles devem receber assistência para gozar de necessidades básicas como alimentação, moradia e serviços de saúde. Como aponta Cançado

Trindade (2003), as “normas mínimas básicas” referidas na conclusão são do âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos, explicitando a convergência entre as duas vertentes.

A conclusão nº 50 (UNHCR, 1988) do Comitê Executivo enfatiza a garantia dos direitos humanos, principalmente os econômicos e sociais, como fundamental para o restabelecimento da dignidade dos refugiados

Recognized that the enhancement of basic economic and social rights, including gainful employment, is essential to the achievement of self-sufficiency and family security for refugees and is vital to the process of re-establishing the dignity of the human person and of realizing durable solutions to refugee problems (p. 2).

O tratamento e postura dos Estados frente aos refugiados e solicitantes de refúgio devem estar em concordância tanto com o Direito Internacional dos Refugiados como com o Direito Internacional dos Direitos Humanos (UNHCR, 1997, conclusão nº 82). Os princípios de direitos humanos, o que inclui o princípio do respeito à dignidade humana, devem pautar o exercício da proteção aos refugiados (UNHCR, 1989, conclusão nº 56), inclusive e, especialmente, na implementação das soluções duradouras.

3. SOLUÇÕES DURADOURAS: RESPOSTAS EM CONSONÂNCIA COM OS DIREITOS HUMANOS

O Comitê Executivo do ACNUR, em conclusão recente, reiterou que o propósito final da proteção internacional é a efetivação de soluções duradouras para os refugiados (UNHCR, 2005, conclusão nº 104). Elas são a etapa final para a restauração da dignidade dos refugiados. Consequentemente, também devem ser tratadas sob a ótica dos direitos humanos em interação com o intuito de proteção desses indivíduos, como o Comitê Executivo aprecia em sua 56ª conclusão (UNHCR, 1989).

No mesmo ano, o Comitê (UNHCR, 1989, conclusão 58) expressou a preocupação com a migração irregular de refugiados e solicitantes de refúgio de um país onde já haviam recebido proteção. O documento afirma que esse fenômeno tem ocorrido pela inexistência de soluções duradouras e pela ausência de oportunidade de emprego e educação no país. As soluções duradouras são fundamentais para

eliminar a dependência do refugiado à assistência internacional e promover sua autossuficiência.

No âmbito do ACNUR, foram desenvolvidas três soluções avaliadas como duradouras para sanar as necessidades dos refugiados: a repatriação voluntária, a integração local e o reassentamento. As três buscam dar ao refugiado a condição de recomeçar sua vida de forma digna. São oportunidades dadas ao indivíduo de desenvolver seus potenciais e de contribuir com a sociedade em que se encontra, livre das limitações que a dependência à assistência humanitária causa (UNHCR, 2003).

Atualmente, a repatriação voluntária tem sido considerada a solução duradoura mais desejável. Porém, essa não foi uma constante na história da proteção internacional dos refugiados. Durante a Guerra Fria, a repatriação não aparecia como solução para aqueles que fugiam de regimes comunistas e coloniais, por receio de provocar o retorno forçado dos refugiados. Na década de 1990, entretanto, houve uma mudança brusca nessa percepção, sendo esse período marcado pela repatriação, já que o fim da Guerra Fria permitiu um ambiente mais propício à volta dos refugiados ao país de origem (HAMMOND, 2014). De acordo com o ACNUR, entre 1991 e 1996, nove milhões de refugiados retornaram ao país de origem (UNHCR, 2004).

As conclusões 29 e 79 do Comitê Executivo (UNHCR, 1983, 1996) reiteram a prioridade da repatriação voluntária como a solução duradoura mais desejável. A valorização dessa solução duradoura pode ser explicada por dois motivos na visão de Goodwin-Gill e McAdam (2007): a repatriação voluntária é a garantia do direito de retorno que o refugiado possui ao país de origem e, além disso, satisfaz o interesse dos Estados de asilo que não desejam estabelecer obrigações com a população de refugiados.

A preocupação com essa solução é justamente quando o interesse do Estado sobrepõe o bem estar do refugiado. É por isso que o caráter voluntário da repatriação é reiteradamente ressaltado pelo ACNUR, pois garante que o processo não culmine em um retorno forçado do indivíduo atendendo primeiramente à vontade do Estado de asilo. (GOODWIN-GILL & MCADAM, 2007).

Entretanto, a preferência da comunidade internacional pela implementação da repatriação deve ser relativizada. Primeiramente, muitos conflitos permanecem, impedindo que o retorno seja visto como a primeira solução a ser buscada. Nesse caso, o refugiado não

pode esperar por décadas por um momento de repatriação e deve ser assistido com outras soluções duradouras que possam restaurar sua dignidade.

Em segundo lugar, mesmo quando a situação de conflito no país de origem cessa, o trauma pelo qual o refugiado passou pode impedi-lo de se sentir capaz de retornar. Ao mesmo tempo, experiências muito positivas no país de asilo como o estabelecimento de vínculos sociais – casamento, nascimento de filhos – tornam a estada mais desejável que a repatriação.

Sendo a repatriação voluntária a solução escolhida, o próximo passo é a reintegração dos refugiados. Apesar de estarem voltando ao país de origem, isso não significa que o processo não possa ser carregado de obstáculos, como uma possível repulsa da comunidade local aos regressos e, além disso, as dificuldades socioeconômicas que são encontradas após os conflitos (HAYDA, 2011).

Mesmo assim, a repatriação voluntária constitui um meio de restabelecimento da dignidade do refugiado, pois permite que ele possa retornar ao país de origem sem enfrentar riscos à segurança e com a possibilidade de retomar a vida de onde ela foi abruptamente modificada. Isso, porém, não retira ressalvas a essa solução duradoura que hoje em dia não pode ser facilmente alcançada em determinadas crises humanitárias, já que muitos conflitos perduram por décadas.

Para além da repatriação, as outras soluções podem efetivamente responder ao objetivo de dar ao refugiado sua dignidade de volta. Para Fielden (2008), a integração local é uma solução sub-documentada, o que impediu uma compreensão adequada dos benefícios dela para a reconstrução da vida dos refugiados. A integração depende do compromisso do Estado de asilo em desenvolver políticas públicas que garantam o acesso dos refugiados aos seus direitos. Essa solução também demanda o envolvimento dos próprios refugiados e da comunidade local. Essa deve estar aberta para receber indivíduos com uma carga cultural diversa; ao mesmo tempo exige-se dos refugiados a adaptação a uma nova realidade, sem que os mesmos se desfaçam de sua identidade cultural.

A integração local envolve três dimensões para ser consolidada. A primeira refere-se à esfera legal, pela qual o refugiado passa a deter tanto direitos quanto deveres perante o Estado de refúgio. A integração local também perpassa um processo econômico, pelo qual o refugiado alcança independência da assistência humanitária.

Em outras palavras, o refugiado torna-se autossuficiente. Por fim, essa solução duradoura também é um processo social. Envolvendo o refugiado e a comunidade do país de asilo, a integração local se dá de forma que o refugiado não se intimide ou seja discriminado em seu novo espaço de convivência. Perpassa, portanto, pela adaptação do refugiado à nova realidade e pelo respeito da comunidade local aos diferentes hábitos culturais dos refugiados (CRISP, 2004).

A Convenção de 1951 estabelece em seu artigo 34 que os Estados membros atuem para facilitar a naturalização dos refugiados. Esse processo pode ser visto como o alcance da integração plena do refugiado no país de asilo, porém ela não se resume à naturalização e nem exige que isso aconteça para que o Estado atue proativamente para assimilação dos refugiados à sociedade. Como já exposto, a integração envolve diversas dimensões e caminha para que o refugiado possa desenvolver um projeto de vida no país de asilo.

Um dos maiores desafios enfrentados para a integração local é a prática de assentamento de refugiados em campos (HOVIL, 2014). A reclusão dos refugiados em campos impede a integração à comunidade local, além de que muitos deles não possuem a estrutura e organização necessárias para assegurar direitos básicos aos refugiados, como alimentação, água potável, moradia, entre outros.

A integração local leva em conta que o refugiado pretende se estabelecer no país de asilo. Por isso, é imprescindível que ele possa se desenvolver assim como a população em geral, trabalhando e sendo capaz de se integrar com a comunidade em que vive. Por isso, algumas questões – legais e assistenciais – ganham especial relevância nesse contexto: o acesso do refugiado à carteira de trabalho, a capacitação profissional para a entrada no mercado de trabalho, aulas de ensino da língua do país de asilo, orientação sobre procedimentos para acesso à moradia e garantia pelo Estado de acesso à saúde e educação.

A incapacidade ou impossibilidade do Estado de asilo de proteger os refugiados em algum aspecto pode levar à terceira solução: o reassentamento (GOODWIN-GILL & MCADAM, 2007). Essa solução teve seu ápice durante o período da Guerra Fria, mais precisamente nos anos 1970 e 1980 quando foi utilizada para auxiliar os países de asilo que recebiam grandes populações de refugiados asiáticos (VAN SELM, 2014).

Atualmente, não é a solução mais disseminada e, apesar de 958 mil pessoas necessitarem ser reassentadas, em 2015 só haverá

capacidade estimada para efetivamente reassentar um pouco mais de 70 mil pessoas (UNHCR, 2014b). Apesar disso, mantém-se uma solução de extrema importância na atual conjuntura, como apresenta Andrés Ramirez, representante do ACNUR no Brasil,

Os principais conflitos mundiais e regionais não mostram sinais de que estão sendo resolvidos, e essa situação dificulta a repatriação voluntária. Ao mesmo tempo, problemas de proteção persistem e a integração local tem sido muito difícil para os refugiados mais vulneráveis e, portanto, o reassentamento é considerado uma solução duradoura para esses casos (ACNUR, 2010).

O reassentamento garante ao refugiado já reconhecido um novo país de asilo quando, por razões de segurança ou por dificuldades de integração, ele não consiga permanecer no primeiro país de asilo (MENEZES, 2011). Atualmente, há grupos de contato estabelecidos pelo ACNUR para atender a alguns casos de prioridade, como o de afegãos no Irã, afegãos no Paquistão, colombianos no Equador, butaneses no Nepal, e mais recentemente os congolese da República Democrática no Congo que estão no Burundi, Ruanda e Uganda e os sírios em países vizinhos ao conflito (Executive Committee, 2014).

O processo de reassentamento leva em conta critérios estabelecidos pelo ACNUR para a escolha dos refugiados a integrarem o programa. São escolhidos os refugiados nas seguintes situações: quando seus direitos são violados e sua integridade física encontra-se ameaçada; aqueles que foram vítimas de tortura e violência e quando as condições do país de asilo não são favoráveis para o tratamento ou podem intensificar o trauma do refugiado; aqueles que necessitam de tratamento médico, porém o primeiro país de asilo é incapaz de fornecê-lo; as refugiadas que encontram-se em risco devido ao gênero, como potenciais vítimas de tráfico de pessoas e abusos; como forma de reunião familiar; como proteção a crianças e adolescentes que se encontram indevidamente protegidos pelo país de asilo; quando não há perspectivas que as outras duas soluções duradouras possam ser aplicadas ou quando o reassentamento for usado estrategicamente e permita novos cenários de solução duradoura à população refugiada (UNHCR, 2011).

O reassentamento aparece, portanto, como um meio de restabelecimento da dignidade do refugiado quando o primeiro

país de asilo não foi o ambiente mais propício para que o indivíduo retomasse sua vida e tivesse seus direitos assegurados.

A próxima seção se dedica à análise das ações da América Latina como referência em avanços em matéria de soluções duradouras. Apesar de não ser a região com maior número de refugiados no mundo, os Estados têm apresentado grande disposição para caminhar na direção do desenvolvimento das soluções duradouras, como etapa fundamental no processo de proteção dos refugiados que se encontram na América Latina.

4. OS AVANÇOS DA AMÉRICA LATINA: SOLUÇÕES DURADOURAS EM HARMONIA COM A SITUAÇÃO REGIONAL

Os avanços latino-americanos em matéria de proteção de refugiados iniciam-se com a Declaração de Cartagena de 1984. Apesar de não ser legalmente vinculante, o documento regional deu bases para a expansão do conceito de refugiado, incluindo aqueles indivíduos que fugiram de seus países de moradia “porque a sua vida, segurança ou liberdade tenham sido ameaçadas pela violência generalizada, a agressão estrangeira, os conflitos internos, a violação maciça dos direitos humanos ou outras circunstâncias que tenham perturbado gravemente a ordem pública” (Declaração de Cartagena, 1984, terceira conclusão). A violação dos direitos humanos passa a ser motivação para o reconhecimento do status de refugiado. Vários países da região internalizaram a Declaração de Cartagena no direito interno demonstrando o peso do documento no aprimoramento da proteção regional aos refugiados.

O documento regional apresenta preocupação com um ambiente mais favorável à proteção dos refugiados que se encontram em regiões fronteiriças. A instalação dos acampamentos no interior dos países de asilo é sugerida como uma forma de promover a integração dos refugiados à sociedade e de garantir os direitos humanos desses indivíduos (sexta conclusão). A integração econômica por meio do emprego é especificamente destacada como canal para assegurar os direitos econômicos, sociais e culturais dos refugiados (décima primeira conclusão).

Os impactos positivos da Declaração de Cartagena abriram espaço para a elaboração, dez anos depois, da Declaração de São José sobre Refugiados e Deslocados Internacionais (1994), que se debruçou também sobre a problemática dos deslocados internos. O documento

reiterou a convergência do Direito Internacional dos Direitos Humanos e do Direito Internacional dos Refugiados com o intuito de proteção plena dos refugiados. Destacou que os direitos humanos dos refugiados e deslocados devem ser respeitados “antes, durante e depois do seu êxodo ou do regresso aos seus lares, devendo ser-lhes proporcionado o necessário para garantir o seu bem-estar e dignidade humana” (Declaração de San José, 1994, décima conclusão).

Entretanto, são a Declaração e o Plano de Ação do México (PAM) que possuem mais relevância em termos de soluções duradouras dentre os avanços da região. Apoiado por vinte países da América Latina, o PAM ressalta a importância da solidariedade entre os países como a melhor forma de responder as necessidades de proteção dos refugiados na região e de encontrar soluções duradouras aos problemas dos refugiados.

A Declaração e o Plano de Ação do México inovaram ao traçar programas de soluções duradouras para refugiados. Entre eles, os programas Reassentamento Solidário, Cidades Solidárias e Fronteiras Solidárias. Os três programas respondem a dois cenários de desafio: a expansão do número de refugiados assentados em espaços urbanos na América Latina e os inúmeros refugiados colombianos instalados nas regiões de fronteira da Colômbia com Equador, Panamá e Venezuela (Plano de Ação do México, 2004, capítulo terceiro)

O programa de Reassentamento Solidário é uma iniciativa brasileira de cooperação regional com países da região que detêm grandes populações de refugiados- especialmente Costa Rica, Equador e Venezuela. Na região, cinco países desenvolveram o programa – Argentina, Brasil, Chile, Paraguai e Uruguai– que assistem tanto a pessoas da região como indivíduos vindos de fora, como foi o caso de reassentamento, no Chile e no Brasil, de refugiados palestinos provindos das fronteiras entre Síria e Iraque (WHITE, 2012).

Resettlement in solidarity is an idea in progress that, if successful, can lead to both a new approach to refugee protection in light of acute refugee crises, and to a new model of dialogue among States and among actors involved in refugee protection. This is relevant in so far as International Refugee Law, as Human Rights Law, is founded on the principle of human dignity. Hence, to be effective, resettlement has to be analyzed both in light of its actual results and its adequacy to uphold the most protective standards of human dignity (JUBILUT; CARNEIRO, 2011 *apud* WHITE, 2012, p. 4).

O programa fundamenta-se nos princípios de solidariedade internacional e responsabilidade compartilhada na proteção aos refugiados. Além disso, no caso do Equador, permite a manutenção de espaço para a chegada de novos refugiados provindos da Colômbia.

De acordo com o relatório do ACNUR (2014b) sobre a projeção das necessidades de reassentamento em 2015, na região da América Latina, o Equador continua sendo o país com o maior número de refugiados e solicitantes de refúgio e, portanto, o maior alvo de reassentamento. Quase a totalidade dos refugiados no Equador são colombianos que cada vez mais tem participado de programas de reassentamento. Em 2013, 1.045 colombianos foram beneficiados pelo reassentamento solidário (UNHCR, 2014b).

O Brasil também realiza o reassentamento em procedimento *fast-track*, que consiste em casos emergenciais em que a decisão sobre o reassentamento ocorre em 72 horas, o que é considerado uma boa prática pelo ACNUR. Até maio de 2010, 93 pessoas foram reassentadas por esse processo, o que equivalia a 19% do total de reassentados no Brasil (UNHCR database).

Outro programa do PAM, o Fronteiras solidárias tem se concentrado no caso dos refugiados que se encontram nas fronteiras com a Colômbia. As fronteiras costumam ser regiões com escassa estrutura e prestação de serviços, o que impede a satisfação dos direitos humanos dos refugiados. O acesso à moradia aparece com um dos maiores obstáculos para quem reside nesses espaços. Essa já é uma dificuldade enfrentada pelos refugiados em geral, porém é agravada nas áreas fronteiriças que fracamente recebem programas públicos de assistência. Uma das iniciativas que aparecem no marco do Fronteiras Solidárias são os projetos de assistência desenvolvidos pelo ACNUR com parceiros na Colômbia e em regiões de fronteira com o país (UNHCR, 2007). O intuito do programa é promover a capacidade das comunidades de fronteira em receber os refugiados e em prover condições dignas de vida (FELLER, 2006).

Já o programa Cidades Solidárias busca a integração dos refugiados nas cidades, incentivando a inclusão deles em serviços públicos de educação, saúde e moradia. Além disso, promove-se a integração econômica do refugiado por meio de sua inserção no mercado laboral em parceria com o setor privado. Esse programa foi criado como resposta ao dado de que 70% das pessoas que necessitam de proteção sob o mandato do ACNUR encontram-se em grandes

e médias cidades. Além disso, um dos focos do Cidades Solidárias é oferecer treinamento e orientação laboral aos refugiados, além de capacitá-los profissionalmente para que possam entrar no mercado de trabalho. O programa se estrutura por meio de acordos entre o ACNUR e os governos municipais que criam políticas públicas para garantir aos refugiados direitos como moradia, educação e saúde (VAROLI, 2010).

Mais recentemente, a região reafirmou seu compromisso com a proteção dos refugiados por meio da Declaração e Plano de Ação do Brasil (2014). Esses documentos chamam a atenção para a importância da “execução simultânea” das soluções duradouras para melhor responder aos novos cenários de refúgio na América Latina. O Plano avança com os três programas do PAM e propõe novos, como os programas Repatriação Voluntária e Mobilidade Laboral. O programa Cidades Solidárias do PAM foi reformulado no processo da Declaração do Brasil e passou a ser denominado de Integração Local, não mais restringindo seu enfoque a áreas urbanas.

Em relação ao programa de Reassentamento Solidário, além da situação do Equador com grandes volumes de refugiados, o Plano de Ação do Brasil propõe priorizar a situação dos três países do Triângulo Norte da América Central- El Salvador, Guatemala e Honduras- que enfrentam desafios devido à atuação das organizações criminosas transnacionais. Além disso, o documento incentiva que o programa possa ser usado em assistência a crises humanitárias internacionais, com o estabelecimento de cotas de reassentamento (Plano de Ação do Brasil, 2014).

Uma das mais recentes iniciativas na região, e que compõe um dos programas do Plano de Ação do Brasil, é a Mobilidade Laboral. Proposta pelo Brasil na consulta subregional do MERCOSUL, ainda encontra-se em fase piloto (2014-2016) e tem como intuito permitir “o livre trânsito de refugiados a terceiros países onde possam ter acesso a emprego remunerado e conseguir a autossuficiência econômica” (Plano de Ação do Brasil, 2014, capítulo terceiro). O programa recomenda a capacitação profissional do refugiado, o desenvolvimento de programas de ensino de língua e a reformulação de processos de revalidação e homologação de estudos.

O projeto, a ser implantado pioneiramente no estado do Rio Grande do Sul, no Brasil, destina-se a promover a autossuficiência dos refugiados, estimulando a solução duradoura da integração local.

A escolha dos refugiados que vão participar do projeto se diferencia das outras propostas regionais: “os beneficiários do projeto serão refugiados colombianos que não se encontram em situação de vulnerabilidade prolongada e que estejam aptos a trabalhar logo após sua chegada ao Brasil” (UNHCR, 2014a).

Ainda não é possível avaliar as novidades do Plano de Ação do Brasil, entretanto, os programas convergem com o espírito de solidariedade presente na série de documentos regionais, especialmente no Plano de Ação de México. O interesse da América Latina pela busca de soluções duradouras representa um esforço coordenado em responder a questões relativas sobre refugiado de forma coletiva. Tanto as propostas do Plano de Ação do México como as do Plano de Ação do Brasil basearam-se no diagnóstico de necessidades regionais em que os Estados avaliaram ser imprescindível o trabalho conjunto para solucioná-las. No contexto da Declaração do Brasil, a crise colombiana se mantém no foco, mas é acompanhada de novos desafios como a situação do Triângulo do Norte em que a atuação de organizações criminosas transnacionais têm gerado grandes fluxos de refugiados para países vizinhos (Plano de Ação do Brasil, 2014, capítulo quarto).

Apesar da preferência pela repatriação voluntária ser apresentada em diversos documentos, a América Latina mostra enorme apreço pela efetivação das outras duas soluções duradouras, integração local e reassentamento. A preocupação em desenvolver programas de solução duradoura em harmonia com a realidade da região reflete o compromisso dos Estados da América Latina em restaurar a dignidade humana dos refugiados. Todas as iniciativas são orientadas por uma ótica de direitos humanos, buscando as melhores experiências de acordo com a situação específica dos refugiados.

CONCLUSÃO

O artigo apresentou as soluções duradouras como um esforço de restauração da dignidade dos refugiados. O princípio de respeito à dignidade humana é apontado em diversos instrumentos internacionais como a fonte dos direitos humanos. Os mesmos documentos internacionais reiteram a dignidade humana como pilar para o Direito Internacional dos Direitos Humanos que, ao lado do Direito Internacional dos Refugiados, representa uma das três vertentes de proteção internacional da pessoa humana.

As violações dos direitos humanos são apontadas como uma das causas dos fluxos de refúgio. O cenário de perseguição e insegurança a que muitos são submetidos traduz-se na perda da dignidade humana, como expressa o seguinte trecho do Professor Antônio Augusto Cançado Trindade

Con el desarraigo (...) uno pierde medios espontáneos de expresión y de comunicación con el mundo exterior, así como la posibilidad de desarrollar un proyecto de vida: “es, pues, un problema que concierne a todo el género humano, que involucra la totalidad de los derechos humanos, y, sobre todo, que tiene una dimensión espiritual que no puede ser olvidada, aún más en el mundo deshumanizado de nuestros días” (CANÇADO TRINDADE, 2001, pp. 45-46).

Essa dignidade é restaurada com soluções duradouras para os desafios enfrentados pelos refugiados. Esse artigo apresentou as três soluções tradicionalmente promovidas pelo ACNUR em seu mandato. A repatriação voluntária, a integração local e o reassentamento trabalham para dar condições aos refugiados de reaver um projeto de vida. O desenvolvimento dessas soluções corresponde à etapa final de proteção do refugiado que deve estar em consonância com os direitos humanos.

A América Latina tem dedicado esforços para o desenvolvimento de soluções duradouras tanto quanto para a melhoria do procedimento de determinação do status de refugiado. Os Estados pautam-se pelo princípio de solidariedade e buscam compartilhar a responsabilidade sobre a problemática do refúgio, tendo como propósito a integração dos refugiados ao espaço latino-americano.

A região, como argumenta Jubilut (2014), ganhou relevância no tema de refúgio pelo papel que desempenhou em desenvolver o Direito Internacional dos Refugiados desde a Declaração de Cartagena, e pelos esforços coletivos no assunto que a tornou referência.

As iniciativas regionais aproximaram a proteção dos refugiados aos direitos humanos, como o fez a Declaração de San José explicitamente. O professor Cançado Trindade afirma também o papel crucial da Declaração de Cartagena (1984) para estabelecer o vínculo entre as duas vertentes internacionais de proteção da pessoa

En América Latina, la Declaración de Cartagena sobre los Refugiados (1984) enmarcó, como se sabe, la protección de

los refugiados en el universo de los derechos humanos. La Declaración de 1984 estableció un vínculo clarísimo entre los dominios del Derecho Internacional de los Refugiados y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (CANÇADO TRINDADE; RUIZ DE SANTIAGO, 2001, pp. 25-26)

Em termos de soluções duradouras, como foi evidenciado neste artigo, a região também é modelo como afirma o Plano de Ação do México (2004) com base nos resultados das reuniões preparatórias: “Constatou-se que [a] América Latina conta com uma ampla tradição solidária de proteção ao perseguido e que vem sendo uma região que tem sabido encontrar soluções para seus próprios refugiados dentro do subcontinente” (Plano de Ação do México, 2004, capítulo terceiro).

Os programas que surgiram nos dois planos de ação regionais demonstram a intenção da América Latina em oferecer soluções adequadas às necessidades específicas dos refugiados da região. O PAM trabalha com respostas à crise de refugiados colombianos, promovendo o reassentamento solidário e o desenvolvimento das regiões que fazem fronteira com a Colômbia. Além disso, em Cidades Solidárias, o PAM expressa a preocupação com a integração e a construção da autossuficiência dos refugiados com o intuito de efetivamente restaurar a dignidade deles.

O Plano de Ação do Brasil continua dedicado a solucionar os problemas dos refugiados colombianos, com respostas aos novos desafios da região. A situação do Triângulo Norte na América Central-Honduras, El Salvador e Guatemala- tem gerado grande preocupação e a região buscou, por meio da Declaração do Brasil, apoiar os países da região na luta por garantir a proteção daqueles forçados a migrar devido a ação de organizações criminosas transnacionais.

Em conclusão, este artigo buscou mostrar a importância das soluções duradouras no sistema de proteção internacional dos refugiados. Elas restauram a dignidade dos refugiados ao restituir um ambiente mínimo propício ao desenvolvimento do ser humano após as perdas sofridas no país de origem. A contribuição da América Latina a esse tema é inegável e determina um modelo de atuação solidária a favor da busca de novas soluções duradouras. A região cada vez mais aposta na relevância dessas soluções para reaver a dignidade perdida dos refugiados, como mostra os Planos de Ação do México (2004) e do Brasil (2014).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto. "Aqui, lá e em todo lugar": A dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional. *Revista Dos Tribunais*, nº 919, 2012, pp.127-196.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto; PEYTRIGNET, Gérard; RUIZ DE SANTIAGO, Jaime. *As três vertentes da proteção internacional dos direitos da pessoa humana*. San José: ACNUR, IIDH e CICV. 1996.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto & RUIZ SANTIAGO, Jaime. *La nueva dimensión de las necesidades de protección del ser humano en el inicio del siglo XXI*. 1ª ed., ACNUR, San José: Imprensa Gossesstra Internacional, 2001.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *International Law for Humankind: Towards a New Jus Gentium*. (2ª ed.). Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2010.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos* (2ª ed.). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2013.

CAPPS, Patrick. *Human Dignity and the Foundations of International Law*. Portland: Hart Publishing, 2009.

COMITÊ EXECUTIVO DO ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA REFUGIADOS. *Progress Report on Resettlement*. 60 th Standing Committee, EC/65/SC/CRP, 6 de junho de 2014. Disponível em <http://www.unhcr.org/53aa90bf9.html>. Acesso em 05/04/2015.

CRISP, Jeff. The local integration and local settlement of refugees: a conceptual and historical analysis. *New Issues in Refugee Research*, Working paper nº 102, Switzerland: ACNUR, 2004.

DECLARAÇÃO DE CARTAGENA DE 1984. *Colóquio sobre Proteção Internacional dos Refugiados na América Central, México e Panamá: Problemas Jurídicos e Humanitário*, Cartagena, 19 a 22 de novembro de 1984.

DECLARAÇÃO DE SAN JOSÉ SOBRE REFUGIADOS E PESSOAS DESLOCADAS. ACNUR e Delegação Regional da América Central e Panamá: *Colóquio Internacional em Comemoração do Décimo*

Aniversário da Declaração de Cartagena sobre Refugiados, San José, 5 a 7 de Dezembro de 1994.

DECLARAÇÃO E PLANO DE AÇÃO DO MÉXICO. Reunião Comemorativa do Vigésimo Aniversário da Declaração de Cartagena sobre Refugiados, realizada na Cidade do México, México, nos dias 15 e 16 de novembro de 2004.

DECLARAÇÃO E PLANO DE AÇÃO DO BRASIL: Um Marco de Cooperação e Solidariedade Regional para Fortalecer a Proteção Internacional das Pessoas Refugiadas, Deslocadas e Apátridas na América Latina e no Caribe Reunião Ministerial, Brasília, 2 e 3 dezembro de 2014.

FELLER, Erika. *First Meeting on Solidarity Resettlement in the Americas (Implementation of the Mexico Plan of Action): Global Trends in Refugee Resettlement: Challenges and Opportunities*. Statement by Ms. Erika Feller, Assistant High Commissioner for Protection, Quito, 2 de fevereiro de 2006.

FIELDEN, Alexandra. Local integration : an under-reported solution to protracted refugee situations. *New Issues in Refugee Research*, Research Paper nº 158, Switzerland: ACNUR, 2008.

FISCHEL DE ANDRADE, José H. Forced Migration in South America. In: FIDDIAN-QASMIYEH, Elena; LOESCHER, Gil; LONG, Katy e SIGONA, Nando (eds.). *The Oxford Handbook of Refugee and Forced Migration Studies*, Oxford: Oxford University Press, 2014

GOODWIN-GILL, Guy S. & MCADAM, Jane. *The Refugee in International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2007.

HAMMOND, Laura. "Voluntary" repatriation and reintegration. In: FIDDIAN-QASMIYEH, Elena; LOESCHER, Gil; LONG, Katy e SIGONA, Nando (eds.). *The Oxford Handbook of Refugee and Forced Migration Studies*. Oxford: Oxford University Press, 2014.

HAYDA, Marcelo. A integração do refugiados no Brasil. In: CARVALHO RAMOS, André; RODRIGUES, Gilberto e ASSIS DE ALMEIDA, Guilherme. *60 anos de ACNUR: Perspectivas de futuro*, São Paulo: Editora CL-A Cultural, 2011, pp. 131-145.

HOVIL, Lucy. Local integration. In: FIDDIAN-QASMIYEH, Elena; LOESCHER, Gil; LONG, Katy e SIGONA, Nando (eds.). *The Oxford*

Handbook of Refugee and Forced Migration Studies. Oxford: Oxford University Press, 2014.

Jubilut, Lilian Lyra. Fora and Programmes for Refugees in Latin America. In: ABBAS, Ademolas & IPPOLITO, Francesca. *Regional Approaches to the Protection of Asylum Seekers: an international legal perspective*. Surrey: Ashgate Publishing, 2014.

JUBILUT, Liliana Lyra & CARNEIRO, Wellington Pereira. Resettlement in solidarity: a new regional approach towards a more humane durable solution. *Refugee Survey Quarterly*, vol. 30, issue 3, 2011.

MCCRUIDEN, Christopher. Human dignity and judicial interpretation of human rights. *The European Journal of International Law*, vol. 19, n° 4 EJIL, 2008, pp. 655-724.

MENEZES, Fabiano L. de. O panorama da proteção dos refugiados na América Latina. In: CARVALHO RAMOS, André; RODRIGUES, Gilberto e ASSIS DE ALMEIDA, Guilherme. *60 anos de ACNUR: Perspectivas de futuro*, São Paulo: Editora CL-A Cultural, 2011, pp. 93-109.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem*. Aprovada na Nona Conferência Internacional Americana, Bogotá, 1948.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Declaração Universal de Direitos Humanos*. 1948.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*. 1966.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos*. 1976.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). UNGA. Setting international standards in the field of human rights, RES. 41/120. Dec. 1986.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU) . *Declaração e Programa de Ação de Viena*. 1993.

UNHCR. *Conclusion n° 22 adopted by the Executive Committee on the International Protection*, 1981.

_____. *Conclusion nº 29 adopted by the Executive Committee on the International Protection*, 1983.

_____. *Conclusion nº 50 adopted by the Executive Committee on the International Protection*, 1988.

_____. *Conclusion nº 56 adopted by the Executive Committee on the International Protection*, 1989.

_____. *Conclusion nº 58 adopted by the Executive Committee on the International Protection*, 1989.

_____. *Conclusion nº 79 adopted by the Executive Committee on the International Protection*, 1996.

_____. *Conclusion nº 82 adopted by the Executive Committee on the International Protection*, 1997.

_____. *Conclusion nº 104 adopted by the Executive Committee on the International Protection*, 2005.

_____. *Database of livelihoods and local integration best practices in Latin America*. Disponível em <http://livelihoods.acnur.org/en/home/>. Acesso em 31/03/2015.

_____. *Human Rights and Refugee Protection*. UNHCR Training Module, Volume I, Outubro, 1995.

_____. *Framework for Durable Solutions for Refugees and Persons of Concern*. UNHCR Geneva, Core Group on Durable Solutions, Genebra, 2003.

_____. *Rethinking durable solutions. The State of the World's Refugees*. Genebra: UNHCR, 2004.

_____. *Mexico Plan of Action: the impact of regional solidarity*. 1ª ed, San José: Editorama, 2007.

_____. *UNHCR Resettlement Handbook*. Genebra: UNHCR, 2011.

_____. *Paraná vai inserir refugiados colombianos o mercado de trabalho*. Curitiba: 24 de novembro de 2014. 2014a. Disponível em <http://www.acnur.org/t3/portugues/noticias/noticia/parana-vai-inserir-refugiados-colombianos-no-mercado-de-trabalho/>. Acesso em 07/04/2015.

_____. *Reassentamento na América Latina já beneficia mais de 1.000 pessoas*. Brasília: 08 de novembro de 2010. Disponível em <http://www.acnur.org/t3/portugues/noticias/noticia/reassentamento->

na-america-latina-ja-beneficia-mais-de-1000-pessoas/. Acesso em 27/03/2015.

_____. *UNHCR Projected Global Resettlement Needs*. 20th Annual Tripartite Consultations on Resettlement, Genebra: 24-26 de junho de 2014. 2014b.

VAN SELM, Joanne. Refugee Resettlement. In: FIDDIAN-QASMIYEH, Elena; LOESCHER, Gil; LONG, Katy e SIGONA, Nando (eds.). *The Oxford Handbook of Refugee and Forced Migration Studies*. Oxford: Oxford University Press, 2014.

VAROLI, Fábio. (2010). Cities of Solidarity: local integration in Latin America. *Forced Migration Review*, issue 34, 2010, pp.44-46.

WHITE, Ana Guglielmelli. A pillar of protection: solidarity resettlement for refugees in Latin America. *New Issues in Refugee Research*, Research Paper n° 239, Switzerland: ACNUR, 2012.

RESTAURANDO A DIGNIDADE HUMANA: A IMPORTÂNCIA DO DIREITO À REPARAÇÃO

Luisa Maria S. Merico

Bacharel em Relações Internacionais da Universidade de Brasília (IREL/UnB).

1. INTRODUÇÃO

Atualmente, é comum o uso do termo dignidade em diversos documentos com variadas finalidades. Quando se fala em dignidade, tem-se um conceito amplamente aceito, que soa natural, talvez um tanto óbvio. Contudo, seu significado deriva de uma construção histórica marcada por eventos traumáticos que influenciaram todo o contexto atual do que se entende por direitos humanos.

Infelizmente, apesar da forte afirmação normativa do princípio da dignidade humana, frequentemente viola-se esse direito (direta ou indiretamente). Nesse contexto, é importante afirmar também o direito à reparação, o qual, como é argumentado nesse artigo, é essencial para a restauração da dignidade humana e efetivação da justiça.

Nesse artigo, fala-se de reparação a indivíduos, com destaque a reparação e garantia da dignidade no âmbito do Direito Internacional Público. Segundo Christine Evans (2012), a necessidade de reparar os indivíduos na justiça internacional é clara. Ela destaca que os direitos humanos podem ser vistos como *jus cogens* e que os indivíduos se caracterizam como sujeitos de direito sob o Direito Internacional geral. Nesse quadro, fica claro que as violações de direitos humanos devem ser reparadas em favor das vítimas individuais, possibilitando a promoção da sua dignidade.

Assim, será analisado o conceito de dignidade e sua expressão nos âmbitos nacionais e internacionais. Em seguida se faz uma reflexão do direito à reparação e, enfim, explora-se a importância das reparações, diante de violações de direitos humanos, para a promoção e restauração da dignidade humana.

2. O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA

2.1. Transformação, significado e consequências

“Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade.” (Declaração Universal dos Direitos Humanos, Art 1º)

É explícito, na Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, que dignidade se estende a todos os seres humanos. Essa compreensão é resultado de processos históricos que refletiram na transformação do conceito de dignidade e consequente ampliação da sua abrangência para, enfim, ser impossível aplicar alguma restrição.

Pode-se retomar São Tomás de Aquino (século XIII) para compreender melhor as mudanças no conceito de dignidade. O filósofo entendia a dignidade como algo absoluto pertencente a essência. De certa forma, o conceito já se figurava como algo inerente, porém, para Aquino, há graus de dignidade (AQUINO, 2001). É válido lembrar que – isso é aceito pela sociedade de Aquino– existem seres menos humanos que outros (e.g. mulheres, escravos).

Por sua vez, Giovanni Picco della Mirandola (século XV), em seu “Discurso sobre a Dignidade do Homem” (1486), circunscreve a questão da dignidade humana em um sentido antropocêntrico. Ele entende que o homem, não limitado por Deus para um destino, está no centro da vida para que possa escolher seu caminho, pois é dotado de razão (LACERDA, 2010). Assim, a dignidade aqui deriva da racionalidade humana.

Já no século XVIII, Immanuel Kant, na sua obra “Fundamentação da Metafísica dos Costumes” (1785), descreve dignidade de uma forma que se aproxima mais com o entendimento contemporâneo: “(...) quando uma coisa está acima de todo o preço, e portanto não permite equivalente, então ela tem dignidade” (KANT, 2007, p. 77) O sentido da dignidade encontrado em Kant contribui muito para a reflexão da questão, pois ele explicita que as pessoas têm dignidade porque tem valor imaterial, não podem ser compradas, instrumentalizadas, seu valor é absoluto. Segundo ele as pessoas têm um fim em si mesmas (KANT, 2007). Assim, Kant permite afirmar, de forma mais segura, a inerência da dignidade, ou seja, nasce-se digno, basta ser, existir, em contraposição à lógica da conquista.

Atualmente, o dicionário Oxford traz uma definição contemporânea de dignidade, caracterizando-a como o estado ou a qualidade de ser merecedor de honra ou respeito. Nesse sentido, quando a Declaração Universal dos Direitos Humanos afirma o princípio da dignidade, estendendo-o a todos os seres humanos, é possível depreender que todas as pessoas devem ser minimamente respeitadas pelo simples fato de serem. O existir é suficiente para demandar respeito e reconhecimento do seu valor inerente, absoluto.

Essa busca às origens do sentido de dignidade permite perceber que a universalidade desse princípio não veio automaticamente. Sua afirmação faz parte do movimento maior de conquista e universalização dos direitos humanos, os quais foram bastante afetados por eventos trágicos, com destaque para a segunda guerra mundial e o holocausto. Esses episódios forçaram a humanidade a refletir sobre si mesma e concluir que proteger o ser humano é muito mais complexo do que garantir sua integridade física.

Dessa forma, quando se fala de dignidade deve-se ter em mente, inclusive, a proteção e o respeito ao ser humano naquilo que é também subjetivo, espiritual, para além da sobrevivência biológica. Assim, principalmente após a segunda guerra mundial, passou-se a salientar, tanto em âmbitos nacionais como internacionais, o respeito aos direitos humanos, com destaque para o princípio da dignidade. Afinal, os direitos humanos são universais, interdependentes e indivisíveis, estando apenas completos quando considerados sob o prisma da proteção e promoção da dignidade da pessoa humana.

Na verdade, entende-se que os outros direitos do ser humano existem e os são inerentes em decorrência do princípio da dignidade humana, como é explicitado no preâmbulo de ambos Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos: “Reconhecendo que esses direitos decorrem da dignidade inerente à pessoa humana (...)” (1966a; 1966b). É também reconhecido, no próprio preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos, que o princípio da dignidade e seu reconhecimento tem ligação direta com grandes aspirações da humanidade, como a liberdade, justiça e paz: “Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo (...)” (ONU, 1948, preâmbulo)

Por último, é igualmente importante lembrar que o princípio da dignidade não se extingue. É por isso que, mesmo quando uma pessoa comete um crime, deve ser assegurado que nenhuma pena que incida sobre ela deve ferir sua dignidade¹.

Cabe então analisar a presença do princípio da dignidade nos ordenamentos jurídicos internos e internacionais.

2.2. O princípio da dignidade em âmbitos nacionais

A Constituição Brasileira de 1988 consagra o princípio da dignidade como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito (CF 88, Art 1, III). Nesse sentido, é possível afirmar que só há democracia plena e Estado de Direito quando se respeita a dignidade humana. Como visto na seção anterior o princípio da dignidade humana fundamenta e dá suporte a todos os outros direitos humanos, os quais só fazem sentido em diálogo com a questão da dignidade. Com o texto da Constituição Federal Brasileira é possível levantar mais um apontamento relacionado a esse princípio: a dignidade baseia a fundamentação do Direito e do Estado em si.

O Direito e até mesmo o Estado são criações humanas que funcionam para organização da sociedade. Por isso, é sempre importante lembrar que tais instituições devem servir para a realização última dos desígnios humanos, ou seja, devem promover e possibilitar a realização plena das pessoas. Acostuma-se tanto com a existência dessas instituições e até com sua personificação, como se fossem entes com *self* próprio, que se esquece que seu fim último volta-se ao ser humano. Assim, quando se analisa o princípio da dignidade, lembra-se que ele permeia a essência do Estado e do Direito: promoção e proteção da dignidade humana, enxergando o indivíduo como fim último da ordem jurídica. Segundo Carmen Lúcia Antunes Rocha (2001, p. 55):

A justiça humana, aquela que se manifesta no sistema de Direito e por ele se dá à concretude, emana e se fundamenta na dignidade da pessoa humana. (...) Dignidade é o pressuposto da ideia de justiça

1 No Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, por exemplo, está claro que toda pessoa privada de liberdade deve ter seu direito à dignidade respeitado: "1. Toda pessoa tem direito a que se respeite sua integridade física, psíquica e moral. 2. Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada de liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano". (Art. 5º, Direito à Integridade Pessoal 1966a).

humana, porque ela é que dita a condição superior do homem como ser de razão e sentimento. (...)

O sistema normativo de direito não constitui, pois, por óbvio, a dignidade da pessoa humana. O que ele pode é tão somente reconhecê-la como dado essencial da construção jurídico-normativa, princípio do ordenamento e matriz de toda organização social, protegendo o homem e criando garantias institucionais postas à disposição das pessoas a fim de que elas possam garantir a sua eficácia e o respeito à sua estatuição.

Essa percepção explicitada na Constituição Brasileira, também fruto dos processos históricos já descritos, não está isolada, mas existe ainda outros sistemas jurídicos que também claramente admitem o princípio da dignidade humana como fundamento da sua ordem. O constituinte alemão, por exemplo, em 1949, ao formular a Lei Fundamental da República Federal da Alemanha afirma:

Artigo 1 [Dignidade da pessoa humana – Direitos humanos – Vinculação jurídica dos direitos fundamentais]

(1) A dignidade da pessoa humana é intangível. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo o poder público.

(2) O povo alemão reconhece, por isto, os direitos invioláveis e inalienáveis da pessoa humana como fundamento de toda comunidade humana, da paz e da justiça no mundo (...).

Na verdade, ao final de 2012 existiam 162 constituições que citam o princípio da dignidade humana. Contudo, antes de 1945 apenas cinco Estados incluíam o princípio nas suas Cartas fundamentais, a citar: México, Alemanha, Finlândia, Irlanda e Cuba² (SHULZTINER; CARMI, 2014). Isso demonstra o processo histórico de transformação no entendimento relacionado a importância do princípio da dignidade humana como fundamento da ordem jurídica dos Estados. Nesse sentido, é possível concluir que, no atual contexto histórico, a amplitude do reconhecimento do princípio da dignidade da pessoa humana é tal que, mesmo quando não explicitado, ele permanece influente na fundamentação de uma ordem jurídica. Mais que isso, o princípio da dignidade humana está manifesto em toda

2 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos [C.P] como emenda, Diario Oficial de la Federación [DO]. art. 3(1)(c), 5 de Fevereiro de 1917 (Mex.); Const. da República de Weimar, 1919, art. 151 (F.R.G); Const. da Finlândia, 1919, Sec. 1(1); Const. da Irlanda, 1922, preâmbulo; Const. de Cuba, 1940, art. 20.

ordem em que direitos fundamentais estejam reconhecidos, mesmo que não tenham afirmação direta (ROCHA, 2001).

2.3. O princípio da dignidade humana no âmbito internacional

Antes da Declaração Universal dos Direitos Humanos a Carta constitutiva das Nações Unidas já reafirmava a fé na dignidade do ser humano dentro de uma ambição de promoção da paz e justiça em todas as nações (ONU, 1945). Outros tratados e declarações celebrados no âmbito das Nações Unidas relembram o compromisso da organização em prol da dignidade humana, como pode ser visto tanto no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos como no Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais:

Considerando que, em conformidade com os princípios proclamados na Carta das Nações Unidas, o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo,

Reconhecendo que esses direitos decorrem da dignidade inerente à pessoa humana (...) (ONU, 1966a; ONU 1966b; preâmbulo)

Além do sistema das Nações Unidas outros sistemas regionais reconheceram e se comprometeram com o princípio da dignidade humana. A Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) reserva um artigo específico para o direito à dignidade: “Toda pessoa tem direito ao respeito da sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade (...)” (OEA, Artigo 11). Além disso, o princípio da dignidade é explicitamente citado relacionado a outras questões, como a proibição da escravidão e o direito a integridade pessoal.

Há também a Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos que dedica alguns trechos à questão da dignidade, incluindo:

Todo indivíduo tem direito ao respeito da dignidade inerente à pessoa humana e ao reconhecimento da sua personalidade jurídica. Todas as formas de exploração e de aviltamento do homem, nomeadamente a escravatura, o tráfico de pessoas, a tortura física ou moral e as penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes são proibidos. (OUA, 1981, Artigo 5º).

Todos os povos são iguais, gozam da mesma dignidade e têm os mesmos direitos. Nada pode justificar a dominação de um povo por outro. (OUA, 1981, Artigo 19º)

Assim, nota-se que o princípio da dignidade humana permeia diversos instrumentos internacionais, tanto de caráter regional quanto universal. Isso contribui para a afirmação de que nos dias de hoje, é amplo o reconhecimento normativo da importância de circunscrever a ordem jurídica e até política em torno da proteção e promoção da dignidade.

Contudo, sabe-se que, apesar do amplo reconhecimento desse princípio e sua normatização, na prática, ainda se testemunha sérias violações de direitos humanos que atingem a dignidade das pessoas. Quando há uma violação de direito falta-se com o respeito mínimo exigido para um ser humano e por isso, necessariamente, fere-se sua dignidade. Diante de uma situação como essa é preciso que haja reparação do direito violado, visando a restaurar a dignidade ferida e os laços sociais entre violador e parte violada, promovendo a efetivação da justiça. Dessa forma, cabe aqui analisar o direito à reparação e sua importância para a restauração da dignidade humana.

3. O DIREITO À REPARAÇÃO

Reparar é o processo pelo qual se visa remediar, consertar e/ou compensar um dano causado. Segundo o dicionário Michaelis reparar significa “por em bom estado; fazer voltar ao Estado primitivo ou fazer melhor”, acrescenta também “prevenir as consequências malélicas de; corrigir, remediar”. No contexto da busca pela justiça a reparação se dá diante de um ato ilícito e visa reestabelecer a situação que existia antes do ato ou que existiria caso esse não houvesse ocorrido. A reparação busca corrigir injustiças, devendo gerar uma base para relacionamentos éticos na sociedade (SHELTON, 2005). Reparções também servem como medidas para parar violações de direito em curso e impedir que outras venham a ocorrer no futuro. Enfim, a reparação funciona como meio para restaurar as relações entre violador e parte violada (UNODC, 2006).

No Direito Internacional Público o termo reparação é frequentemente empregado para se referir a litígios interestatais e significa os meios utilizados por um Estado para reparar as consequências de uma violação de Direito Internacional pela qual tem responsabilidade (SHELTON, 2005). Dinah Shelton define reparação como: “(...) *the generic term that describes various methods available to a state to discharge or release itself from state responsibility for a breach of international law, i.e. to remedy an international wrong*”

(2010, p. 51). Inclusive, a noção de reparação é antiga, podendo ser encontrada em Grotius, o qual se refere à reparação, na forma de restituição, no contexto de guerra injusta (GROTIUS, 1625, cap. X, para. 4).

A questão da reparação vem sofrendo modificações ao longo do tempo e não há consenso em relação a todas as suas características, as formas que deve ser aplicada e as possibilidades discricionárias dos tribunais quanto à reparação. O que se pode afirmar é que quando há violação de um direito só há verdadeiramente justiça quando a vítima tem o dano reparado. A necessidade da reparação é reconhecida nas relações entre Estados, fazendo parte das normas costumeiras (NORIEGA, 2011). Já no caso de violações de direitos humanos, o Direito Internacional geral tem sido lento em aceitar os indivíduos como beneficiários da reparação. A codificação do direito internacional dos direitos humanos e o papel das cortes internacionais em desenvolver uma jurisprudência que assimile a reparação como direito para indivíduos e grupos têm sido essenciais nesse sentido (EVANS, 2012).

Historicamente, é possível encontrar casos de reparação de Estados para indivíduos, como no capítulo VIII do Tratado de Versalhes (1919), que obriga a Alemanha a pagar indenizações à população civil dos países Aliados afetada pela guerra, ou o programa de reparações para os judeus após a Segunda Guerra Mundial, que segundo Greiff, abriu precedentes para o conceito atual de reparação (2006). Porém outros exemplos são escassos, pois a questão das reparações era ordinariamente vista pelo Direito Internacional geral como uma medida habitualmente interestatal. Os indivíduos só poderiam obter reparação por meio de queixas entre Estados, e não havia nenhuma obrigação do Estado de buscá-las para esses indivíduos, nem de repassá-las caso as obtivessem (EVANS, 2012). Quando o Estado violador era o próprio Estado de origem da vítima suas opções de reparação na justiça internacional eram praticamente inexistentes.³

Contudo, mudanças no Direito Internacional nas últimas décadas, principalmente a partir da afirmação do Direito Internacional dos direitos humanos e do Direito Internacional humanitário,

3 À título de informação em um caso conhecido com *Janes Claim* os Estados Unidos acusaram o México de ter falhado na busca do assassino de um cidadão estadunidense. A reparação foi dada aos parentes da vítima (BROWNLIE, 2003, p. 447).

levaram progressivamente ao reconhecimento e consolidação do direito à reparação para indivíduos e povos.

Nos últimos anos, uma série de tratados internacionais de direitos humanos foram ratificados pelos Estados, sendo que nas últimas quatro décadas nove tratados de direitos humanos entraram em vigor, dos quais seis tiveram adesão de mais de 75% dos Estados (EVANS, 2012). Esses tratados afirmam o reconhecimento formal por parte dos Estados de sua responsabilidade de proteger os indivíduos, entendidos como sujeitos de direito internacional.⁴ Apesar do Projeto de Artigos sobre Responsabilidade dos Estados da Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas (CDI) não citarem especificamente os direitos humanos, os comentários oficiais ao documento expressam explicitamente o entendimento de que a responsabilidade internacional do Estado pode gerar obrigações em relação aos indivíduos, inclusive se afirma que, quanto à obrigação de reparar, são as pessoas os beneficiários últimos de reparações em caso de violações de seus direitos internacionalmente reconhecidos.

When an obligation of reparation exists towards a State, reparation does not necessarily accrue to that State's benefit. For instance, a State's responsibility for the breach of an obligation under a treaty concerning the protection of human rights may exist towards all the other parties to the treaty, but the individuals concerned should be regarded as the ultimate beneficiaries and in that sense as the holders of the relevant rights (CDI, 2001, p. 95)

A obrigação de reparação dos Estados em relação aos indivíduos também pode ser encontrada a opinião consultiva da Corte Internacional de Justiça (CIJ) sobre *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory* (2004). No caso, a Corte determina que Israel faça compensações adequadas para os indivíduos prejudicados pela construção do muro e para a população palestina (CIJ, 2004). Esse exemplo merece destaque, pois há uma corte tradicionalmente interestatal reconhecendo a

4 O Artigo 33 do Projeto de Artigos sobre Responsabilidades dos Estados da CDI (2001) mantém em aberto a possibilidade de a responsabilidade do Estado gerar obrigações em relação a outros sujeitos de direito internacional, como indivíduos. Ao falar o escopo das obrigações internacionais desenvolvidas na primeira parte do documento (que inclui o dever de reparação) o documento afirma: "(...) 2. *This Part is without prejudice to any right, arising from the international responsibility of a State, which may accrue directly to any person or entity other than a State*".

titularidade do direito à reparação para os indivíduos e povos. Em um caso mais recente, *Ahmadou Sadio Diallo* (República da Guiné vs República Democrática do Congo) (2012), a CIJ explicitamente reconheceu os objetivos das reparações ordenadas no caso: “*The Court recalls that the sum awarded to Guinea in the exercise of diplomatic protection of Mr. Diallo is intended to provide reparation for the latter’s injury*” (CIJ, 2012, p. 344). É interessante nesse caso que, apesar de ser um litígio interestatal, devido ao fato da vítima concreta ser o Sr. Diallo, a CIJ utiliza-se de uma série de tratados de direitos humanos e de jurisprudência de cortes de direitos humanos, inclusive para encontrar referências para a reparação.

Ao analisar especificamente o regime internacional de direitos humanos, percebe-se a afirmação clara de um direito à reparação; esse se contrapõe à lógica interestatal que entende a reparação apenas como consequência de um ilícito internacional. Na Declaração Universal de Direitos Humanos, por exemplo, o Artigo VIII afirma: “Toda pessoa tem direito a receber dos tributos nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei” (ONU, 1948). Outros tratados específicos, como o Pacto de Direitos Civis e Políticos (1966) (Artigos 2.3; 9.5 e 14.6), a Convenção Contra a Tortura (1984) (Artigo 14), a Convenção para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1966) (Artigo 6), a Convenção sobre os Direitos das Crianças (1989) (Artigo 39) e a Convenção Internacional sobre a Proteção de Todas as Pessoas Contra o Desaparecimento Forçado (2006) (Artigos 24.4 e 24.5) possuem provisões específicas relativas ao direito à reparação para o indivíduo. Inclusive nesse último,⁵ que é um documento juridicamente vinculante, há a definição de reparação:

24.4 Cada Estado Parte assegurará que o seu sistema jurídico confere às vítimas de um desaparecimento forçado o direito à reparação e a uma indenização imediata, justa e adequada.

24.5 O direito à reparação (...) abrange os danos materiais e morais e, se for caso disso, outras formas de reparação, tais como a: restituição; reabilitação; satisfação, incluindo o restabelecimento da dignidade e da reputação; e garantia de não repetição (ONU, 2006).

5 É importante lembrar que esses tratados são juridicamente vinculantes, o que significa que os Estados, ao voluntariamente ratificá-los, têm a obrigação de cumpri-los, ou seja, não possuem apenas caráter de recomendação.

O reconhecimento do direito à reparação também está explicitado nos sistemas regionais de direitos humanos, a citar Interamericano, Europeu e Africano. Segundo a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica, 1969), no Artigo 63(1), quando uma violação for reconhecida, a Corte Interamericana de Direitos Humanos: “Determinará também, se isso for procedente, que sejam reparadas as consequências da medida ou situação que haja configurado a violação desses direitos, bem como o pagamento de indenização justa à parte lesada.”

No caso da Corte Europeia de Direitos Humanos, o Artigo 41 versa sobre “Reparação Razoável”:

Se o Tribunal declarar que houve violação da Convenção ou dos seus protocolos e se o direito interno da Alta Parte Contratante não permitir senão imperfeitamente obviar às consequências de tal violação, o Tribunal atribuirá à parte lesada uma reparação razoável, se necessário (CONSELHO DA EUROPA, 1953).

O mais recente, o Protocolo Adicional a Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos, cita especificamente no Artigo 27 (1): “*If the Court finds that there has been violation of a human or peoples’ right, it shall make appropriate orders to remedy the violation, including the payment of fair compensation or reparation.*” (OUA, 1998).

O direito a reparação em casos de violações de direitos humanos também pode ser encontrado no Artigo 75(1) do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional (TPI):⁶ “O Tribunal estabelecerá princípios aplicáveis às formas de reparação, tais como a restituição, a indenização ou a reabilitação, que hajam de ser atribuídas às vítimas ou aos titulares desse direito.” (1998). Mesmo não sendo um tribunal de direitos humanos, esse exemplo serve para inserir o direito à reparação em relação a indivíduos no âmbito do Direito Internacional.

Por fim, a Assembleia Geral das Nações Unidas também reconhece o dever de reparar como direito do indivíduo. Em 2005 aprovou os Princípios Básicos e Diretrizes sobre o Direitos à

6 O exemplo do Estatuto de Roma é importante porque esse considera o respeito aos direitos humanos como fundamental para aplicação do direito em seus labores (Artigo 21), além da questão de que muitos dos crimes analisados pelo TPI envolvem violações de direitos humanos.

Remédio e Reparação⁷ para Vítimas de Graves Violações de Direito Internacional dos Direitos Humanos e de Sérias Violações de Direito Humanitário os quais afirmam: “(...) *Recognizing that, in honouring the victims’ right to benefit from remedies and reparation, the international community keeps faith with the plight of victims, survivors and future human generations and reaffirms international law in the field (...)*”

Assim, com a ampla afirmação do direito à reparação, no Direito Internacional, deve-se, em seguida, estudar o impacto desse direito para a promoção e restauração da dignidade do ser humano.

4. A IMPORTÂNCIA DA REPARAÇÃO PARA A RESTAURAÇÃO DA DIGNIDADE

Considerando que a dignidade é elemento inerente do ser humano e que essa se refere ao respeito mínimo que toda pessoa deve receber, quando há uma violação aos seus direitos, tem-se que a dignidade da pessoa foi também ferida, pois ela foi desrespeitada. Nesse contexto, é necessário, então, reparar o dano causado, incluindo, restaurar a dignidade. Como discutido na seção anterior, é o direito humano à reparação.

Os Princípios Básicos e Diretrizes sobre o Direito à Remédio e à Reparação das Nações Unidas também reconhecem que violações de direitos humanos são uma afronta à dignidade afirmando: “*Affirming that the Basic Principles and Guidelines contained herein are directed at gross violations of international human rights law and serious violations of international humanitarian law which, by their very grave nature, constitute an affront to human dignity (...)*” (2005, preâmbulo)

Dessa maneira, a reparação se figura como um meio fundamental para restaurar, recompor a dignidade humana, a autoestima da pessoa. Uma das maneiras de reparação que tem impacto relevante para a dignidade humana é o reconhecimento do erro e pedido de perdão. A reparação para os indivíduos, comunidades e povos, nessas formas, tem um caráter, entre outros aspectos, psicológico, de cura e, por isso, são fundamentais no processo de garantia da dignidade e promoção da justiça. Sobre o pedido de desculpas White (S/D, p. 1274) afirma: “*First, apologies help victims regain their sense of self-worth and dignity, both of which are essential aspects of psychological*

⁷ A partir daqui denominados: Princípios Básicos e Diretrizes sobre o Direito à Remédio e Reparação das Nações Unidas.

well-being.” Assim, é possível afirmar que, para a restauração da dignidade, as reparações são essenciais.

Ainda sobre a reparação na forma de pedido de perdão, Antônio Augusto Cançado Trindade reconhece a importância dessa ao destacar o caso da Corte Interamericana de Direitos Humanos, *Gutiérrez Soler vs Colômbia*, no qual o Estado demandado reconheceu sua responsabilidade internacional e pediram perdão às vítimas e seus familiares, em prol da dignificação desses (2013).

Os Princípios Básicos e Diretrizes sobre o Direito à Remédio e à Reparação das Nações Unidas (2005) também expressão a importância da reparação para a garantia da dignidade humana:

5. TREATMENT OF VICTIMS

10. Victims should be treated with humanity and respect for their dignity and human rights, and appropriate measures should be taken to ensure their safety, physical and psychological well-being and privacy, as well as those of their families. The State should ensure that its domestic laws, to the extent possible, provide that a victim who has suffered violence or trauma should benefit from special consideration and care to avoid his or her re-traumatization in the course of legal and administrative procedures designed to provide justice and reparation.

IX. Reparation for harm suffered

(...) 22. *Satisfaction* should include, where applicable, any or all of the following:

(...)

(d) An official declaration or a judicial decision restoring the dignity, the reputation and the rights of the victim and of persons closely connected with the victim; (...)

Ao falar de restauração da dignidade por meio de processos de reparação é necessário ainda refletir um pouco sobre as teorias de justiça restaurativa. A justiça restaurativa possui definições variadas e é aplicada normalmente no âmbito do direito penal. Como essa privilegia a reparação, a reconstrução de laços entre vítima, ofensor e sociedade, e se preocupa com a centralidade da vítima nos processos e resultados dos julgamentos, sua prática contribui para evidenciar

a restauração da dignidade. Segundo Tschudi (2012, p. 46): “*At the individual level the objective is to repair harm and thus foster dignity and empowerment for the persons involved.*” Esses valores, por contribuírem para o processo de cura das vítimas, privilegiando a reparação e por prezarem o envolvimento da comunidade, promovem o respeito à dignidade humana e devem ser levados em conta em casos de violação de direitos humanos.

Afinal, conforme as teorias restaurativas, não há justiça plena se as vítimas não forem devidamente reparadas, se sua dignidade não for restaurada. Essa ideia está igualmente expressa nos Princípios Básicos e Diretrizes sobre o Direito à Remédio e à Reparação das Nações Unidas (2005): “*Adequate, effective and prompt reparation is intended to promote justice by redressing gross violations of international human rights law or serious violations of international humanitarian law* (ONU, 2005, p. 07)”.

Dessa maneira, considerando o conceito de reparação desenvolvido nesse trabalho – o qual foca o papel restaurativo das reparações, proporcionando a renovação das relações sociais rompidas e promovendo o direito à dignidade - é preciso argumentar que o direito humano à reparação é fundamental para o respeito à dignidade e, em última instância, para a real concretização da justiça (condição *sine qua non*).

5.1 As reparações não pecuniárias

Diante da análise sobre a importância das reparações para a restauração da dignidade humana é relevante fazer uma reflexão sobre o papel das formas não pecuniárias de reparação. Essas formas são comumente chamadas de satisfação e podem incluir o reconhecimento da violação, um pedido formal de desculpas, a publicação de sentenças em mídias de grande circulação, a realização de cerimônias em memória das vítimas e outras medidas que visem reparar o dano decorrente de determinada violação.

As medidas não pecuniárias de reparação, por não representam uma medida financeira, tornam-se, muitas vezes, mais adequadas quando se lida com violações de direitos humanos e nesse sentido, são, frequentemente, melhores para promover a dignidade. Cançado Trindade reflete sobre isso em seu voto separado no caso *Niños de la Calle vs Guatemala* (2001) da Corte Interamericana de Direitos Humanos:

En nada me convence la “lógica” –o más bien, la falta de lógica– del *homo oeconomicus* de nuestros días, para quien, en medio a la nueva idolatría del dios-mercado, todo se reduce a la fijación de compensación en forma de montos de indemnizaciones, dado que en su óptica las propias relaciones humanas se han –lamentablemente – mercantilizado.

¿Cuál es el precio de una vida humana? ¿Cuál es el precio de la integridad de la persona humana? ¿Cuál es el precio de la libertad de conciencia, o de la protección de la honra y de la dignidad? ¿Cuál es el precio del dolor o sufrimiento humano? ¿Si se pagan las indemnizaciones, el «problema» estaría «resuelto»?

El día en que la labor de determinar las reparaciones debidas a las víctimas de violaciones de derechos humanos fundamentales *se redujera* exclusivamente a una simple fijación de compensaciones en la forma de indemnizaciones, ya no se necesitaría del conocimiento pacientemente adquirido, asimilado y sedimentado a lo largo de años de lecturas, estudios y reflexión: para eso bastaría una máquina calculadora. El día en que esto ocurriese –que espero nunca llegue–, la propia labor de un tribunal internacional de derechos humanos estaría irremediabilmente desprovista de todo sentido. El artículo 63(1) de la Convención Americana, por el contrario, posibilita, y requiere, que se amplíen, y no se reduzcan, las reparaciones, en su multiplicidad de formas. La fijación de las reparaciones debe basarse en la consideración de la víctima como ser humano integral, y no en la perspectiva degradada del *homo oeconomicus* de nuestros días (CANÇADO TRINDADE, voto separado serie c 77, para 35-36).

As chamadas medidas de satisfação são muito diversas e não pode haver uma regra padrão ou fórmula adequada para descrevê-las. O foco deve ser atingir um ideal de reparação completa, respondendo aos desafios próprios da reparação a violações de direitos humanos, visando restaurar a dignidade dos indivíduos, grupos e/ou comunidade. Enfim, destaca-se a importância das formas não pecuniárias de reparação em prol da não mercantilização do ser humano e da compra da impunidade. Ambos fatores de extrema relevância quando se fala de recuperação da dignidade.

CONCLUSÃO

Por meio da breve revisão histórica realizada nesse artigo foi possível notar que o conceito de dignidade e sua abrangência transformou-se ao longo dos anos até se concretizar como um princípio universal que demanda que todo ser humano seja minimamente respeitado pelo simples fato de existir. Essa transformação também teve expressão nos próprios sistemas jurídicos e até políticos, que passaram a, explicitamente, centralizar o ser humano como sujeito de proteção e fim último desses ordenamentos, algo que o amplo número de constituições e tratados internacionais que contam com o princípio da dignidade pode demonstrar. Na verdade, nos dias de hoje, a ordem jurídica e política só faz sentido se alicerçar-se no princípio da dignidade do ser humano.

Também foi possível compreender que ao longo das últimas décadas se afirmou, no Direito Internacional Público, um direito humano à reparação, o qual encontra respaldo em vários tratados internacionais, tanto de caráter regional quanto universal. A compreensão desse direito, em contraposição à lógica interestatal de dever de reparar, deve atender às especificidades das violações de direitos humanos, destaca-se, entre elas, a busca da restauração da dignidade. Salienta-se as formas de reparação como o reconhecimento do erro e o pedido de desculpas como aspectos fundamentais da cura e valorização do ser humano, questões com consequências diretas para a garantia da dignidade. Depreende-se também a importância da reparação pelo seu papel na efetivação da justiça.

É preciso, igualmente, realçar o papel da justiça restaurativa que, por suas características, como a centralidade da vítima, foco na reparação, envolvimento da sociedade, permite um maior impacto em termos de restauração da dignidade e deve ser levado em conta na busca de efetividade na justiça.

Enfim, acentua-se a peculiaridade das reparações não pecuniárias para a recuperação da dignidade. Essas medidas evitam o sentimento de compra da impunidade e a mercantilização do ser humano, afirmando, por sua própria natureza, a questão da dignidade.

BIBLIOGRAFIA

AQUINO, São Tomás de. *Suma de Teología*. 4ed. Madri: Biblioteca de Autores Cristianos, 2001. Disponível em: <<http://biblioteca.campusdominicano.org/1.pdf>>. Acesso em: 22 mar 2015.

BROWNLIE, Ian. *Principles of Public International Law*. 6a ed. New York: Oxford University Press, 2003.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *El Ejercicio de la Función Judicial Internacional: Memorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. 3a. ed. Belo Horizonte: DelRey, 2013.

CDI. *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries*. 2001.

CIJ. *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)*. Compensation owed by the Democratic Republic of the Congo to the Republic of Guinea. 2012.

_____. *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*. Advisory Opinion. 2004.

CONSELHO DA EUROPA. *Convenção Europeia de Direitos Humanos*. 1950

Constituição da República Federativa do Brasil. 1988.

Corte IDH. *Caso Gutiérrez Soler Vs. Colombia*. Sentencia de 12 de septiembre de 2005. Serie C No. 132

DICIONÁRIO. *Michaelis*. Disponível em: <michaelis.uol.com.br>. Acesso em: 26 nov. 2014.

DICIONÁRIO. *Oxford*. Disponível em: <<http://www.oxforddictionaries.com/>>.

EVANS, Christine. *The Right to Reparation in International Law for Victims of Armed Conflict*. Nova York: Cambridge University Press, 2012.

GREIFF, Pablo de. German Reparations to the Jews after World War II. In: _____. *The Handbook of Reparations*. Oxford University Press. 2006.

GROTIUS, Hugo. *On the Laws of War and Peace*. 1625. Disponível em: <www.constitution.org/gro/djbp.htm>. Acesso em: 27 nov. 2014.

LACERDA, Bruno Amaro. *A Dignidade Humana em Giovanni Picco della Mirandola*. Revista Legis Augustus (Revista Jurídica). Vol. 3, n. 1, p. 16 – 23. 2010.

Lei Fundamental da República Federal da Alemanha. 1949.

NORIEGA, Octavio Amezcua. *Reparation Principles under International Law and their Possible Application by the International Criminal Court: some reflections*. Transitional Justice Network. University of Essex. Briefing Paper No 1. 2011.

OEA. *Convenção Americana de Direitos Humanos*. 1969

ONU. *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 International Humanitarian Law*. 2005.

_____. *Carta das Nações Unidas*. 1945

_____. *Convenção Internacional sobre a Proteção de Todas as Pessoas Contra o Desaparecimento Forçado*. 2006.

_____. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. 1948.

_____. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. 1948.

_____. *Estatuto de Roma*. 1998.

_____. *General Comment No. 31 [80] The Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant*. 2004.

_____. *Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos*. 1966a.

_____. *Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*. 1966b.

OUA. *Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos*. 1981

_____. *Protocolo Adicional a Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos*. 1998.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e a Exclusão Social*. Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos, Ano 2, Vol. 2, Número 2. 2001

SHELTON, Dinah L. *Remedies in International Human Rights Law*. 2a ed. Washington: George Washington University Law School, 2005.

_____. *Remedies in International Human Rights Law*. 2a ed. Oxford: Oxford University Press, 2010.

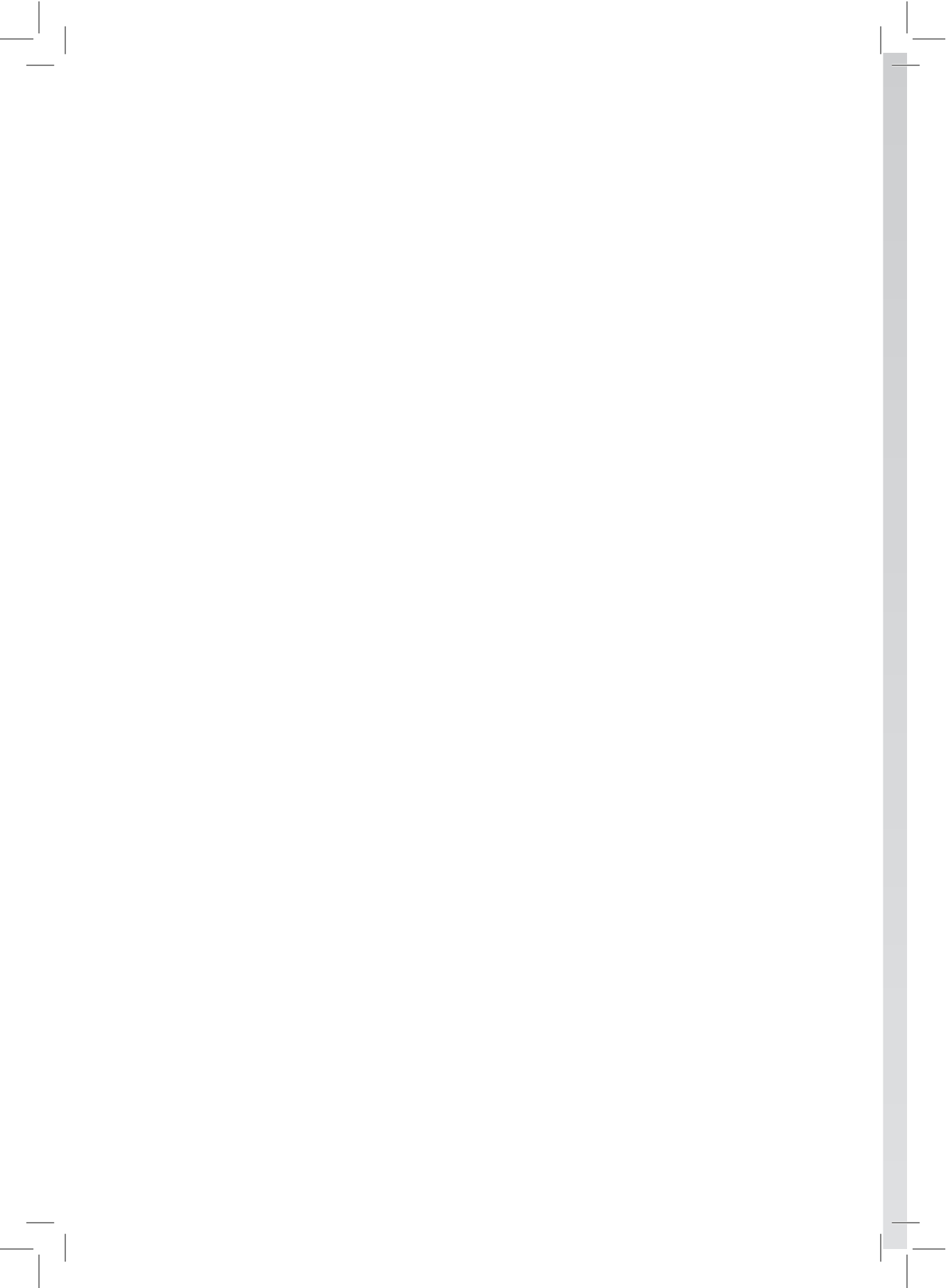
SHULZTINER, Doron; CARMI, Guy E. *Human Dignity in National Constitutions: Functions, Promises and Dangers*. 2014

Tratado de Versalhes. 1919.

TSCHUDI, Finn. Dealing with violent conflicts and mass victimization: a human dignity approach. In: *Restoring Justice after Large-scale Violent Conflicts*. Nova York: Routledge. 2012.

UNODC. *Handbook on Restorative Justice Programmes*. Nova York. United Nations, 2006.

WHITE, Brent t. *Say You're Sorry: Court-Ordered Apologies As a Civil Rights Remedy*. *Cornell Law Review*, Vol. 91:1261. S/D.



A DIGNIDADE HUMANA COMO FUNDAMENTO DA PROIBIÇÃO DE CRIMES INTERNACIONAIS

Maitê de Souza Schmitz

Doutora e Mestre em Relações Internacionais pela Universidade de Brasília.

INTRODUÇÃO

O conceito de crime é de tal modo corrente em nossa sociedade que é muitas vezes considerado ponto pacífico, sobre o qual não pairam dúvidas.¹ Os crimes englobam ações opostas ao bem público,² sendo em geral considerados os mais graves aqueles destinados à destruição da própria sociedade,³ seguidos dos crimes contra a segurança pessoal do indivíduo.⁴ Ainda que a classificação de certas condutas como criminosas possa variar conforme o tempo e o espaço, há um núcleo, que perpassa análises antigas e modernas e associa crimes ao perigo⁵ ou ao impacto⁶ sobre a sociedade ou as pessoas. Os crimes consistiriam em ofensas não somente ao indivíduo, mas também ao Estado, por colocar em risco a existência comum.⁷

1 LACEY, Nicola. Legal constructions of crime. In *The Oxford Handbook of Criminology*. 4. ed. Oxford: Oxford University Press, 2007, p. 180. (“*The concept of crime is so familiar that it is taken for granted: by lawyers, by criminal justice practitioners and scholars, and by the general public*”).

2 BECCARIA, Cesare. *Dei delitti e delle pene*. Ed. Renato Fabietti. Milão: Mursia, 1973. Cap. 6, p. 17.

3 Id. Cap 8, p. 22. (*Ogni delitto, benché privato, offende la società, ma ogni delitto non ne tenta la immediata distruzione*).

4 Essa gradação da gravidade dos crimes já é afirmada por Grotius, que elenca como os crimes mais notórios aqueles contra a “paz comum da sociedade”, que seriam imediatamente seguidos por crimes contra a vida. Grotius, porém, associa os crimes contra a sociedade a violações contra os soberanos ou equivalentes. GROTIUS, Hugo. *On the Law of War and Peace*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012. Cap. 20, Parágrafo 30.

5 TERJE, Einarsen. *The concept of universal crimes in international law*. Oslo: Torkel Opsahl Academic Epubliser, 2012.

6 GROTIUS, Hugo. *On the Law of War and Peace*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012. Cap. 20.

7 HOBBS, Thomas. *Leviatã*. Tradução: Alexandre Martins. São Paulo: Martin Claret, 2002, p. 227.

A gravidade dos crimes, ademais, também decorreria de análises dos bens atingidos, dos efeitos causados e da perversidade da conduta, tendo em conta a dignidade e valor do objeto atingido.⁸

Já o conceito de crime internacional, por outro lado, tem normalmente posições contraditórias. Conquanto o termo seja hoje amplamente aceito,⁹ ele pouco figura nos instrumentos jurídicos sobre o tema: a Convenção sobre o Genocídio,¹⁰ assim como os Princípios de Direito Internacional Consagrados pelo Estatuto do Tribunal de Nuremberg e seus Julgamentos¹¹ mencionam “crime de direito internacional” (*crime under international law* ou *crime de droit international*), ao passo que o Estatuto de Roma¹² faz uso de uma série de expressões para representar o que parece ser a mesma ideia: “atrocidades inimagináveis que atingem a consciência da humanidade”, “crimes tão graves que ameaçam a paz, a segurança e o bem-estar mundial”, “os mais sérios crimes que afetam a comunidade internacional como um todo” e, finalmente, “crimes internacionais”. Não é de se estranhar, assim, que uso do termo tenha sido criticado na doutrina,¹³ e que outras expressões tenham surgido

8 PUFENDORF, Samuel. *On the Duty of Man and Citizen according to Natural Law*. Cambridge Texts in the History of Political Thought. Tradução: Michael Silverthorne. Cambridge: Cambridge University Press, 1991, pp. 160-161. “*The gravity of offences is determined as follows: from the object on which the offence was committed, its dignity and value; similarly, from its effect, whether it causes much or little damage to the country; and from the wickedness of the motive.*”

9 A ampla utilização do termo abrange tanto decisões judiciais quanto Resoluções da ONU (S/RES/1966, 2010; S/RES/1487, 2003; S/RES/1315, 2000; A/RES/60/147, 2006) e doutrina.

10 Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio, conclusão em 09/12/1948, entrada em vigor em 19/01/1951, e promulgada no Brasil pelo Decreto No. 30.822, de 06 de maio de 1952.

11 CDI. *Yearbook of the International Law Commission*, 1950, vol. II.

12 Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, conclusão em 1998, entrada em vigor em 1/7/2002, e promulgado no Brasil pelo Decreto No. 4388, de 25 de setembro de 2002.

13 HIÉRAMENTE, Mayeul. The Myth of “International Crimes”: Dialectics and International Criminal Law. *Goettingen Journal of International Law*, v. 3, n. 2, 2011, pp. 551-588. O autor argumenta que “crime internacional” seria uma terminologia pouco clara e sem justificativa, dado que não haveria diferenciação entre os bens protegidos por crimes domésticos e pelos crimes internacionais.”

nesse contexto, como “crimes de *jus cogens*”,¹⁴ crimes universais¹⁵ ou crimes de direitos humanos.¹⁶

Tendo em conta as distintas interpretações quanto ao que consistiriam os crimes internacionais, costumam-se buscar elementos comuns, capazes de singularizar determinadas condutas como merecedoras de criminalização universal. Com base no conceito romano de *jus gentium*,¹⁷ parte da doutrina defendeu a existência de valores e interesses comuns à comunidade internacional, cuja proteção passou por estágios declarativos e prescritivos, até atingir a fase proibitiva, em que eram criminalizadas as violações de certas normas.¹⁸ As fases declarativa e prescritiva corresponderiam, em grande medida, aos sistemas de proteção internacional dos direitos humanos, ao passo que a terceira fase equivaleria ao desenvolvimento do direito internacional criminal. Esse processo de transformação foi essencialmente *ad hoc*, na medida em que focava de modo compartimentalizado em certos crimes ou suas categorias, sem um conceito geral de crime internacional para guiar sua identificação.¹⁹

Em todos os casos, o processo teve como elemento motivador a necessidade de proteção dos interesses da comunidade internacional, por meio da criação de um arcabouço jurídico que subverteria as lógicas clássicas focadas no Estado como centro do direito internacional. Esse arcabouço legal para a proteção de interesses compartilhados

14 SADAT, L. The Effect of Amnesties Before Domestic and International Tribunals. In SCHABAS, W.; THAKUR, R. (Eds). *Atrocities and International Accountability: Beyond Transitional Justice*. Tóquio: UN University Press, 2007, p. 231.

15 EINARSEN, Terje. *The concept of universal crimes in international law*. Oslo: Torkel Opsahl Academic Epublisher, 2012.

16 STOLLE, Peer; SINGELNSTEIN, Tobias. On the Aims and Actual Consequences of International Prosecution of Human Rights Crimes. In: KALECK, Wolfgang. et al. (Eds). *International Prosecution of Human Rights Crimes*. Berlim: Springer, 2007.

17 Conceito entendido como o “direito das gentes”, isto é, o direito comum a todos os povos e nações. VATTEL, Emmerich. *The Law of Nations or the Principles of Natural Law Applied to the Conduct and Affairs of Nations and f Sovereigns*. Tradutor: Charles G. Fenwick. Washington: Carnegie, 1916 [1758]. Livro II.

18 BASSIOUNI, M. Cherif. The Proscribing Function of International Criminal Law in the Process of International Protection of Human Rights. *Yale Journal of Public Order*, v. 8, p. 193, 1982.

19 BASSIOUNI, M. Cherif. *Introduction to international criminal law*. 2. ed. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2012, p. 139. Bassiouni acrescenta: “*In fact, international crimes have developed to date, without even an agreed-upon definition of what constitutes an international crime, the criteria for international criminalization, and how international crimes are distinguished.*”

consubstancia-se nos conceitos jurídicos de crimes internacionais, normas de *jus cogens* e obrigações *erga omnes*.

Obrigações *erga omnes* associam-se à característica particular do conjunto de direitos e deveres que são oponíveis de maneira universal, e não bilateral e nem tampouco restrita à dinâmica interestatal: trata-se de conceito normativo pertinente aos sujeitos da relação jurídica. *Jus cogens*, por sua vez, define grupo de normas hierarquicamente superiores às demais:²⁰ trata-se de categoria normativa cuja especificidade decorre de aspectos substantivos. Os crimes internacionais, por fim, combinam os dois elementos anteriores (sua proibição tanto constitui obrigação devida a toda a comunidade internacional quanto é hierarquicamente superior às demais normas), mas têm uma característica particular: preveem regime de responsabilidade específico com aspecto punitivo.

A teoria dos círculos concêntricos de Gaja ilustra a dinâmica e a relação entre os três conceitos: o círculo menor abrangeria os crimes internacionais e estaria compreendido em círculo intermediário, com as normas de *jus cogens*, o qual, por sua vez, estaria dentro do maior grupo, relativo a obrigações *erga omnes*.²¹ A sobreposição presente no núcleo dos círculos concêntricos está vinculada aos imperativos²² que proscrevem agressão, genocídio, crimes de guerra e crimes contra a humanidade, os quais são exemplos de obrigações *erga omnes*, normas de *jus cogens* e crimes internacionais. Assim, apesar de terem naturezas distintas, os conceitos supracitados possuem o mesmo fundamento material: a proteção de interesses compartilhados pela comunidade internacional, especialmente os valores associados à preservação da sociedade (manutenção da paz e

20 A noção de hierarquia normativa no direito internacional não é pacífica, mas tem recebido crescente aceitação. Como afirmou o relator da CDI para responsabilidade dos Estados, James Crawford, “within the field of general international law there is some hierarchy of norms, and the importance of at least a few basic substantive norms is recognized as involving a difference not merely of degree but of kind”. CRAWFORD, James. *First Report on State Responsibility*, UN Doc A/CN.4/490/Add.1, p. 9, parágrafo 71.

21 GAJA, Georgio. *Obligations Erga Omnes, International Crimes and Jus Cogens: A tentative analysis of three related concepts*. In WEILER, J. H.; SPINEDI, M.; CASSESE, A. (Eds). *International Crimes of States: a critical analysis of the ILC's Draft Article 19 on State Responsibility*. Florença: European University Institute, 1989, p. 160.

22 Para a noção de imperativo, ver ENGISCH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. Tradução: J. Baptista Machado. 7.ed. Lisboa: Calouste, 1996, pp. 37-39.

segurança internacionais) e de seus membros individuais (dignidade da pessoa humana).

O presente artigo concentra-se no segundo elemento, relativo à proteção da dignidade humana e sua função como fundamento material deste núcleo que aproxima os sistemas de direito internacional criminal e de proteção internacional dos direitos humanos. Diante do atual cenário de desenvolvimento acelerado do direito internacional e de suas áreas especializadas, a dignidade humana representa um dos principais valores capazes de garantir a unidade sistêmica e a coerência entre as distintas normas jurídicas de proteção. A noção de dignidade humana permite guiar o diálogo entre os sistemas do direito internacional que possuem como fim último a própria proteção do indivíduo.

Para tanto, o texto inicialmente abordará os conceitos jurídicos vinculados à proteção de interesses compartilhados pela comunidade internacional: crimes internacionais, normas de *jus cogens* e obrigações *erga omnes*. Ao relacioná-los, destacará como elemento comum aos três a noção de dignidade humana, também considerada como valor cuja proteção é do interesse da comunidade internacional como um todo. A seguir, será trabalhado o conceito de dignidade humana, para aprofundá-lo em sua função de fundamento dos direitos humanos e do direito internacional criminal. A relação entre estes dois sistemas é retomada ao final, tendo a noção de dignidade humana como elemento de coesão.

1. OS CRIMES INTERNACIONAIS E SUA RELAÇÃO COM NORMAS DE *JUS COGENS* E OBRIGAÇÕES *ERGA OMNES*

As tentativas de classificação ou definição de “crimes internacionais” se associam ao próprio entendimento do direito internacional criminal, que sofre de “considerável ambiguidade”.²³ Em conhecido estudo sobre o tema, Schwarzenberger identificava seis significados para a disciplina, que poderia cobrir desde normas de direito internacional dirigidas ao direito penal doméstico, até cooperação jurídica em matéria penal e, finalmente, o direito internacional criminal propriamente dito (*international criminal*

23 KRESS, Claus. International Criminal Law. In: WOLFRUM, Rüdiger. *Maxplanck Encyclopedia of International Law*. Disponível em: <http://opil.ouplaw.com/home/EPIL>. A ambiguidade dos significados de direito internacional criminal se evidencia no próprio subtítulo da entrada: “The Rich Variety of Meanings”.

law in the material sense of the word). Para esta última categoria, afirmava que os crimes internacionais seriam apenas os atos de sujeitos ou objetos de direito internacional que afetariam “as próprias raízes da sociedade internacional”. Tais regras, ademais, deveriam ter caráter proibitivo, além de serem acompanhadas por punições.²⁴

Em linha semelhante, crime internacional seria simplesmente a conduta assim tipificada pelo direito internacional.²⁵ Abrangeria, dessarte, não somente os crimes listados nos estatutos de tribunais internacionais, mas também os ilícitos penais contidos em convenções específicas, como as de combate a atos terroristas.²⁶ Por esse método, Bassiouni chegou a mencionar a existência de vinte e sete categorias de crimes internacionais,²⁷ dentre os quais estariam também os ilícitos transnacionais e certas condutas cometidas fora do território de qualquer Estado. A quantidade de crimes internacionais varia, de todo o modo, conforme o método adotado pelo analista.²⁸

24 SCHWARZENBERGER, Georg. *The Problem of an International Criminal Law. Current Legal Problems*, Oxford, v. 3, n. 1, pp. 263-296, 1950, pp. 264-74

25 CDI. *Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind with Commentaries. Yearbook of the International Law Commission*, 1996, vol. II, Part Two. Comentário ao art. 1. Na mesma linha, MURPHY, John F. *Civil Liability for the Commission of International Crimes as an Alternative to Criminal Prosecution. Harvard Human Rights Journal*, Cambridge, v. 12, 1999, p. 4

26 Por exemplo: Convenção Internacional contra a Tomada de Reféns; Convenção sobre a Segurança das Nações Unidas e Pessoal Associado; Convenção Internacional para a Supressão de Atentados Terroristas; Convenção Internacional para a Supressão do Financiamento do Terrorismo; e a Convenção Internacional para a Supressão de Atos de Terrorismo Nuclear.

27 Agressão, genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra, crimes contra a ONU e pessoal a ela associado, posse ilegal e/ou uso de armas, roubo de material nuclear, mercenarismo, apartheid, escravização e práticas relacionadas, tortura, experimentações ilegais com seres humanos, pirataria, sequestro de aeronaves, atos ilegais contra a navegação marítima civil, atos ilegais contra pessoas protegidas internacionalmente, tomada de reféns civis, uso ilegal de correspondências, terrorismo nuclear, financiamento de terrorismo internacional, tráfico ilegal de drogas e substâncias perigosas, destruição e/ou roubo de tesouros nacionais e patrimônios culturais, atos ilegais contra o meio-ambiente, tráfico ilegal de material pornográfico, falsificação de moeda, interferência ilegal em cabos submarinos e corrupção de servidores públicos estrangeiros. BASSIOUNI, M. Cherif. *International Criminal Law Conventions and their Penal Provisions*. Oxford: Clarendon Press, 1997, p. 20-21.

28 Em outro estudo, por exemplo, Paust encontra 24 crimes internacionais. PAUST, Jordan. *International Criminal Law: cases and materials*. Durham: Carolina Academic Press, 1996, p. 11.

Estudos mais recentes, por outro lado, mencionam a ideia de direito internacional criminal *stricto sensu*,²⁹ ou mesmo “supranacional”,³⁰ dedicado a núcleo de condutas que configurariam grupo específico de crimes internacionais, que normalmente vêm sendo denominados “crimes internacionais fundamentais”³¹ (*core international crimes*):³² agressão, crime contra a humanidade, crime de guerra e genocídio.³³ Com exceção do genocídio, os demais “crimes internacionais fundamentais” foram os primeiros tipificados no plano internacional, por meio do Tribunal de Nuremberg. Integraram, ademais, os primeiros estudos da Comissão de Direito Internacional (CDI) sobre o tema,³⁴ e são hoje plenamente aceitos na doutrina.³⁵

A distinção entre o direito relativo aos “crimes internacionais fundamentais” e aquele atinente a crimes transnacionais, hoje

29 KRESS, Claus. International Criminal Law. In: WOLFRUM, Rüdiger. *Maxplanck Encyclopedia of International Law*. Disponível em: <http://opil.ouplaw.com/home/EPIL>.

30 AMBOS, Kai. Punishment without a Sovereign? The *Ius Puniendi* Issue of International Criminal Law: A First contribution towards a Consistent Theory of International Criminal Law. *Oxford Journal of Legal Studies*, Oxford, v. 33, n. 2, 293-315, 2013, pp. 295-296.

31 Aqui, optou-se pela tradução quase literal do termo no lugar de analogias com o direito brasileiro, que provavelmente sugeririam a adoção do termo “crime hediondo”. Busca-se, assim, marcar a distinção entre as condutas tipificadas pelo próprio direito internacional e os crimes previstos em direito doméstico.

32 MURPHY, John F. Civil Liability for the Commission of International Crimes as an Alternative to Criminal Prosecution. *Harvard Human Rights Journal*, Cambridge, v. 12, 1999, p. 6.

33 Embora alguns autores incluam também tortura nesta lista (ver, e.g., MACDONALD, R. St. J., International Prohibition of Torture and Other Forms of Similar Treatment or Punishment. In DINSTEIN, Y.; TABORY, M. (Eds). *International Law in a time of Perplexity. Essays in Honour of Shabtai Rosenne*. Dordrecht: M. Nijhoff, 1989, pp. 384-385; DELAPLACE, E. “Torture”. In ASCENSIO, H. et. al. (ed.). *Droit International Penal*. Paris: Pedone, 2000, p. 369), a menos que tal conduta integre a categoria mais ampla de crime de guerra ou de crime contra a humanidade, não há amplo consenso sobre sua tipificação internacional como crime autônomo. Nesse sentido, ver SIMMA, Bruno; PAULUS, Andreas. The responsibility of individuals for human rights violations in internal conflicts. *American Journal of International Law*, Washington, v. 93, n. 2, p. 302-316, 1999.p. 313.

34 CDI, *Yearbook of the International Law Commission*, 1950, pp. 374-378

35 BARBOZA, J. International Criminal Law. *Recueil des Cours de l'Académie de la Haye*, Leiden/Boston, v. 278, 1999, p. 9-199, p. 178; PLAWSKI, S. *Etude des principes fondamentaux du droit international pénal*. Paris: LGDJ, 1972; ASCENSIO et al (Eds). *Droit international pénal*. Paris: Pedone, 2000; KITTICHAISAREE, K. *International Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press, 2001.

amplamente aceita,³⁶ postula pela definição restritiva de crimes internacionais, fundamentada na internacionalização não da conduta, mas da norma.³⁷ Assim, tanto a hipótese legal quanto a sua consequência jurídica são matérias de direito internacional, que prevê mecanismos para a aplicação direta destas normas.³⁸ Outras condutas que, embora tipificadas em convenções internacionais, dependem de incorporação ao direito interno para serem punidas (por exemplo, certos atos terroristas, tortura e tráfico de entorpecentes), entram no conceito amplo de crimes internacionais,³⁹ mas não na visão restritiva do termo.⁴⁰

A expressão “crimes internacionais fundamentais” ganhou espaço na doutrina, nos instrumentos internacionais e decisões judiciais. Os quatro ilícitos supracitados constituem a jurisdição *ratione materiae* do Tribunal Penal Internacional (TPI),⁴¹ o que parece ter consolidado a ideia de que são esses os crimes que compõem a

36 KRESS, Claus. International Criminal Law. In: WOLFRUM, Rüdiger. *Maxplanck Encyclopedia of International Law*. Disponível em: <http://opil.ouplaw.com/home/EPIL>. Parágrafos 6–14 (distingue crimes transnacionais daqueles internacionais *strictu sensu*); CRYER, Robert. *An introduction to international criminal law and procedure*. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2010, p. 1, 4–5 (crimes transnacionais e internacionais); GAETA, Paola. International Criminalization of Prohibited Conduct. In: CASSESE, Antonio. *The Oxford companion to international criminal justice*. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 63, 69 (crimes baseados em tratados e crimes internacionais propriamente ditos); LUBAN, David. Fairness to Rightness: Jurisdiction, Legality and the Legitimacy of International Criminal Law. In: BESSON, Samantha; TASIIOULAS, John. *The philosophy of international law*. Oxford: Oxford University Press, 2010, pp. 569, 572 (crimes transnacionais baseados em tratados e crimes internacionais puros).

37 COCKAYNE, James. Book Review: On the Cosmopolitanization of Criminal Jurisdiction. *Journal of International Criminal Justice*, v. 3, pp. 514–524, maio 2005.

38 Sobre a aplicação direta, ver MILANOVIC, Marko. Is the Rome Statute Binding on Individuals? (And Why We Should Care). *Journal of International Criminal Justice*, Oxford, v. 9, n. 1, pp. 25–52, 2011, p. 28.

39 Nessa linha, BASSIOUNI, M. Cherif. *Introduction to international criminal law*. 2. ed. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2012, pp. 144–145. O autor, assim, avança no conceito de “*jus cogens crimes*” para diferenciar os quatro “crimes internacionais fundamentais”, p. 146. Similarmente, MURPHY, John F. Civil Liability for the Commission of International Crimes as an Alternative to Criminal Prosecution. *Harvard Human Rights Journal*, Cambridge, v. 12, 1999, p. 5.

40 Com essa abordagem, ver AMBOS, Kai. Punishment without a Sovereign? The *Ius Puniendi* Issue of International Criminal Law: A First Contribution towards a Consistent Theory of International Criminal Law. *Oxford Journal of Legal Studies*, Oxford, v. 33, n. 2, 293–315, 2013.

41 Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, art. 5.

essência do direito internacional criminal moderno.⁴² Em comum, trata-se de categorias amplas, que englobam subcategorias de condutas proibidas, do que se depreende a existência, nesses crimes, de dois grupos de elementos materiais:⁴³ os específicos (a ação propriamente dita, como assassinatos, agressões físicas, etc) e os pré-requisitos gerais (hoje entendidos como “contexto”).

Mesmo antes, a caracterização como crime internacional destas quatro condutas já era de tal modo considerada ponto pacífico que até documentos da Comissão de Direito Internacional (CDI) a mencionavam sem a necessidade de explicações adicionais, tanto no âmbito da responsabilidade do Estado, quanto na esfera da responsabilização individual. Essa conclusão automática, porém, somente pode ser compreendida se analisados os fundamentos do conceito de crime internacional, os quais também embasam outros mecanismos desenvolvidos pelo direito internacional para proteger interesses da comunidade internacional, como os conceitos de normas de *jus cogens* e obrigações *erga omnes*.

A) A aproximação entre as normas de *jus cogens* e os crimes internacionais

É comum, na literatura sobre crimes internacionais, afirmar que as normas que os proíbem são consideradas *jus cogens*.⁴⁴ A mesma tendência se verifica na jurisprudência tanto da Corte Internacional de Justiça⁴⁵ quanto, principalmente, dos tribunais penais internacionais.

Inevitável, porém, é a pergunta: o que significa dizer que a proibição de certo crime é norma de *jus cogens*? A resposta clássica, fundamentada no art. 53 da Convenção de Viena,⁴⁶ não

42 EVANS, Malcom. *International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 752-754; CASSESE, Antonio. *International Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press, 2003.

43 BONAFÈ, Beatrice. *The Relationship between State and Individual Responsibility for International Crimes*. Leiden: Martinus Nijhoff, 2009, p. 15.

44 Ver, e.g., MURPHY, John F. Civil Liability for the Commission of International Crimes as an Alternative to Criminal Prosecution. *Harvard Human Rights Journal*, v. 12, pp. 1-56, 1999, p. 6.

45 Após anos de resistência, a CIJ passou a referir-se a normas de *jus cogens*: CIJ. Congo v Ruanda; CIJ. Bósnia v. Sérvia, 2007 (proibição de genocídio como norma peremptória); CIJ. Bélgica v Senegal (proibição de tortura como *jus cogens*).

46 Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23/5/1969, promulgada por meio do Decreto 7030, de 14 de dezembro de 2009. Art. 53. “É

parece suficiente para explicar nem a razão nem as consequências desta classificação. O inegável poder retórico do *jus cogens*, capaz de elevá-lo sobre os demais dispositivos jurídicos, levou Anthony D'Amato a tratá-lo como uma "super-norma", em artigo que se tornou conhecido pela analogia entre normas peremptórias e super-heróis, superioridade hierárquica e "poderes mágicos".⁴⁷ Vista assim, a caracterização dos crimes internacionais como *jus cogens* não passaria de arbitrariedade de doutrinadores e juízes, em esforço conjunto para assegurar certa superioridade das proibições de genocídio, crime contra a humanidade, agressão e crimes de guerra.

A mera arbitrariedade desses "magos" –jusinternacionalistas capazes de "invocar os poderes mágicos do *jus cogens*" –⁴⁸ não daria conta, entretanto, de toda a história. Apesar da imprecisão do seu conteúdo e efeito jurídico,⁴⁹ o *jus cogens* emergiu hoje como um conceito relativamente incontroverso.⁵⁰ As normas assim definidas são peremptórias e inderrogáveis:⁵¹ sua obrigatoriedade não pode ser afastada por dispositivos que não tenham o mesmo status.

nulo um tratado que, no momento de sua conclusão, conflite com uma norma imperativa de Direito Internacional geral. Para os fins da presente Convenção, uma norma imperativa de Direito Internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo, como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por norma ulterior de Direito Internacional geral da mesma natureza."

47 D'AMATO, Anthony. It's a bird, it's a plane, it's *jus cogens*! *Connecticut Journal of International Law*, v. 6, outono 1990, n. 1, p. 1-6. Essa passagem sintetiza, não sem certo sarcasmo, a visão do autor sobre o tema: "Indeed, the sheer ephemerality of *jus cogens* is an asset, enabling any writer to christen any ordinary norm of his or her choice as a new *jus cogens* norm, thereby in one stroke investing it with magical power." p. 1.

48 A expressão é utilizada por Andrea Bianchi, em artigo crítico à associação automática entre *jus cogens* e direitos humanos. BIANCHI, Andrea. Human Rights and the Magic of *Jus Cogens*. *European Journal of International Law*, v. 19, n. 3, 2008, pp. 491-508, pp. 493-494.

49 PAULUS, Andreas. *Jus cogens* Between Hegemony and Fragmentation: An Attempt at a Re-appraisal. *Nordic Journal of International Law*, v. 74, n. 3-4, pp. 297-333, 2005, p. 298.

50 SIMMA, Bruno. Of Planets and the Universe: Self-contained regimes in international law. *European Journal of International Law*, Florença, v. 17, n. 3, pp. 483-529, 2006, p. 496.

51 HANNIKAINEN, Lauri. *Peremptory Norms (Jus Cogens) in International Law: historical development, criteria, present status*. Helsinki: Finnish Lawyers'Publishing Company, 1988.

Ainda que o termo *jus cogens* somente tenha surgido no debate acadêmico no século XX,⁵² a distinção no direito internacional entre normas derogáveis e inderrogáveis se assemelha à oposição clássica, feita sobretudo por pensadores jusnaturalistas, entre o direito voluntário e o direito necessário.⁵³ O direito necessário equivale ao direito natural, “ditado pela reta razão”,⁵⁴ o qual os Estados não podem modificar por meio de convenções, afastar pela própria conduta ou dispensar-se mutuamente de seu cumprimento.⁵⁵ Da mesma forma, a quintessência das normas de *jus cogens* está na prescrição de certos comportamentos de maneira incondicional: trata-se de dispositivos que não podem ser derogados pela vontade das partes contratantes.⁵⁶

Mesmo sem o uso recorrente do termo *jus cogens*, já existia no pensamento jurídico moderno a ideia de que a liberdade dos Estados seria limitada por princípios “fundamentais” ou “universalmente reconhecidos”.⁵⁷ Verdross desenvolve de maneira lógica esta ideia: i) há aceitação praticamente universal de que os princípios gerais de direito são vinculantes entre Estados – o que atesta a redação do art. 38 do Estatuto da CIJ e da Corte Permanente de Justiça Internacional; ii) há um princípio geral, presente nas mais variadas ordens jurídicas, de que são nulos os tratados (no sentido equivalente de contratos no direito privado) que atentem contra a moral e os bons costumes, ou contra a ética de determinada comunidade; iii)

52 Um dos artigos mais conhecidos, que lançou as bases da discussão sobre *jus cogens*: VERDROSS, Alfred von. *Forbidden Treaties in International Law. American Journal of International Law*, Washington, v. 31, n. 4, pp. 571-577, out/1937. É certo, porém, que Verdross não foi o primeiro acadêmico a usar o termo, o qual já estava presente, por exemplo, no voto dissidente de Schücking no caso Oscar Chinn, da Corte Permanente de Justiça Internacional (Série A/B, n. 63, 1934).

53 VATTEL, Emmerich. *The Law of Nations or the Principles of Natural Law Applied to the Conduct and Affairs of Nations and of Sovereigns*. Tradutor: Charles G. Fenwick. Washington: Carnegie, 1916 [1758]. Parágrafo 11a.

54 GROTIUS, Hugo. *On the Law of War and Peace*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012, pp. 28-29.

55 VATTEL, Emmerich. *The Law of Nations or the Principles of Natural Law Applied to the Conduct and Affairs of Nations and of Sovereigns*. Tradutor: Charles G. Fenwick. Washington: Carnegie, 1916 [1758]. Parágrafos 7-9.

56 VERDROSS, Alfred von. *Forbidden Treaties in International Law. American Journal of International Law*, Washington, v. 31, n. 4, pp. 571-577, out/1937, p. 571-572.

57 HALL, William. *A Treatise on International Law*. 8. ed. Oxford: Clarendon Press, 1924, pp. 382-83; 1 OPPENHEIM, Lassa. *International Law: A Treatise*, v. 1 (Peace). Londres: Longmans, Greens & Co., 1905, p. 528.

logo, seria vinculante a todos os Estados o princípio segundo o qual os acordos “*contra bonos mores*” são nulos.⁵⁸

Os críticos desta tese argumentavam que, sendo a única prova de existência de *jus cogens* os postulados de direito natural ou “outras normas metafísicas”, o referido conceito deveria ser ignorado.⁵⁹ Acrescentavam que os Estados teriam total liberdade para concluir tratados sobre qualquer tema, pois não haveria o equivalente a uma ordem pública no plano internacional.⁶⁰ Em geral, as posições contrárias ao *jus cogens* decorriam das percepções particulares de seus autores sobre a estrutura internacional – mais próximas das teorias realistas das relações internacionais.⁶¹

As vozes contrárias à existência de *jus cogens* foram perdendo força sobretudo após a II Guerra Mundial.⁶² Os julgamentos de Nuremberg e Tóquio foram vistos como prova de que haveria, no

58 VERDROSS, Alfred von. Forbidden Treaties in International Law. *American Journal of International Law*, Washington, v. 31, n. 4, p. 571-577, out/1937, pp. 572-574.

59 SCHWARZENBERGER, Georg. International jus cogens? In CARNEGIE ENDOWMENT FOR INTERNATIONAL PEACE. *The concept of Jus Cogens in international law: papers and proceedings*. Genebra: Carnegie, 1967, p. 457. O autor chega falar de *consensual jus cogens*, o qual poderia ser estabelecido bilateral ou multilateralmente (p. 459). A expressão, entretanto, é o claro exemplo de uma contradição em termos.

60 ROUSSEAU, Charles. Principes de Droit International Public. *Recueil des cours de l'Academie de Droit International*, Leiden, v. 93, pp. 369-550, 1944, pp. 340-341; MORELLI, Gaetano. *Nozioni di Diritto Internazionale*. 3. ed. Padova: Cedam, 1951.

61 GILPIN, Robert. The Richness of the Tradition of Political Realism. In KEOHANE, Robert (ed.). *Neorealism and its Critics*. Nova York: Columbia University Press, 1996, p. 306. Carr distingue os realistas (que associa aos positivistas) dos jusnaturalistas. CARR, Edward H. *Vinte Anos de Crise: 1919-1939*. Trad. Luiz Alberto Figueiredo Machado. Brasília: Universidade de Brasília, 2001, pp. 225-229. Ver também: MORGENTHAU, Hans. The Surrender to the Immanence of Power: E. H. Carr. In _____. *Dilemmas of Politics*. Chicago: Chicago University Press, 1962, pp. 350-357; BALDWIN, Daniel A. (Ed), *Neorealism and Neoliberalism: the contemporary debate*. Columbia University Press: Nova York, 1993, pp. 8-12; VIOTTI, Paul; KAUP, Mark. *International Relations Theory: Realism, Pluralism, Globalism*. Nova York: Macmillan, 1993.

62 HANNIKAINEN, Lauri. *Peremptory Norms (Jus Cogens) in International Law: historical development, criteria, present status*. Helsinki: Finnish Lawyers' Publishing Company, 1988, p. 150. VERDROSS, Alfred. Jus Dispositivum and Jus Cogens in International Law. *American Journal of International Law*, Washington, v. 60, n. 1, p. 55-63, jan/1966, pp. 56-58.

direito internacional, limites à liberdade e soberania do Estado.⁶³ Nota-se, por conseguinte, que a proibição de determinados crimes no plano internacional teria reforçado e sido reforçada pelo conceito de *jus cogens*, quase como em processo de retroalimentação.

Mesmo contestando as premissas do jusnaturalismo, as teses positivistas-voluntaristas não foram capazes de eliminar por completo o conceito de *jus cogens*. Buscaram embasá-lo, porém, não na reta razão ou em outras explicações metafísicas, mas sim, normalmente, na vontade geral ou reconhecimento amplo dos Estados sobre determinado dispositivo.⁶⁴ Essa concepção está refletida, em certa medida, no próprio art. 53 da Convenção de Viena, que define *jus cogens* como uma norma assim “reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo”.

A Convenção de Viena seria o justo meio termo entre as distintas concepções de direito que estavam em jogo. Relator para o tema na CDI, Lauterpacht derivava a autoridade das normas peremptórias de duas fontes interrelacionadas: moralidade internacional e princípios gerais da prática dos Estados. Para ele, os princípios de ordem pública seriam a expressão de regras de moralidade internacional de tal modo cogentes que qualquer tribunal internacional iria considerá-los como parte dos “princípios gerais reconhecidos pelas nações civilizadas”, clássica fonte do direito internacional presente nos estatutos da CIJ e da CPJI.⁶⁵ O conceito de *jus cogens*, assim, teria seu fundamento formal no reconhecimento da comunidade internacional, e o seu fundamento material na moral e na ética.

A aceitação de que certas normas seriam *jus cogens* responderia apenas parte da questão. O fundamento teórico e os critérios para a definição de certa norma como peremptória seguiam – e seguem – relativamente indefinidos. Após longos debates sobre o tema, a Comissão de Direito Internacional concluiu sem concluir: para o órgão da ONU, não existiria critério amplamente aceito para identificar um dispositivo de direito internacional como tendo o

63 CRIDDLE, Evan J.; FOX-DECENT, Evan. A Fiduciary Theory of Jus Cogens. *The Yale Journal of International Law*, v.34, n. 2, pp. 331-388, 2009, p. 336.

64 Ver e.g., ALEXIDZE, Levan. Legal Nature of Jus Cogens in Contemporary International Law. *Recueil des Cours de l'Académie de la Haye*, Leiden/Boston, v. 172, III, pp. 219-270, 1981, p. 223.

65 LAUTERPACHT, Hersch. *Law of Treaties: Report by Special Rapporteur*. CDI. *Yearbook of the International Law Commission*, 1953(2), UN Doc A/CN.4/63, pp. 90-93.

status de *jus cogens*.⁶⁶ Todavia, ainda que o conteúdo das normas peremptórias não tenha sido definido, a própria existência de tal conceito já é útil, na medida em que pelo menos constitui uma categoria normativa a ser preenchida posteriormente.⁶⁷

As discussões na CDI apontam, de todo modo, para certas convergências nos critérios para a identificação de normas peremptórias, normalmente justificadas por fatores como “necessidade da vida internacional”, “interesse da comunidade internacional como um todo”; ordem pública; interesse de todos.⁶⁸ Em geral, está presente a ideia de interesse coletivo da comunidade internacional. Esse interesse se verificaria no conjunto de regras criadas tanto com propósitos humanitários (aqui presente a relação com o conceito de dignidade humana) quanto para garantir a paz. A inclusão dos crimes internacionais na categoria de *jus cogens* seria evidente, pois tais condutas ou contrariariam princípios humanitários ou atentariam contra a paz.⁶⁹

Apesar desta aproximação quase automática entre *jus cogens* e crimes internacionais, há posições na doutrina contrárias ao vínculo direto entre as duas categorias. Ambas poderiam sobrepor-se eventualmente, mas pertenceriam a diferentes áreas do direito internacional, sendo o conceito de *jus cogens* mais amplo do que o de crime internacional: todos os crimes internacionais seriam normas inderrogáveis, mas nem todas as normas peremptórias seriam ilícitos penais internacionais.⁷⁰ Os crimes internacionais seriam, destarte, apenas uma parte do conjunto mais amplo das normas de *jus cogens*.⁷¹

66 CDI. *Second Report on the Law of Treaties*. *Yearbook of the International Law Commission*, 1963 (2), UN Doc A/CN.4/156, p. 52.

67 ABI-SAAB, Georges. The Uses of Article 19. *European Journal of International Law*, Florença, v. 10, n. 2, p. 339-351, 1999, p. 341. “(...) when a recurrent criticism was that *jus cogens* would be an empty box. Apart from the fact that even this was not true, my answer at the time was that be it an empty box, the category was still useful; for without the box, it cannot be filled.”

68 CDI. *Yearbook of the International Law Commission*, 1963 (1), pp. 63-73.

69 VERDROSS, Alfred. *Jus Dispositivum and Jus Cogens in International Law*. *American Journal of International Law*, Washington, v. 60, n. 1, pp. 55-63, jan/1966, p. 58-60.

70 JORGENSEN, Nina H. B. *The Responsibility of States for International Crimes*. Oxford: Oxford University Press, 2000, pp. 90-91.

71 GAJA, G. *Jus Cogens Beyond the Vienna Convention*. *Recueil des Cours de l'Académie de la Haye*, Leiden/Boston, v. 172, pp. 271-316, 1981, p. 300.

A consideração dos dois conceitos como pertencentes a áreas distintas do direito internacional parece derivar de concepção das normas peremptórias em sua dimensão restrita ao direito dos tratados, o que não é mais válido. Por outro lado, para os juristas que adotam definição mais ampla de crimes internacionais, somente alguns deles atingiriam o nível de *jus cogens*. Para entrar nessa categoria, o crime deve colocar em risco a paz e segurança internacionais e/ou chocar a consciência da humanidade.⁷²

Os crimes internacionais e as normas de *jus cogens*, portanto, podem se sobrepor: integralmente, se adotada concepção restrita de crimes internacionais e de normas peremptórias; parcialmente, se adotada definição ampla de um ou de ambos os conceitos. Nota-se, entretanto, a existência de um núcleo nas duas categorias, independentemente da linha teórica seguida, que deriva das próprias origens e fundamentos de ambos os conceitos: i) proteção dos valores de dignidade humana, refletidos em considerações de humanidade, e de manutenção da paz e segurança internacionais; ii) reconhecimento universal da norma, em benefício de interesses da comunidade internacional como um todo. Neste núcleo estão os “crimes internacionais fundamentais”: genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e agressão.

B) Obrigações *erga omnes* e sua relação com crimes internacionais

Na linha do *obiter dictum* do caso *Barcelona Traction*,⁷³ as obrigações *erga omnes* são aquelas devidas à comunidade internacional como um todo,⁷⁴ uma vez que se baseiam em normas que protegem interesses de toda a comunidade internacional.⁷⁵ Consequentemente, quando uma dessas obrigações *erga omnes* é

72 BASSIOUNI, M. Cherif. International crimes: Jus Cogens and Obligation Erga Omnes. *Law and Contemporary Problems*, Durham (Duke University School of Law), v. 59, pp. 63-74, 1996, pp. 63-72.

73 Nos termos da CIJ: “(...) in view of the importance of the rights involved, all States can be held to have a legal interest in their protection; they are obligations erga omnes”. CIJ. Bélgica v. Espanha, p. 174, para 33.

74 RAGAZZI, Maurizio. The Concept of International Obligations Erga Omnes. *American Journal of international Law*, Washington, v. 92, pp. 791-839, 1998, p. 793; BROWN, Bartram S. Universal Jurisdiction: Myths, Realities, and Prospects: The Evolving Concept of Universal Jurisdiction. *New England Law Review*, v. 35, pp. 387-388, 2001.

75 CDI. Artigos sobre Responsabilidade dos Estados por Atos Internacionais Ilícitos. Artigo 48(1)(a); WEISS, Edith Brown. The ILC’s State Responsibility

violada, todos os Estados têm interesse em agir,⁷⁶ mesmo que não tenham sofrido danos no sentido tradicional.⁷⁷

A inclusão pela CIJ de *dictum* sobre obrigações *erga omnes* no julgamento do contencioso *Barcelona Traction*, que teria sido uma “compensação pelo erro” cometido com a decisão nos casos *South-West Africa* (1966),⁷⁸ foi fundamental para firmar o conceito no direito internacional, mas não suficiente para lhe dar consequências práticas. A existência no direito internacional de uma *actio popularis*, entendida como o direito de cada membro de uma comunidade de acionar o judiciário em defesa de interesses públicos,⁷⁹ foi frequentemente posta em dúvida.⁸⁰

Não é difícil compreender as resistências à noção de obrigações *erga omnes*. O interesse de agir do Estado era tradicionalmente considerado em sua dimensão particular/individual, e não pública. A “perfeita reciprocidade de direitos e deveres”⁸¹ estava também na base das teorias clássicas sobre responsabilidade internacional. O conceito de obrigações *erga omnes*, portanto, subverteu a lógica clássica do direito internacional como essencialmente bilateral

Articles: Invoking State Responsibility in the Twenty-First Century. *American Journal of international Law*, Washington, v. 96, n. 4, pp. 798-816, 2002.

76 CIJ. Caso Relativo ao Timor Leste (Portugal v. Austrália), 30/06/1995. Voto Dissidente do Juiz Weeramantry, p. 215; CIJ. Opinião Consultiva sobre a Legalidade da Ameaça ou Uso de Armas Nucleares. Declaração do Juiz Bedjaoui, pp. 273-274; CIJ. Bósnia v. Sérvia, Decisão sobre Exceções Preliminares, 11 de julho de 1996, pp. 615-616.

77 CDI. Artigos sobre Responsabilidade dos Estados por Atos Internacionais Ilícitos. Artigo 42; WEISS, Edith Brown. The ILC's State Responsibility Articles: Invoking State Responsibility in the Twenty-First Century. *American Journal of international Law*, Washington, v. 96, n. 4, pp. 798-816, 2002, p. 4; GURUSWAMY, Lakshman D.; PALMER, Geoffrey W.; WESTON, Burns H. *International Environmental Law and World Order*. 2 ed. St. Paul: West Group, 1999, p. 359.

78 CRAWFORD, James. Multilateral Rights and Obligations in International Law. *Recueil des cours de l'Academie de Droit International*, Leiden, v. 319, pp. 325-482, 2006, p. 410.

79 CIJ. *South-West Africa Cases* (Etiópia v. África do Sul; Libéria v. África do Sul), julgamento de mérito (segunda fase), 1966, ICJ Reports, p. 47, parágrafo 88.

80 LACHS, Manfred. The development and general trends of international law in our time. *Recueil des Cours de l'Académie de la Haye*, Leiden/Boston, v. 169, p. 9-377, 1980-IV, p. 341; CIJ. Caso sobre os Testes Nucleares (Nova Zelândia v. França), 1974, ICJ Rep. 457. Opinião dissidente dos juízes Onyeama, Dillard, Jimenez de Arechaga e Waldock (reconhecendo o caráter controverso da *actio popularis* no direito internacional, mas admitindo a sua razoabilidade jurídica).

81 VISSCHER, Charles De. *La responsabilité des Etats*. Lugduni Batavorum: Brill, 1924, p. 90.

e colocou em questão a ideia de que a legitimidade processual do Estado somente existiria se vinculada a um “direito individual” desse mesmo Estado.⁸²

Mais recentemente, porém, a CIJ deu pela primeira vez efeito prático à noção de obrigações *erga omnes partes*, no caso *Bélgica v. Senegal*. Na decisão de mérito, afirmou que qualquer Estado Parte na Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (CAT) teria *locus standi* para levar à Corte demandas relativas ao seu alegado descumprimento. Ao equiparar a CAT à Convenção sobre o Genocídio, os magistrados reiteraram que, em tais instrumentos, os Estados Partes não teriam interesses individuais ou particulares, mas sim um interesse comum, tendo em conta os seus valores compartilhados. Nas palavras da CIJ:

The States parties to the Convention have a common interest to ensure, in view of their shared values, that acts of torture are prevented and that, if they occur, their authors do not enjoy impunity. (...) All the States parties “have a legal interest” in the protection of the rights involved. (...) The common interest in compliance with the relevant obligations under the Convention against Torture implies the entitlement of each State party to the Convention to make a claim concerning the cessation of an alleged breach by another State party. If a special interest were required for that purpose, in many cases no State would be in the position to make such a claim.⁸³

A inflexão na posição da CIJ, que se coaduna com as mudanças no cenário internacional na área da proteção dos direitos humanos, fica evidente ao se comparar o teor do presente julgamento com a abordagem adotada na decisão do caso *Barcelona Traction*, que vinculava o interesse de agir dos Estados face a violações de direitos humanos à nacionalidade das vítimas.⁸⁴ A mudança de paradigma é ainda maior se considerado o criticado julgamento de mérito nos

82 CRAWFORD, James. Multilateral Rights and Obligations in International Law. *Recueil des cours de l'Academie de Droit International*, Leiden, v. 319, pp. 325-482, 2006, p. 422.

83 CIJ. Caso relativo a questões sobre a obrigação de julgar ou de extraditar (*Bélgica v. Senegal*). Julgamento de mérito, 20/07/2012. ICJ Reports 2012, p. 422. Parágrafos 64-70, pp. 448-450

84 CIJ. *Bélgica v. Espanha*, 1970. “The instruments which embody human rights do not confer on States the capacity to protect the victims of infringements of such rights irrespective of their nationality”. ICJ Reports, 1970, p. 47.

casos *South-West Africa* (segunda fase), segundo o qual o direito internacional à época não conheceria do direito de qualquer Estado postular judicialmente o cumprimento de obrigações *erga omnes*.⁸⁵

A tendência da Corte da Haia em gradativamente aceitar o conceito de obrigações *erga omnes* e seus efeitos práticos aproximasse do tratamento dado ao tema pela CDI. Nos artigos sobre responsabilidade internacional por atos ilícitos, a Comissão prevê a possibilidade de que um Estado invoque a responsabilidade de outro ainda que não tenha sofrido danos, contanto que a obrigação violada seja devida a um grupo de países do qual faz parte, e estabeleça a proteção de interesse coletivo deste grupo.⁸⁶

A existência de obrigações *erga omnes* pressupõe, assim, o reconhecimento de que os Estados podem ter interesses jurídicos que não afetam diretamente seus interesses físicos ou tangíveis, mas sim que se baseiam em princípios gerais de direito internacional ou em considerações humanitárias, inclusive perante atrocidades que afetem quaisquer seres humanos.⁸⁷ Aplicam-se, portanto, a áreas em que o direito não objetiva a criação de direitos e obrigações sinalagmáticos, mas sim multilaterais.⁸⁸

A partir dos exemplos normalmente citados de obrigações *erga omnes*, Ragazzi infere cinco elementos comuns a elas: i) são obrigações definidas restritivamente; ii) são proibições (obrigações negativas); iii) são deveres em sentido estrito; iv) derivam de regras de direito internacional geral com status de *jus cogens* e codificadas por tratados com alto número de Estados Partes; e v) são obrigações essenciais para os principais objetivos políticos de hoje – a preservação da paz e a promoção de direitos humanos fundamentais, os quais refletem

85 CIJ. *South-West Africa Cases* (Etiópia v. África do Sul; Libéria v. África do Sul), julgamento de mérito (segunda fase), 1966, ICJ Reports, p. 47, parágrafo 88.

86 CIJ. Artigos sobre a responsabilidade dos Estados por atos ilícitos internacionais. Art. 48.1.a: *Any State other than an injured State is entitled to invoke the responsibility of another State in accordance with paragraph 2 if: (a) the obligation breached is owed to a group of States including that State, and is established for the protection of a collective interest of the group*".

87 CIJ. *South-West Africa Cases* (Etiópia v. África do Sul; Libéria v. África do Sul), julgamento de mérito (segunda fase), ICJ Reports, 1966. Voto do Juiz Jessup, pp. 425-427.

88 CRAWFORD, James. *Multilateral Rights and Obligations in International Law. Recueil des cours de l'Academie de Droit International*, Leiden, v. 319, pp. 325-482, 2006, p. 22.

valores como vida e dignidade humana.⁸⁹ Novamente, à semelhança das normas de *jus cogens* e da proibição de crimes internacionais, tem-se o fundamento básico da proteção da dignidade humana.

Por conseguinte, conquanto as decisões da CIJ se refiram especificamente ao *locus standi*, a essência das obrigações *erga omnes* também está no interesse da comunidade internacional em proteger certos valores fundamentais. Os próprios exemplos citados pela CIJ no caso *Barcelona Traction* refletem normas protetivas de direitos humanos e/ou crimes internacionais: agressão, genocídio, e princípios relativos a direitos fundamentais da pessoa humana, inclusive a proteção contra escravidão e *apartheid*.⁹⁰

2. A DIGNIDADE HUMANA COMO ELEMENTO COMUM ENTRE O DIREITO INTERNACIONAL CRIMINAL E OS DIREITOS HUMANOS

Costuma-se afirmar que o direito internacional criminal está vinculado à proteção de interesses fundamentais da comunidade internacional como um todo.⁹¹ Não há, obviamente, uma lista pronta com tais interesses. Já se chegou a argumentar que a proteção dos direitos humanos seria a *raison d'être* da criminalização internacional de certas condutas, ao passo que a manutenção da paz internacional seria a *raison d'être* das persecuções penais internacionais.⁹²

Ainda que se possa contestar a compartimentalização dos valores relativos à criminalização, de um lado, e à sanção propriamente dita, de outro, é comumente aceito que os crimes internacionais chocam a consciência da humanidade, e podem constituir ameaça à paz e segurança internacionais.⁹³ Essa visão é corroborada em

89 RAGAZZI, Maurizio. *The Concept of International Obligations Erga Omnes*. Oxford: Clarendon Press, 1997, pp. 133-134.

90 CIJ. *Bélgica v. Espanha*, 1970, p. 174, para 33; CARRILLO-SALCEDO, Juan-Antonio. *Cours Général de Droit International Public, Recueil des Cours de l'Académie de la Haye*, Leiden/Boston, v. 257, 1996, p. 66.

91 QUIGLEY, J. The International Law Commission's Crime-Delict Distinction: A Tootheless Tiger? *Revue de droit international de sciences diplomatiques et politiques*, Genebra, v. 66, 1988, pp.119-120.

92 HIÉRAMENTE, Mayeul. The Myth of "International Crimes": Dialectics and International Criminal Law. *Goettingen Journal of International Law*, v. 3, n. 2, 2011, pp. 551-588, p. 587.

93 BASSIOUNI, M. Cherif. International Crimes: Jus Cogens and Obligatio Erga Omnes. *Law & Contemporary Problems*, v. 53, pp. 63-74, out./dez. 1996, p. 69.

instrumentos internacionais,⁹⁴ de cuja análise sobressaem dois grupos de valores que informam e justificam a noção de crimes internacionais, os quais estão associados à visão histórica dos ilícitos penais também no plano interno: a proteção da integridade do indivíduo e a preservação da própria sociedade. Nessa mesma linha, pode-se afirmar que os fundamentos dos crimes internacionais estão na proteção de interesses da comunidade internacional como um todo (consciência coletiva) e no valor absoluto da dignidade da pessoa humana (consciência individual).

Seja entendido como a proteção de interesses comuns, seja como a defesa de valores universais, o direito internacional criminal reflete concepções convergentes quanto a condutas proibidas em absoluto. A prevalência do interesse da comunidade internacional sobre os interesses unilaterais dos Estados,⁹⁵ em expressão de fenômenos cunhados como institucionalização e constitucionalização⁹⁶ do direito internacional,⁹⁷ auxiliaria a superar os obstáculos para a determinação de um *jus puniendi* no plano global,⁹⁸ capaz de legitimar normativamente a criminalização de determinados atos.

Tal abordagem pressupõe a existência de uma comunidade internacional, com valores comuns compartilhados e consequente interesse coletivo na sua proteção, inclusive por meio da normatização

94 Ver, por exemplo, o preâmbulo do Estatuto de Roma do TPI: “Tendo presente que, no decurso deste século, milhões de crianças, homens e mulheres têm sido vítimas de atrocidades inimagináveis que chocam profundamente a consciência da humanidade, Reconhecendo que crimes de uma tal gravidade constituem uma ameaça à paz, à segurança e ao bem-estar da humanidade (...)”.

95 TOMUSCHAT, Obligations Arising for States Without or Against their Will. *Recueil des Cours de l'Académie de la Haye*, Leiden/Boston, v. 241, 1993, IV, 195; SIMMA, Bruno. Universality of International Law from the Perspective of a Practitioner. *European Journal of International Law*, Florença, v. 20, n. 2, pp. 265-297, 2009, pp. 267-268.

96 Constitucionalização aqui entendida em sua dimensão normativa. PETERS, Anne. Compensatory Constitutionalism: the Function and Potential of Fundamental International Norms and Structures. *Leiden Journal of International Law*, v. 19, n. 3, pp. 579-610, 2006, p. 579.

97 FASSBENDER, B. *The UN Charter as the Constitution of the International Community*. Leiden: Nijhoff, 2009, pp. 28-35; KLEINLEIN, T. Alfred Verdross as a Founding Father of International Constitutionalism? *Goettingen journal of international law*, v. 4, n. 2, 2012, p. 385.

98 AMBOS, Kai. Punishment without a Sovereign? The *Ius Puniendi* Issue of International Criminal Law: Contribution towards a Consistent Theory of International Criminal Law. *Oxford Journal of Legal Studies*, Oxford, v. 33, n. 2, 293-315, 2013.

de certas condutas. A “comunidade internacional”, assim, estaria gradativamente se dirigindo a uma existência autônoma, capaz de legislar e determinar sua própria ordem.⁹⁹

Não se trata, aqui, da defesa de um “governo mundial”, ou de um “super-Estado”, mas sim de um senso de solidariedade social e humana, somado a objetivos universais e imperativos morais, os quais proibiriam certos atos tanto aos indivíduos quanto aos Estados.¹⁰⁰ Esta ideia associa-se às próprias bases do direito internacional, formado pela vontade da comunidade internacional como um todo, e não dos Estados individualmente, no que Lauterpacht vincularia ao conceito de *civitas maxima*.¹⁰¹ Originário do direito romano, o termo firmou-se com a obra de Christian Wolff,¹⁰² e embora tenha por vezes sido traduzido como “super-Estado”,¹⁰³ em geral está mais associado ao conceito de comunidade ou associação política universal.¹⁰⁴ Vattel, mesmo refutando o conceito formal de *civitas maxima*, trabalha com a ideia do “direito necessário” – em contraposição ao voluntário –, o qual consistiria na própria consciência jurídica.¹⁰⁵ A oposição entre direito voluntário (*jus dispositivum*) e direito necessário, também presente em Wolff, tem suas fontes na dicotomia grotiana entre

99 AGO, Roberto. Obligations Erga Omnes and the International Community. In WEILER, J. H.; SPINEDI, M.; CASSESE, A. (Eds). *International Crimes of States: a critical analysis of the ILC's Draft Article 19 on State Responsibility*. Florença: European University Institute, 1989, pp. 237-238.

100 BASSIOUNI, M. Cherif. *Introduction to international criminal law*. 2. ed. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2012, pp. 35-36.

101 LAUTERPACHT, H. *International Law: Collected Papers*, v. 2: The Law of Peace. Edição de Elihu Lauterpacht. Cambridge: Cambridge University Press, 1975, pp. 15-16.

102 WOLFF, Christian. *Jus Gentium Methodo Scientifica Pertractatum*. Tradução de Joseph H. Drake. Oxford: Clarendon Press, 1934 [1764].

103 BASSIOUNI, M. Cherif. *Introduction to international criminal law*. 2. ed. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2012, p. 37. O próprio autor reconhece, entretanto, que Wolff não defendia a ideia de super-Estado.

104 ONUF, Nicholas Greenwood. Civitas Máxima: Wolff, Vattel and the Fate of Republicanism. *American Journal of International Law*, v. 88, n. 2, abr/1994, pp. 280-303.

105 VATTEL, Emmerich. *The Law of Nations or the Principles of Natural Law Applied to the Conduct and Affairs of Nations and of Sovereigns*. Tradutor: Charles G. Fenwick. Washington: Carnegie, 1916 [1758]. 11a.

direito positivo e direito natural¹⁰⁶ – a qual, por sua vez, inspira-se na distinção aristotélica entre justiça e equidade.¹⁰⁷

Conquanto o mundo moderno não guarde muita semelhança com a realidade de Grotius ou de Wolff, há certa perenidade na aspiração humana de unidade harmoniosa. Assim, mesmo hoje, o desenvolvimento do *jus gentium* levaria a um direito internacional objetivo, capaz de expressar valores universais.¹⁰⁸ Nesse sentido, é digno de nota que princípios básicos de direito humanitário, como a proteção de determinados grupos de pessoas, estiveram presentes em diferentes povos e civilizações, de modo independente e não como produto de migração de ideias, demonstrando certa convergência de valores e políticas no plano global,¹⁰⁹ como uma consciência coletiva,¹¹⁰ ou mesmo universal.¹¹¹

A missão do direito internacional criminal teria, assim, esse aspecto coletivo,¹¹² uma vez que os crimes fundamentais colocariam em xeque a própria ordem internacional e os valores que ela visa a proteger. Essa ideia está presente em expressões como “interesse da comunidade internacional como um todo”, “reconhecimento pela comunidade internacional” e “interesses comuns compartilhados”, frequentemente incluídas em tratados e decisões judiciais internacionais.

106 ONUF, Nicholas Greenwood. *Civitas Máxima: Wolff, Vattel and the Fate of Republicanism*. *American Journal of International Law*, v. 88, n. 2, abr/1994, pp. 280-303, p. 286.

107 GROTIUS, Hugo. *On the Law of War and Peace*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012, p. 28; ARISTÓTELES. *The Nicomachean Ethics*. Tradução: F. H. Peters. 3. ed. Londres: Kegan Paul, Trench & Co, 1886, pp. 136-143.

108 CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *International Law for Humankind: towards a new 'Jus gentium'*. Leiden: Nijhoff, 2010, pp. 13-14.

109 BASSIOUNI, M. Cherif. *Introduction to international criminal law*. 2. ed. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2012, pp. 30-31.

110 ELIAS, T.O. Modern Sources of International Law. In FRIEDMANN, W et alli (eds). *Transnational Law in a Changing Society: essays in honour of Philip C. Jessup*. Nova York: Columbia University Press, 1972, p. 51. O autor fala de uma consciência jurídica da comunidade mundial.

111 CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *International Law for Humankind: towards a new 'Jus gentium'*. Leiden: Nijhoff, 2010, pp. 144-145. A consciência jurídica universal, que gradualmente encontrou expressão na teoria e prática do direito internacional, seria a sua fonte material última.

112 AMBOS, Kai. Punishment without a Sovereign? The *Ius Puniendi* Issue of International Criminal Law: Contribution towards a Consistent Theory of International Criminal Law. *Oxford Journal of Legal Studies*, Oxford, v. 33, n. 2, 293-315, 2013, p. 294.

Haveria, assim, a convergência de esforços para prevenir e eliminar crimes que afetem negativamente os valores e interesses dessa comunidade internacional.¹¹³ A definição dos valores a serem protegidos coletivamente, porém, é tarefa mais complexa. Uma análise dos elementos comuns aos conceitos jurídicos relacionados à proteção de interesses da comunidade internacional, elencados na primeira parte deste artigo, permite verificar a presença constante de um valor fundamental: a dignidade da pessoa humana.

A) A dignidade humana como interesse da comunidade internacional

Em seus primeiros escritos, Oppenheim afirmava que os “Estados são os únicos e exclusivos sujeitos de direito internacional”.¹¹⁴ Tal afirmativa refletia a visão do direito internacional prevalecente até tempos recentes, segundo a qual este seria feito unicamente por e para os Estados, em alusão à tradição estabelecida sobretudo a partir da paz de Westphalia.¹¹⁵ A noção de soberania era, então, tida como “poder absoluto e perpétuo”, sujeito a nenhum outro direito ou a nenhuma outra lei.¹¹⁶

A visão estatocêntrica do direito internacional desviou-se das origens do Direito das Gentes, uma vez que seus autores clássicos admitiam a personalidade internacional do indivíduo.¹¹⁷ Verifica-se, hoje, um retorno a essas teorias clássicas, em um processo histórico

113 BASSIOUNI, M. Cherif. *Introduction to international criminal law*. 2. ed. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2012, p. 35-36.

114 OPPENHEIM, Lassa. *International Law: A Treatise*, v. 1 (Peace). Londres: Longmans, Greens & Co., 1905, para 13. As edições mais recentes passaram a afirmar que o Estado é o principal sujeito do direito internacional. Ver, e.g., OPPENHEIM, Lassa; JENNINGS, Robert; WATTS, Arthur. *International Law: A Treatise*, v. 1 (Peace). 9.ed. Londres: Longman, 1996, p. 16.

115 MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*, volume 1. 15.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 171.

116 BODIN, Jean. *Les six livres de la République*, Paris: Fayard, v. 1, pp. 179-228.

117 Autores clássicos como Vitoria, Suarez e Grotius, os quais estabeleceram as bases para o conceito de *civitas maxima* de Wolff e Vattel. Para uma análise da obra de tais autores, ver, e.g., CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Os rumos do direito internacional contemporâneo: de um *jus inter gentes* a um novo *jus gentium* no século XXI. In CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *O direito internacional em um mundo em transformação*, pp. 1078-1083; MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*, v. 1. 15.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 808.

de humanização do direito internacional,¹¹⁸ o qual se tornaria, afinal, um “direito interno da humanidade.”¹¹⁹ Parte-se do pressuposto de que o Estado é feito para os indivíduos, e não o contrário,¹²⁰ e se avança na constatação do ser humano como a finalidade última do direito, de modo que “negar [a subjetividade internacional ao indivíduo] seria desumanizar o direito internacional e transformá-lo em um conjunto de normas ocas sem qualquer aspecto social.”¹²¹

O conceito de soberania é, desse modo, relativizado, dando-se preponderância à noção de solidariedade.¹²² Esta concepção associa-se à ideia de um direito internacional universal,¹²³ que se consolida a partir da “reconstrução do *jus gentium* como direito universal da humanidade”.¹²⁴ Haveria, portanto, uma mudança de paradigma no direito internacional, em que o indivíduo passa a ser considerado como sujeito de direitos e obrigações. A emergência e consolidação de normas de direitos humanos e do direito internacional criminal estão diretamente associadas à gradual aceitação da personalidade jurídica internacional do indivíduo. Ambas as áreas cristalizam normas diretamente aplicáveis às pessoas, seja para garantias fundamentais, seja para obrigações e eventuais responsabilizações.

118 CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Os rumos do direito internacional contemporâneo: de um *jus inter gentes* a um novo *jus gentium* no século XXI. In: CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *O direito internacional em um mundo em transformação*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 1083.

119 ABI-SAAB, Georges. Humanité et communauté internationale dans la dialectique du droit international. In: DUPUY, René-Jean; AGO, Roberto. *Humanité et Droit International: Mélanges René-Jean Dupuy*. Paris: Pedone, 1991, p. 1-4.

120 LAUTERPACHT, Hersch. *The Function of Law in the international community*. Oxford: Clarendon Press, 1933, pp. 430-431.

121 MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*, v. 1. 15.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 808

122 ACCIOLY, Hildebrando. *Tratado de Direito Internacional Público*. 2.ed. Rio de Janeiro: MRE, 1956, pp. 211-215; CARNEIRO, Levi. *O Direito Internacional e a Democracia*. Rio de Janeiro: Coelho Branco, 1945, pp. 106-126; VALLADÃO, Haroldo. *Democratização e Socialização do Direito Internacional*. Rio de Janeiro: José Olympio, 1961, pp. 53-64.

123 CUSIMANO, Franco Antonio. *L'Ordinamento Internazionale e l'Avvenire dell'Europa*. Pádua: Cedam, 1966.

124 CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. A *recta ratio* nos fundamentos do *jus gentium* como direito internacional da humanidade. In: CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *A Humanização do Direito Internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 28. A noção de *jus gentium* aqui apresentada não corresponde àquela do direito romano, mas busca traduzir a ideia de um direito comum a todos, associado à própria humanidade.

A criação convencional de um *corpus juris* para a proteção de liberdades fundamentais decorre da “percepção do indivíduo em si mesmo, com características inerentes, de pessoa humana”.¹²⁵ O tratamento do indivíduo como um fim em si, e não como um meio, relaciona-se intrinsecamente à noção de dignidade da condição humana, tida como valor absoluto.¹²⁶ A proteção dos direitos humanos e, em certa medida, também o direito internacional criminal visariam assim a proteger o valor absoluto da dignidade humana, e por conseguinte gradualmente se afastariam do paradigma interestatal do direito internacional público.¹²⁷

A dignidade humana ganhou tal aceitação na modernidade que sua constatação no direito é hoje indiscutível em crescente número de países.¹²⁸ A própria Carta das Nações Unidas, em seu preâmbulo, vincula os direitos humanos à dignidade da pessoa,¹²⁹ e trata este valor como tão evidente que prescinde de justificativa.¹³⁰ Trata-se, porém, de conceito que antecede em muito a Carta da ONU, já estando presente em escritos associados ao nascimento da escola jusnaturalista moderna.¹³¹

É certo que não há unanimidade quanto à definição da dignidade humana, sua necessidade ou seu papel como fundamento dos direitos humanos.¹³² Nenhum instrumento internacional chega a

125 DUPUY, Pierre-Marie. L'unité de l'ordre juridique international: cours general de droit international public. *Recueil des cours de l'Academie de Droit International*, Leiden, v. 297, p. 9-489, 2002, p. 414-415.

126 KANT, Immanuel. *Fondazione della Metafisica dei Costumi*. Roma: Laterza, 1980, pp. 61-68.

127 HENKIN, L. International law: politics, values and functions. General course on public international law. *Recueil des Cours de l'Académie de la Haye*, Leiden/Boston, v. 216, pp. 9-416, 1989, pp. 208-219.

128 ENTERRÍA, Eduardo García de. *La Lengua de los Derechos. La Formación del Derecho Público Europeo tras la Revolución Francesa*. Madrid: Alianza, 2001, p. 48.

129 ONU. Carta das Nações Unidas. Preâmbulo. “We, the peoples of the United Nations determined (...) to reaffirm faith in fundamental human rights, in the dignity and worth of the human person (...).”

130 HENKIN, L. International law: politics, values and functions. General course on public international law. *Recueil des Cours de l'Académie de la Haye*, Leiden/Boston, v. 216, pp. 9-416, 1989, p. 216.

131 PUFENDORF, Samuel von. *De Officio Hominis et Civis Juxta Legem Naturalem*. Traduzido por Frank Gerdner Moore. Nova York: Oceana, 1964. Capítulo VII.

132 Ver, e.g., WALDRON, Jeremy. Is dignity the foundation of human rights? In NYU. *New York University Public Law and Legal Theory Working Papers*. Paper 374. Nova York± New York University School of Law, 2013.

definir dignidade humana.¹³³ Em suas origens, a dignidade (*dignitas*) esteve mais associada à honra e à posição na sociedade, ao valor de determinados cargos e aos benefícios deles decorrentes.¹³⁴ A dignidade como característica inerente do ser humano, independentemente de seu status na sociedade, é encontrada apenas de modo tangencial nos escritos de Cícero, servindo como elemento diferencial em relação aos animais.¹³⁵

Nos autores que retomaram o conceito, porém, já se podiam perceber consequências práticas desta premissa filosófica mesmo antes de Kant, inclusive com a imposição de limites à brutalidade e à violência. A proteção da dignidade humana está presente, hoje, no direito internacional, tanto de maneira explícita, como no Artigo 3 Comum às quatro Convenções de Genebra (o qual proíbe ofensas à dignidade das pessoas),¹³⁶ quanto de modo implícito, como o artigo 7 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos¹³⁷ e o artigo 3 da Convenção Europeia de Direitos Humanos (proibição de tratamento degradante).¹³⁸

Seja associado à importância metafísica da capacidade moral do indivíduo, como propugnava Kant, seja vinculado à habilidade comum de ser responsável pelos próprios atos, ou seja decorrente da singularidade da nossa espécie,¹³⁹ o conceito de dignidade humana contém certos elementos comuns às suas várias acepções.

133 SCHACHTER, O. Human Dignity as a Normative Concept. *American Journal of International Law*, Washington, v. 77, pp. 848-854, 1983, p. 848

134 KRETZMER, David; KLEIN, Eckart. *The Concept of Human Dignity in Human Rights Discourse*. Haia: Kluwer Law International, 2002, pp. 19-20.

135 CÍCERO. *De Officiis*. Tradução: Walter Miller. Livro I. London: William Heinemann, 1928, p. 30.

136 Art. 3, parágrafo 1: "(...) *the following acts are and shall remain prohibited at any time and in any place whatsoever with respect to the above-mentioned persons: (...) c) outrages upon personal dignity, in particular humiliating and degrading treatment*"; Convenção para Melhorar a Situação dos Feridos e Doentes das Forças Armadas em Campanha (Genebra I); Convenção para melhorar a Situação dos Feridos, Doentes e Náufragos Das Forças Armadas no Mar (Genebra II); Convenção Relativa ao Tratamento dos Prisioneiros de Guerra (Genebra III); Convenção para a proteção das pessoas civis em tempo de guerra (Genebra IV).

137 Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (PIDIC), 1966, art. 7.

138 WALDRON, Jeremy. How Law Protects Dignity. *Cambridge Law Journal*, Cambridge, v. 71, n.1, março/2012, pp. 200-222, p. 200.

139 WALDRON, Jeremy. Is dignity the foundation of human rights? In NYU. *New York University Public Law and Legal Theory Working Papers*. Paper 374. Nova York± New York University School of Law, 2013, p. 27-28.

Este “mínimo denominador comum” poderia ser sintetizado em três pontos: i) o valor intrínseco decorrente da condição humana (elemento ontológico); ii) o dever de respeitar tal valor e de tratar os outros de maneira consistente com ele (elemento relacional); e iii) o indivíduo como fim último do Estado, e não o contrário (desenvolvimento posterior do elemento relacional).¹⁴⁰ Este último ponto coaduna-se com a referida mudança de paradigmas do direito internacional.

B) A dignidade humana como fundamento dos direitos humanos e do direito internacional criminal

Apesar de considerado vago, o conceito de dignidade humana foi defendido por filósofos de diferentes escolas, em geral considerando injustas as formas de tratar o indivíduo que não se coadunassem com o seu reconhecimento como membro da comunidade humana. O conceito justificaria as limitações ao poder estatal, estabelecidas por meio de direitos e garantias fundamentais.¹⁴¹

Por conseguinte, o ponto de partida dos direitos humanos e do direito humanitário estaria nas considerações de dignidade humana, que formam as bases dos padrões mínimos de humanidade.¹⁴² Essa seria, inclusive, outra faceta da ideia de dignidade humana, presente

140 MC CRUDEN, Christopher. Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights. *European Journal of International Law*, vol. 19, n. 4, 2008, pp. 655-724, p. 659.

141 DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1977, p. 198. Dworkin refere-se à dignidade humana no contexto da justificativa dos direitos opostos ao Estado: “*The institution of rights against the government is not a gift of God, or an ancient ritual, or a national sport. It is a complex and troublesome practice that makes the government’s job of securing the general benefit more difficult and more expensive, and it would be a frivolous and wrongful practice unless it served some point. Anyone who professes to take rights seriously, and who praises our government for respecting them, must have some sense of what that point is. He must accept, at the minimum, one or both of two important ideas. The first is the vague but powerful idea of human dignity.*”

142 ICTY. Caso Promotora v. Delalic, Mucic, Delic e Landzo. N.: IT-96-21-A. Julgamento de 20/02/2001.

nas “considerações básicas de humanidade”,¹⁴³ as quais perpassam todo o direito internacional contemporâneo.¹⁴⁴

As considerações elementares de humanidade foram reconhecidas pela Corte Internacional de Justiça ainda em 1949,¹⁴⁵ e reiteradas em casos posteriores.¹⁴⁶ Refletiriam algo da essência do ser humano, comum a toda a humanidade. Para ilustrar, cite-se o que afirmou uma sobrevivente do genocídio de Ruanda, de etnia Tutsi, ao ser salva da morte por uma mulher Hutu: “Escondida por onze dias, comprimida sob uma fossa, sou ajudada por uma jovem mulher. Ela é Hutu, e humana.”¹⁴⁷

Assim, além de objeto de proteção por meio de determinadas normas, a dignidade da pessoa humana é frequentemente considerada, também, o fundamento dos direitos humanos.¹⁴⁸ Tal percepção está presente em diversos instrumentos internacionais, como o Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos,¹⁴⁹ o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais,¹⁵⁰ a Declaração de Viena de 1993,¹⁵¹ a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948,¹⁵²

143 Humanidade entendida aqui como condição humana, o valor intrínseco de cada indivíduo (*Menschlichkeit*), e não como a coletividade de seres humanos (*Menschheit*).

144 CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *International law for humankind: towards a new jus gentium*. *Recueil des Cours de l'Académie de la Haye*, Leiden/Boston, v. 317, 2005, p. 21.

145 CIJ. Caso Relativo ao Estreito de Corfu, ICJ Reports, p. 22.

146 Ver, por exemplo, CIJ. Opinião Consultiva concernente a Reservas à Convenção sobre a Prevenção e a Punição do Crime de Genocídio, 1951, ICJ Reports, p. 15, 23 [afirma que a Convenção sobre Genocídio teria como um de seus objetivos “confirmar e endossar as considerações mais elementares de humanidade”]; CIJ. *Nicarágua v. Estados Unidos*, 1986, ICJ Reports p. 14, 112.

147 Tradução livre de: “*Hidden for 11 days, huddled under a sink, I am helped by a young woman. She is hutu, and human.*” MUKAGASANA, Yolande. *Surviving and bearing witness, without hate, simply in order to rebuild*. In: *Forum: War and Accountability*. Genebra: Comitê Internacional da Cruz Vermelha, 2002, p. 7.

148 MARITAIN, Jacques. *The Rights of Man and Natural Law*. Nova York: Charles Scribner's Sons, 1951, p. 65; GRIFFIN, James. *On Human Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2008, pp. 5–6 e 21–22.

149 PIDIC, segundo parágrafo preambular: “*Recognizing that these rights derive from the inherent dignity of the human person (...)*”.

150 PIDESC, segundo parágrafo preambular: “*Recognizing that these rights derive from the inherent dignity of the human person (...)*”.

151 Declaração de Viena, 1993, segundo parágrafo preambular: “*human rights derive from the dignity and worth inherent in the human person.*”

152 Declaração Universal de Direitos Humanos, 1948: “*Recognition of the inherent dignity and of the equal and inalienable rights of all members of the human family is*

a Convenção Internacional para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial, a Convenção para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres,¹⁵³ a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes e a Convenção sobre os Direitos das Crianças. Como explicitado no preâmbulo de vários destes documentos, os direitos ali elencados decorreriam da “dignidade inerente da pessoa”, e não do Estado ou de alguma autoridade externa.¹⁵⁴

As constantes referências à dignidade humana nestes instrumentos internacionais, se não demonstram irrefutavelmente o seu papel como fundamento dos direitos humanos, sugerem ao menos a função que teve em fornecer uma base teórica às garantias fundamentais na ausência de outras fontes para consenso.¹⁵⁵ Sendo os direitos humanos muitas vezes apresentados em forma de listas (e não de uma teoria única),¹⁵⁶ a dignidade humana seria o valor último que lhes daria coerência.¹⁵⁷

Violações de certas garantias fundamentais transformariam a pessoa em meio, indo de encontro a sua dignidade, entendida como o valor intrínseco absoluto do ser humano.¹⁵⁸ A condição humana (na acepção do indivíduo como ser moral)¹⁵⁹ conferiria a cada indivíduo, de maneira universal, a sua dignidade, e desta decorreria o respeito a si próprio e ao outro: à possibilidade de exigir respeito corresponderia também o dever de respeitar os demais,¹⁶⁰ independentemente de

the foundation of freedom, justice and peace in the world.”

153 CEDAW, sétimo parágrafo preambular: “*discrimination against women violates the principles of equality of rights and respect for human dignity.”*

154 SCHACHTER, O. Human Dignity as a Normative Concept. *American Journal of International Law*, Washington, v. 77, p. 848-854, 1983.

155 Nessa linha, MC CRUDEN, Christopher. Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights. *European Journal of International Law*, vol. 19, n. 4, 2008, pp. 655-724, p. 677. A seu ver, “*such a theory [of human dignity] has long been the Holy Grail of human rights*”.

156 RAWLS, John. *Political Liberalism*. Nova York: Columbia University Press, 1993.

157 HASSON, Kevin J. Religious Liberty and Human Dignity: A Tale of Two Declarations. *Harvard Journal of Law & Public Policy*, v. 27, n. 1, p. 81-92, p. 83.

158 KANT, Immanuel. *Fondazione della Metafisica dei Costumi*. Roma: Laterza, 1980, p. 62.

159 ARENDT, Hannah; BEINER, Ronald. *Lectures on Kant's Political Philosophy*. Chicago: University of Chicago Press, 1992, p. 26.

160 KANT, Immanuel. *The Metaphysics of Morals*. Tradução: M. Gregor. Cambridge: Cambridge University Press, 1991 [1797], p. 462.

sua situação ou circunstância.¹⁶¹ A notória referência kantiana à dignidade humana esteve na base de vários desenvolvimentos filosóficos sobre o tema,¹⁶² assim como em trabalhos subsequentes sobre direitos humanos.

Ao tratar do conflito entre direitos, Dworkin refere-se a noções de dignidade humana e igualdade política para demonstrar a gravidade das medidas que prejudiquem direitos fundamentais. Os direitos necessários para a proteção da dignidade somente poderiam ser afastados em situações excepcionalíssimas, já que seria preferível a solução que os amplia às medidas que os afetam negativamente. A limitação de tais direitos somente poderia ocorrer se fosse demonstrado que: i) os valores protegidos pelo referido direito não estão em risco no caso em particular; ii) haveria outro direito de igual importância com o qual entraria em conflito; ou iii) o custo à sociedade em garantir tal direito seria tamanho a ponto de justificar a sua limitação.¹⁶³

É possível encontrar situações em que conflitos de direitos justificam certas limitações. A liberdade de expressão não pode proteger a incitação ao genocídio, e o direito à livre manifestação não justifica atos de violência contra a pessoa. Quando o direito protegido não pode ser afastado sob qualquer justificativa; quando a sua precedência afasta outras considerações e possíveis direitos, se está diante do núcleo que configura grande parte dos crimes internacionais fundamentais. Trata-se de condutas que violam direitos fundamentais, desconsideram a dignidade humana, e para as quais não existe qualquer justificativa possível. Nem mesmo as três circunstâncias sugeridas acima seriam capazes de permitir ou justificar o cometimento destes crimes, pois isso destruiria as bases da própria ideia de dignidade humana, ao desconsiderar por completo o valor intrínseco do indivíduo. Se, como afirmou Nelson Mandela, “a condição humana transcende fronteiras nacionais”,¹⁶⁴

161 MAURER, B. *Le principe de respect de la dignité humaine et la Convention Européenne des Droits de l'Homme*. Paris: CERIC, 1999, p. 18.

162 MC CRUDEN, Christopher. Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights. *European Journal of International Law*, vol. 19, n. 4, p. 655-724, 2008, p. 659.

163 DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1977, p. 197-204.

164 MANDELA, Nelson. Discurso ao receber o Prêmio de Direitos Humanos Carter-Menil, 1992, Texas.

a proibição dos crimes fundamentais, na medida em que protege direitos humanos básicos, seria universal e diretamente aplicável aos sujeitos de direito internacional, pois teria como fundamento último a dignidade da pessoa humana.

CONCLUSÃO

O direito internacional contemporâneo se assemelha a uma “densa rede de prescrições detalhadas e sobrepostas, em áreas temáticas tão diversas como proteção ambiental, direitos humanos e comércio internacional.” Os regimes de direito diplomático, direitos humanos e outros contêm regras especiais relativas a violações de obrigações e respectiva imputação de responsabilidades. Conquanto seja importante manter a distinção conceitual entre o direito geral e seus sistemas específicos, de modo a manter certa coerência sistêmica, caberá também promover a relação entre as distintas áreas.¹⁶⁵

A coexistência de distintos sistemas e normas jurídicas para a mesma conduta foi muitas vezes inserida na discussão relativa ao que ficou conhecido como a “fragmentação do direito internacional”.¹⁶⁶ O tema entrou na agenda da CDI, cujo relatório, finalizado em 2006, recorda algumas premissas básicas do direito internacional, como a de que “nenhuma regra, tratado ou costume, independentemente do quão especial a sua matéria o quão limitado o número de Estados afetados, opera no vácuo.”¹⁶⁷

Face a multiplicidade de sistemas e mecanismos de solução de controvérsias, busca-se atualmente “mais da harmonia e da coordenação entre as normas do ordenamento jurídico (concebido como sistema) do que da exclusão.”¹⁶⁸ No direito internacional privado, as distintas fontes jurídicas, sejam de direitos humanos, sejam normas constitucionais, sejam dispositivos convencionais,

165 SIMMA, Bruno. Of Planets and the Universe: Self-contained regimes in international law. *European Journal of International Law*, Florença, v. 17, n. 3, pp. 483-529, 2006, pp. 483-484.

166 KOSKENNIEMI, Martti; LEINO, Päivi Leino. Fragmentation of International Law. Postmodern Anxieties? *Leiden Journal of International Law*, vol. 15, 2002, pp. 553-579.

167 CDI. Fragmentation of International Law. Report of the Study Group. A/CN.4/L.682. 13/04/2006, p. 64.

168 MARQUES, Claudia Lima. Diálogo das Fontes. In BENJAMIN, Antonio Herman; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 123.

não se excluem mutuamente, mas sim “conversam” entre si.¹⁶⁹ Esse diálogo das fontes preconiza a aplicação conjunta e simultânea das normas ao mesmo caso (um sistema ou subsistema pode servir de base conceitual para o outro; pode complementá-lo na aplicação de princípios e regras; ou ainda pode promover influências recíprocas sistemáticas), tanto de modo complementar como subsidiário, com o objetivo de se alcançar a sua *ratio* ou finalidade.¹⁷⁰

No direito internacional público, os estudos sobre ilícitos internacionais em geral tiveram sempre como foco os regimes de responsabilidade, ou seja, dedicaram-se às suas consequências.¹⁷¹ Talvez por isso tenha se dado tanto destaque às diferenças entre os sistemas que tratam da questão dos crimes internacionais, os mecanismos de proteção dos direitos humanos e o direito internacional geral.

Por outro lado, embora distintos, a proteção internacional dos direitos humanos e o direito internacional criminal se complementam: “onde os direitos humanos são o escudo, o direito internacional criminal é a espada”.¹⁷² Nos crimes internacionais, há violações de direitos humanos básicos, como o direito à vida, à liberdade, à segurança pessoal e à integridade física.¹⁷³ Ademais, a responsabilização criminal dos perpetradores anda lado a lado ao direito das vítimas de acesso à justiça, em geral associado ao dever do Estado de investigar e punir violações de direitos humanos,¹⁷⁴

169 JAYME, Erick. Identité culturelle et intégration: le droit privé postmoderne. Cours général de droit international privé. *Recueil des Cours de l'Académie de la Haye*, Leiden/Boston, v. 251, 1995 “(...) toutes ces sources ne s'excluent pas mutuellement; elles 'parlent' l'une à l'autre. Les juges sont tenus de coordonner ces sources en écoutant ce qu'elles disent.” p. 259.

170 MARQUES, Claudia Lima. Diálogo das Fontes. In BENJAMIN, Antonio Herman; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 124.

171 AGO, Roberto. Le Délit International. *Recueil des Cours de l'Académie de la Haye*, Leiden/Boston, v. 68, II, pp. 415-554, 1939, pp. 420-421

172 BASSIOUNI, M. Cherif. *Introduction to international criminal law*. 2. ed. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2012, p. 217.

173 BASSIOUNI, M. Cherif. *The protection of human rights in the administration of criminal justice: a compendium of United Nations Norms and standards*. Irvington, NY: Transnational Publishers, 1994.

174 CtIADH. Velasquez Rodriguez v. Honduras, Series C, No.4, 29 de julho de 1988, para 174; ver também CtIADH. Caso Neira Alegria y otros v. Peru, Series C No. 20, 19 de janeiro de 1995, para.69; CtIADH. Caso Caballero Delgado y María del Carmen Santana v. Colômbia, Series C, No. 22, 8 de dezembro de 1995, para

sobretudo quando se trata de crimes de maior gravidade.¹⁷⁵ No sistema criado pelo Estatuto de Roma, a ausência de ação do Estado pode levar à intervenção do Tribunal Penal Internacional, o que buscaria fechar espaços de impunidade. Já nos sistemas de direitos humanos, pode-se responsabilizar o Estado em caso de falhas no dever de identificar os responsáveis, levar a efeito a sanção apropriada, e garantir à vítima a compensação adequada.¹⁷⁶

A unidade de ambos os sistemas pode ser encontrada, em grande medida, no conceito de dignidade humana, fundamento tanto da proteção internacional dos direitos humanos quanto do direito internacional criminal. Os dois sistemas têm como objetivo último a proteção da pessoa humana em todas as circunstâncias, bem como partem da premissa do caráter universal da condição humana¹⁷⁷ e de sua dignidade. As normas dos sistemas de direitos humanos, internacional criminal e direito humanitário devem, assim, dialogar entre si e com o direito internacional geral, com o fim último da proteção da pessoa de maneira universal, não-seletiva e não-discriminatória.

Nesse contexto, é possível concluir que não há uma “proliferação” de instituições e mecanismos judiciais, que levariam à “fragmentação” do direito internacional.¹⁷⁸ O presente fenômeno representa, sim,

56; CtIADH. Caso Blake v. Guatemala, Exceções Preliminares, Series C, No. 27, 2 de julho de 1996, para. 39; CtIADH. Caso Castillo Paez v. Peru, Series C, No. 34, 3 de novembro de 1997, para. 90.

175 CtIADH. Caso Barrios Altos, Chimbipuma Aguierré v. Peru, ser. C, No. 75, 2002, p. 13; CtIADH. Samuel Alfonso Catalán Lincoleo v. Chile, Caso 11.711, 16 de abril de 2001, p.61; CtIADH. Caso Velasquez-Rodriguez v. Honduras, 1988; CtIADH. Masacre Las Hojas v. El Salvador, Caso 10.287, 24 de setembro de 1992, p.26.

176 Protocolo I Adicional às Convenções de Genebra de 12 de Agosto de 1949 relativo à Proteção das Vítimas dos Conflitos Armados Internacionais Protocolo Facultativo à Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, 1977. Art. 91; CtIADH. Velásquez Rodriguez v. Honduras, 1988, para 174.

177 CICERO, M. Tullius Cicero. De Officiis. With An English Translation. Walter Miller. Cambridge. Harvard University Press, Cambridge, Mass., London, England. 1913: *“We must realize also that we are invested by Nature with two characters, as it were: one of these is universal, arising from the fact of our being all alike endowed with reason and with that superiority which lifts us above the brute. From this all morality and propriety are derived, and upon it depends the rational method of ascertaining our duty.”*

178 Como afirmou o Juiz Antonio Augusto Cançado Trindade, *“In our days, the more lucid international legal doctrine has at last discarded empty euphemistic expressions used some years ago, such as so-called ‘proliferation’ of international*

a ampliação de meios para garantir o acesso à justiça às vítimas¹⁷⁹ e para evitar falhas de impunidade (*impunity gaps*),¹⁸⁰ tendo como fundamento e norte o conceito de dignidade humana, reflexo de interesses compartilhados por toda a comunidade internacional.

tribunals, so-called 'fragmentation' of international law, so-called 'forum-shopping', which diverted attention to false issues of delimitation of competences, oblivious of the need to focus it on the imperative of an enlarged access to justice. Those expressions, narrow-minded and unelegant and derogatory, and devoid of any meaning, paid a disservice to our discipline; they missed the key point of the considerable advances of the old ideal of international justice in the contemporary world." CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. A Century of International Justice and Prospects for the Future. In CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto; SPIELMANN, D. (eds.) *A Century of International Justice and Prospects for the Future / Rétrospective d'un siècle de justice internationale et perspectives d'avenir*. Oisterwijk: Wolf Legal Publs., 2013, p. 21.

179 CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. State Responsibility in Cases of Massacres: Contemporary Advances in International Justice. Utrecht: Universiteit Utrecht, 2011, p. 47: "(...) such phenomenon of the reassuring multiplicity of contemporary international tribunals comes to enlarge the access to justice (*lato sensu, formal and material*) in our days, and to contribute to put an end to impunity (...)." E, mais adiante: "*the proper approach is oriented towards the victims.*"

180 Sobre o tema, ver AMBOS, Kai; STEGMILLER, Ignaz. Prosecuting international crimes at the International Criminal Court: is there a coherent and comprehensive prosecution strategy? In *Crime Law Soc Change*, DOI 10.1007/s10611-012-9384-z. Springer, 2012.

TRANSEXUALIDADE E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Maria Amália de Figueiredo Pereira Alvarenga

Mestre e doutora em direito, UNESP; Coordenadora do Curso de Direito da UNESP; docente da cadeira de Direito Civil FCHS/UNESP; Orientadora de grupo de pesquisas, CNPq e Avaliadora dos Cursos pelo MEC.

Edwirges Elaine Rodrigues

Mestranda em Direito, FCHS/UNESP; Especialista em Direito Processual Civil, FCHS/UNESP; Membro de grupo de pesquisa, CNPq, “O Direito de Família contemporâneo e as relações sociais”; Membro do IBDFAM.

INTRODUÇÃO

O tema deste trabalho gira em torno do indivíduo transexual e seus direitos fundamentais ditados pelo princípio da dignidade da pessoa humana, consagrado expressamente em nossa Lei Fundamental e tido por ela como um valor essencial.

É considerada transexual a pessoa que se sente pertencer ao gênero oposto, por ser o seu sexo biológico distinto do seu sexo psicológico. Assim, esta pessoa pertence morfologicamente a um determinado sexo, mas psicologicamente pertence ao sexo oposto.

Embora a transexualidade seja estudo de diversas áreas do conhecimento, ainda não se chegou a uma explicação científica que dê respostas exatas para a rejeição do próprio gênero e identificação com o gênero oposto.

O indivíduo transexual enfrenta várias batalhas, desde a sua aceitação pela sociedade, passando pela submissão à cirurgia de readequação sexual, até a retificação do seu registro público, com a modificação do nome e sexo em seus documentos.

O Direito tem-se mostrado flexível acompanhando as mudanças sociais e, neste sentido, com fundamentos no princípio da dignidade da pessoa humana, o Direito se destaca na vida dos transexuais ao permitir a modificação do nome e do sexo, mesmo sem a realização da cirurgia de readequação sexual.

1. DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais representam o conjunto mínimo necessário para assegurar uma vida ao ser humano, baseado na liberdade e na dignidade para evitar que passe por sofrimentos.

Segundo Ingo Sarlet, os direitos fundamentais podem ser diferenciados dos direitos humanos, ao passo que o termo “direitos fundamentais” se aplica aqueles direitos do homem reconhecidos e positivados na esfera do direito Constitucional positivo de determinado Estado, enquanto a expressão “direitos humanos” faz referência aos direitos inerentes ao ser humano em nível supranacional, independentemente de sua vinculação à determinada ordem constitucional, aspirando validade universal (SARLET, 2003, pp. 33, 34).

Os direitos fundamentais surgiram em meio a necessidade de limitação e controle dos abusos de poder do próprio Estado e de suas autoridades constituídas, consagrando, assim, os princípios básicos da igualdade e da legalidade como regentes do Estado moderno contemporâneo.

Portanto, os direitos fundamentais colocam-se como uma das previsões necessárias a todas as Constituições, no sentido de valorizar o respeito à dignidade da pessoa humana, garantir limitação de poder e visar o pleno desenvolvimento da personalidade humana.

Na história constitucional brasileira, nunca uma Carta política proclamou de maneira tão abrangente e pormenorizada os direitos e garantias fundamentais do homem, como o fez a Constituição Federal de 1988. Isto se dá pelo fato de ser o Brasil um Estado Democrático de Direito, art. 1º da Constituição Federal, indispensável à concretização dos direitos fundamentais.

Pode-se afirmar que os direitos fundamentais são, em verdade, concretizações do máxi princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, consagrado expressamente em nossa Lei Fundamental e tido por ela como um valor essencial.

1.1. Princípio da dignidade humana

A importância que se deu à pessoa variou no tempo e no espaço, o que revela um componente cultural na compreensão do que hoje se entende por dignidade humana. Assim, cumpre traçar a evolução histórico-filosófica do princípio da dignidade humana.

No pensamento filosófico e político da antiguidade clássica, a dignidade da pessoa humana era concedida, em regra, com base na condição social ocupada pelo indivíduo e o seu grau de reconhecimento pela sociedade. Desta forma, existiam pessoas mais dignas ou menos dignas, como, por exemplo, os escravos, que estavam reduzidos à servidão e não eram considerados merecedores de dignidade. Esta é a fase em que a dignidade era considerada relativa (SARLET, 2001, p. 30).

Com o passar do tempo, o conceito de dignidade humana evoluiu. Na Idade Média, Tomás de Aquino foi o grande pensador que se dedicou ao estudo do tema e chegou a se referir expressamente ao termo “*dignitas humana*”. O pensador defendia que a dignidade é uma virtude oferecida por Deus, sendo todo homem filho de Deus, portanto digno (SARLET, 2001, p. 30).

No início da Idade Moderna, o humanista italiano Pico della Mirandola foi pioneiro ao desenvolver o princípio da dignidade, dando-lhe sentido fora da teologia. Ao justificar a ideia da grandeza e da superioridade do homem em relação aos demais seres, afirmou que, por ser criatura de Deus, ao homem foi outorgada uma natureza indefinida para que fosse seu próprio arbítrio, soberano e artífice, dotado da capacidade de ser e obter aquilo que ele próprio deseja (SARLET, 2003, p. 107).

Nesta mesma época, o espanhol Francisco de Vitória defendeu a existência de dignidade em todos os seres humanos, de onde se podia deprender que a escravidão era um crime, diferentemente do que se pensava na época (SARLET, 2003, p. 107).

No âmbito do pensamento jusnaturalista dos séculos XVII e XVIII, o significado de dignidade enfrentou um processo de racionalização e laicização, predominando inalterada. No entanto, na noção fundamental da igualdade de todos os homens em dignidade e liberdade, destaca-se o pensador alemão Samuel Dufendorf, o qual defendia que todos deveriam respeitar a dignidade humana, cabendo ao monarca admitir que seus súditos mais humildes fossem detentores do direito de agir conforme a sua própria razão e entendimento (SARLET, 2001, p. 32).

É com Kant, no século XVIII, que se secularizou a dignidade, que de uma vez por todas abandonou suas vestes sacrais. Para Kant, o ser humano não pode ser tratado como objeto nem por si próprio. Neste sentido, propôs a teoria do imperativismo categórico que prega

que o homem é um fim em si mesmo, e por isso não pode ser tratado como objeto nem usado como meio de obtenção de qualquer objetivo (SARLET, 2010, p. 37).

É justamente no pensamento de Kant que a doutrina mais expressiva parece identificar as bases de uma fundamentação e conceituação da dignidade da pessoa humana.

No século XX, a Segunda Guerra Mundial foi o cenário para que a dignidade humana tomasse novos rumos à sua constitucionalização. Eram tamanhas as atrocidades ocorridas naquela época e o mundo padecia sob os horrores do nazismo e fascismo, período em que a dignidade voltou a ser relativa. Milhões de judeus, ciganos e homossexuais foram reunidos forçosamente em campos de concentração, sem qualquer dignidade.

Assim, a Segunda Guerra Mundial significou a ruptura com os direitos humanos. Logo, o pós-guerra deveria significar a sua reconstrução.

Neste sentido, em 1945, 51 países assinaram a Carta de fundação da ONU e, em 1948, foi aprovada a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que faz referência à dignidade humana em seu art. 1º: “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito e fraternidade” (SARLET, 2010, p. 37).

A partir deste momento, começa a se desenvolver o Direito Internacional dos Direitos Humanos mediante a adoção de inúmeros tratados internacionais voltados à proteção dos direitos fundamentais.

No âmbito do Direito Constitucional ocidental, percebe-se a elaboração de textos constitucionais abertos a princípios dotados de elevada carga axiológica, com destaque ao valor da dignidade humana.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 é o marco jurídico da transição democrática e da institucionalização dos direitos e garantias fundamentais. O texto demarca a ruptura com o regime autoritário militar instalado em 1964, refletindo o consenso democrático “pós-ditadura”. É em seu art. 1º que a CF reconhece a dignidade da pessoa humana como princípio basilar do direito pátrio.

Embora muitos não se atrevam a dizer o que é dignidade humana, Ingo Sarlet (2001, p. 60) a conceitua como:

Qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração

por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que proteja a pessoa contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano e lhe garanta as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com demais elementos humanos.

A dignidade da pessoa humana consagra-se, assim, como verdadeiro princípio a orientar o Direito Internacional e Interno.

Nenhum princípio é mais valioso para compreender a unidade material da Constituição que o princípio da dignidade humana.

Será com base neste maxi-princípio que serão abordados e defendidos os direitos fundamentais da pessoa transexual.

2. IDENTIDADE DE GÊNERO

Antes de adentrar no tema da transexualidade, cumpre trabalhar os conceitos de gênero, sexo e identidade de gênero.

O termo “sexo” compreende diversos significados, cabendo sua utilização em diferentes sentidos como, por exemplo, o conjunto de características anatômicas, segundo as quais um ser pode ser classificado como macho ou fêmea ou os próprios órgãos sexuais.

O dicionário Novo Aurélio define sexo como a “Conformação particular que distingue o macho da fêmea, nos animais e nos vegetais, atribuindo-lhes um papel determinado na geração e conferindo-lhes certas características distintivas” (FERREIRA, 1999, p. 1849).

Com o surgimento do conceito de gênero, a palavra “sexo” passou a ser utilizada num contexto mais ligado à biologia, como uma condição prescrita biologicamente ao indivíduo.

O termo “gênero”, por sua vez, normalmente é utilizado numa acepção cultural e social, buscando afastar-se um determinismo biológico.

De acordo com o dicionário Novo Aurélio, gênero significa também: “A forma culturalmente elaborada que a diferença sexual toma em cada sociedade, e que se manifesta nos papéis e status atribuídos a cada sexo e constitutivos da identidade sexual dos indivíduos.” (FERREIRA, 1999, p. 980).

Mencionadas as definições de gênero e sexo, passa-se ao conceito de identidade de gênero.

Sabe-se que, biologicamente, há uma dualidade de sexos: feminino e masculino, sendo estes determinados pela genitália externa do indivíduo.

Assim, o indivíduo que possui o órgão sexual masculino (pênis) é biológica e socialmente considerado do gênero masculino. Já o indivíduo que detém o órgão sexual feminino (vagina) é biológica e socialmente considerado do gênero feminino.

É este sexo morfológico que será utilizado para a elaboração do registro civil de nascimento, em que por lei deve constar o sexo do indivíduo.

Durante o desenvolvimento da personalidade do indivíduo, este, a partir dos componentes que concorrem para a formação de seu sexo, identifica-se com um determinado gênero: feminino ou masculino, desenvolvendo uma convicção inafastável acerca de sua sexualidade.

A identidade de gênero se manifesta, portanto, como um sentimento do indivíduo quanto à sua identificação como homem ou mulher, o que pode ou não corresponder ao sexo atribuído a partir de seu nascimento.

Ocorre Transtorno de Identidade de Gênero quando o indivíduo, seja ele homem ou mulher, não se identifica com o seu gênero, por ser o seu sexo biológico distinto do seu sexo psicológico. Assim, esta pessoa pertence morfológicamente a um determinado sexo, mas psicologicamente pertence ao sexo oposto.

As pessoas que possuem este transtorno de identidade de gênero são consideradas transexuais, pois o seu sexo psicossocial transcende o sexo biológico.

3. DIVERSIDADE SEXUAL

É importante mencionar que identidade de gênero não se confunde com orientação sexual, pois a primeira, conforme visto no título anterior, é a forma como o indivíduo se identifica, seja pertencente ao gênero feminino ou masculino. Já a orientação sexual diz respeito às formas pelas quais o indivíduo irá relacionar-se sexualmente.

Desde o início da humanidade, criou-se o costume de que o homem deve envolver-se amorosa e sexualmente com uma pessoa do sexo oposto ao seu, ou seja, o sexo masculino deve relacionar-se com o sexo feminino e vice-versa.

Assim, *heterossexuais* são considerados os indivíduos que se sentem atraídos e se relacionam com pessoas do sexo oposto ao seu. Entretanto, desde a antiguidade, há relatos de pessoas que se comportavam de forma distinta a este costume. Deste modo, alguns homens preferiam relacionar-se com outros homens e mulheres se relacionavam com outras mulheres.

A estes grupos que sentem atração física e se relacionam com pessoas do mesmo sexo é dado o nome de *homossexuais*.

Com o passar do tempo, esta diversidade sexual ganhou força e, hoje, apesar de ainda enfrentar um enorme preconceito por parte da sociedade, não se limita apenas aos heterossexuais e homossexuais.

Existem outros grupos como, por exemplo, os *bissexuais* que são pessoas que têm afinidade por indivíduos de ambos os sexos, ou seja, em certos momentos se relacionam com pessoas do mesmo sexo e em outros instantes se relacionam com pessoas do sexo oposto.

Por sua vez, o grupo composto pelos *travestis* são, em sua maioria, homens que se vestem e se comportam conforme o sexo oposto ao seu; entretanto, sua orientação sexual é homossexual.

Também há de se mencionar que os travestis não se confundem com os *transexuais*, pois estes, ao contrário daqueles, têm aversão ao próprio órgão sexual, que não é considerado fonte de prazer (NAVES e SÁ in CORRÊA, et al., 2006, p. 227).

Frise-se que a pessoa transexual, em regra, tem sua orientação sexual heterossexual, levando em consideração o seu sexo psicossocial.

Assexuada é considerada a pessoa que é desprovida de desejo sexual, não se sente atraída fisicamente por qualquer pessoa, seja do sexo feminino ou masculino. No entanto, uma pessoa que se diz assexuada pode apaixonar-se por outra, amá-la e ser feliz, ainda que nunca se sinta sexualmente atraída e não tenha necessidades sexuais.

Embora os grupos mencionados neste título representem a maior parte da diversidade sexual, existem outros grupos. Devido à complexidade que envolve a matéria, eles não serão, porém, abordados neste trabalho.

4. TRANSEXUALIDADE

Transexual é considerado o indivíduo anatomicamente de um sexo, mas que acredita veementemente pertencer a outro sexo. Esta crença é tão forte que o transexual possui um desejo incessante de

ter o corpo modificado com a finalidade de se ajustar ao verdadeiro sexo, ou seja, ao seu sexo psicossocial.

Considera-se transexual feminino o indivíduo que nasceu com o órgão genital masculino, mas com o sexo psicossocial feminino; por sua vez, é considerado transexual masculino a pessoa que nasceu com a genitália feminina e possui psicologicamente o sexo masculino.

O transexual é classificado como primário e secundário. Sendo considerado primário aquele indivíduo que manifesta desejo inequívoco de modificação do sexo, desde sua infância. Já o transexual secundário é aquele que encontra dificuldades para se identificar, podendo considerar-se homossexual ou travesti em alguns momentos de sua vida (NAVES e SÁ in CORRÊA, et al., 2006, p. 228).

Embora muitos defendam a despatologização da transexualidade e a inutilização da expressão transexualismo, a mesma ainda é classificada como transtorno de identidade de gênero, constante na lista de doenças mentais, (CID -10, Classificação Internacional de Doenças, editada pela OMS).

Neste sentido, a Resolução nº 1.955/10 do Conselho Federal de Medicina, repetindo a previsão contida nas resoluções anteriores (de nº 1.482/97 e nº1.652/02), estabelece os critérios mínimos para a definição do transexualismo:

Art. 3º. A definição de transexualismo obedecerá, no mínimo, aos critérios abaixo enumerados:

1. Desconforto com o sexo anatômico natural;
2. Desejo expresso de eliminar os genitais, perder as características primárias e secundárias do próprio sexo e ganhar as do sexo oposto;
3. Permanência desses distúrbios de forma contínua e consistente por, no mínimo, dois anos;
4. Ausência de outros transtornos mentais.

A resolução do Conselho Federal de Medicina descreve a pessoa transexual como portadora de “desvio psicológico permanente de identidade sexual, com rejeição do fenótipo e tendência à automutilação e/ou autoextermínio” (Conselho Federal de Medicina, 2010).

Para Maria Helena Diniz (2009, p. 281), a transexualidade implica um drama jurídico-existencial, decorrente da cisão entre a identidade sexual física e a identidade psíquica, drama esse que

transcende o incômodo psicológico e leva à efetiva rejeição do fenótipo, resultando em tendência à automutilação genital ou dos seios, ou ao autoextermínio.

4.1. Teorias sobre as causas da transexualidade

A transexualidade é estudada por diversas áreas do conhecimento, medicina, psicologia e ciências jurídicas. No entanto, a ciência ainda não identificou precisamente, do ponto de vista biológico, a explicação para a rejeição do gênero correspondente ao sexo.

Duas correntes se destacam neste assunto: a psicosssexual e a neuroendócrina.

O psicanalista Stoller, defensor da teoria psicosssexual, considera as influências ambientais em que a pessoa vive, fundamentando os desvios sexuais com base na análise da relação do transexual com sua mãe, na infância (CAMARGO, 2011, p. 26).

Afirma Stoller que o tratamento deve ser iniciado nos primeiros anos de vida, através de terapia, para que haja tempo de corrigir os rumos da identidade de gênero. Passada esta fase, o tratamento estará comprometido. Neste sentido, Stoller defende a inexistência de cura para a transexualidade na fase adulta, restando a cirurgia de redesignação de sexo como única alternativa (GONÇALVES, 2012, p. 72).

Já o endocrinologista Harry Benjamin, defensor da teoria neuroendócrina ou biossexual, explica a origem da transexualidade em virtude de alterações no hipotálamo (glândula que controla o comportamento sexual) que fazem com que a secreção androgênica produzida não atinja o centro de identidade sexual ou que não haja resposta a essa secreção, permanecendo o centro hipotalâmico com as características originais femininas.

A teoria neurológica, baseada em Benjamin e logo após formulada por holandeses, explica a transexualidade a partir do tamanho da região do cérebro em que desenvolvem os hormônios sexuais:

Estudando o hipotálamo de cadáveres, região do cérebro responsável pelo desenvolvimento dos hormônios sexuais, os cientistas descobriram que uma parte chamada estria terminal é em média 44% maior nos homens do que nas mulheres. Ao medir a região em seis transexuais, os pesquisadores descobriram volumes até 52% menores do que a média masculina. Portanto, a região cerebral ligada à evolução

da sexualidade seria, nos transexuais, mais próxima à das mulheres do que à dos homens (GONÇALVES, apud WEIS, 1998).

Simpatizante à teoria de Benjamin, o médico Roberto Farina, especialista no estudo sobre transexualidade, afirma que a criança já nasce transexual, com horror à sua genitália e jamais busca um companheiro homossexual, pois está identificada com o outro sexo desde a infância, o que, no entanto, se aplica apenas ao transexual primário (GONÇALVES, 2012, p. 72).

No entanto, entende-se que os fatores que levam um transexual a ser classificado como secundário não fazem dele menos transexual do que o primário, pois muitas vezes a pessoa procura comportar-se de acordo com os padrões que a sociedade exige, na tentativa de superar seus anseios e preferências, ainda mais sabendo de todas as dificuldades que enfrentará em uma sociedade preconceituosa.

O fato de o transexual repudiar seus órgãos sexuais a ponto de querer extirpá-los não deve ser visto como a única forma de identificação da transexualidade, pois estas características aparecerão com maior ou menor intensidade em cada indivíduo.

Assim, é possível que uma pessoa transexual consiga ter uma vida digna sem se submeter à cirurgia, que é altamente invasiva.

Ao contrário da suposição acima colocada, porém, muitos transexuais só encontrarão sua dignidade após a realização da cirurgia, que adequará seu sexo psicológico ao sexo biológico.

5. CIRURGIA DA REDESIGNAÇÃO SEXUAL

Ressalte-se que a cirurgia para a modificação da genitália não é condição para o diagnóstico da transexualidade, mas sim a última forma de tratamento, quando as demais forem inválidas.

Neste sentido, seguem as palavras de Elimar Szaniawski (1999, p. 68):

O fato de estar a pessoa perfeita e corretamente caracterizada como transexual não significa que a mesma deva, obrigatoriamente, ser submetida à cirurgia de mudança de sexo, que, segundo nosso entender, é de último e derradeiro recurso, utilizado somente depois da falência das demais terapias adequadas ao caso.

Assim, existem outras formas de tratamentos medicamentoso, hormonal, psicopedagógico e psiquiátrico que possibilitam que a pessoa viva como se pertencesse ao outro sexo, sem passar pela cirurgia (SZANIAWSKI, 1999, p. 68).

No entanto, esgotadas todas as possibilidades de tratamento não cirúrgico, a última alternativa é a redesignação sexual através de cirurgia.

Este procedimento cirúrgico de transgenitalização é bastante discutido no ordenamento jurídico brasileiro, pois, de um lado, poder-se-ia caracterizar esta cirurgia como mutilante, afastando a licitude de sua realização; por outro ângulo, justifica-se a legalidade de tal procedimento por se tratar da única forma de solucionar efetivamente o problema do transexual, sendo uma cirurgia corretiva.

Entende-se como mais adequada a finalidade terapêutica da cirurgia, a qual afasta o caráter mutilador. Assim, torna-se admissível a disposição do direito à integridade física para autorizar a cirurgia de adequação sexual, na medida em que corresponde à realização do direito à saúde e à garantia da dignidade da pessoa humana, possibilitando o livre desenvolvimento da personalidade do indivíduo.

Sem uma legislação expressa que regulamente a situação do indivíduo transexual, o diagnóstico de transexualidade e a possibilidade de intervenção cirúrgica, isso fica a cargo do Conselho Federal de Medicina que, em sua Resolução nº 1.955 de 2010, dispõe a respeito:

Art. 4º - Que a seleção dos pacientes para cirurgia de transgenitalismo obedecerá a avaliação de equipe multidisciplinar constituída por médico psiquiatra, cirurgião, endocrinologista, psicólogo e assistente social, obedecendo os critérios a seguir definidos, após, no mínimo, dois anos de acompanhamento conjunto:

- 1) Diagnóstico médico de transgenitalismo;
- 2) Maior de 21 (vinte e um) anos;
- 3) Ausência de características físicas inapropriadas para a cirurgia.

Através da resolução acima mencionada, a cirurgia de transgenitalização do tipo neocolpovulvoplastia (extirpação do pênis e construção da vagina) e/ou procedimentos complementares sobre

gônadas e caracteres sexuais secundários como tratamento dos casos de transexualismo, deixa de ser realizada a título experimental.

Além disso, foi permitido que todos os procedimentos de transgenitalização sejam realizados em hospitais públicos ou privados, inclusive as cirurgias experimentais de neofaloplastia (transformação da vagina em pênis), desde que o hospital atenda aos requisitos estabelecidos e seu corpo clínico seja composto pelos profissionais previstos na equipe citada no artigo 4º.

6. MODIFICAÇÃO DO NOME E SEXO NO REGISTRO CIVIL

Pode-se afirmar que, para alcançar sua completude, o transexual necessita reconhecer-se como titular do sexo oposto em todos os sentidos, seja médico (adequação do sexo biológico ao sexo psicológico), social (inclusão social deste indivíduo, para que seja aceito pela sociedade) e jurídico (perante a lei).

Assim, após a cirurgia de redesignação sexual, o indivíduo transexual não está completo, pois de nada adianta estar com a genitália compatível com o seu sexo psicossocial, mas ainda constar em seu Registro Civil o nome e o sexo do seu nascimento, que não condiz com a sua real personalidade.

Neste momento, trava-se uma nova batalha, ou seja, o pedido de retificação do nome e sexo no Registro Civil.

A modificação do nome e do sexo no assento civil é bastante discutida, e a jurisprudência encontra-se dividida entre a possibilidade de tais modificações e a negativa para tais procedimentos.

Há dois diplomas que regem o Registro Civil: o Código Civil, que trata do direito ao nome como um dos direitos da personalidade, e a Lei de Registros Públicos (Lei nº 6.015, de 31.12.1973), que trata do nome e do gênero sexual, que devem constar no assento de nascimento.

O Código Civil permite algumas alterações quanto ao sobrenome para os cônjuges (arts. 1.565, §1º e 1.578) e para os adotados também há permissão de modificação do prenome e sobrenome (art. 1.627). Quanto ao gênero sexual, o Código é silente.

A Lei de Registros Públicos prevê situações pelas quais é possível a alteração do prenome ou do sobrenome; já a alteração do prenome em decorrência de cirurgia de transgenitalização não está presente entre as alternativas.

No entanto, muitos pedidos são aceitos, com base no art. 55, parágrafo único da lei, que permite a modificação de prenomes vergonhosos e ridículos.

Um indivíduo que se identifique como mulher, realize cirurgia de redesignação sexual e possua aparência feminina, enfrentará, certamente, momentos de humilhação ao apresentar documentos nos quais aparecem o nome e o sexo masculinos.

Na doutrina, identificam-se três grandes correntes a respeito do tema. A primeira delas detém uma visão conservadora; entre seus principais autores estão Luiz Flávio Borges D'Urso, Aracy Klabin e Matilde Josefina Sutter, que sustentam a impossibilidade jurídica de qualquer redesignação do gênero sexual no registro civil; a segunda corrente, com uma posição intermediária, é defendida por Rosa Maria de Andrade Nery, que admite a modificação, mas assinala que deve constar especificamente o termo transexual no assento de nascimento do requerente no lugar do gênero anterior; por sua vez, a terceira corrente, numa orientação liberal, é a dos autores Antonio Chaves, Caio Mário da Silva Pereira, Luiz Alberto David Araújo, Elimar Szaniawski, Tereza Rodrigues Vieira e Ricardo Algarve Gregório, os quais defendem a possibilidade de substituição do gênero registral atual para o sexo oposto, sem qualquer averbação ou anotação no respectivo assento (GREGORIO in MIGLIORE, et al., 2010, pp. 219, 220).

Entende-se que a última corrente detém o posicionamento mais adequado, devendo ser aceita pelos Tribunais, com base no princípio da dignidade da pessoa humana que tem como principal fundamento evitar que a pessoa passe por sofrimentos.

Neste sentido, seguem os ensinamentos de Ricardo Algarve Gregorio (in MIGLIORE, et al., 2010, p. 221):

Como a personalidade do ser humano é composta pelos elementos fundamentais da dignidade, da indivisibilidade e da pessoalidade, que, por sua vez, encontram plena guarida no ordenamento jurídico interno e externo, a adequação do prenome e do sexo redesignado do transexual é medida que traduz proteção.

6.1. Retificação do Registro Civil sem cirurgia

Conforme visto no tópico anterior, após a realização da cirurgia de transgenitalização, é possível, mediante autorização judicial, modificar o nome e o sexo no Registro Civil de Nascimento.

No entanto, entende-se que a cirurgia não deve ser requisito indispensável à autorização da modificação do assento civil. Assim, o princípio da dignidade da pessoa humana deve ser resguardado desde o início em que o indivíduo é identificado como pessoa transexual, não apenas quando há a readequação sexual após cirurgia.

Além disso, conforme a Resolução do CFM, a cirurgia apenas é realizada em transexuais com 21 anos ou mais. Porém, como fica a situação do indivíduo que se reconhece como transexual desde a infância ou adolescência?

Este transexual também necessita ter seus direitos fundamentais resguardados. Destarte, a modificação de nome e sexo no registro civil é a melhor forma de protegê-los!

O indivíduo transexual, em decorrência de ter o sexo psíquico oposto ao seu sexo biológico, muitas vezes transforma seu corpo através de medicamentos hormonais e cirurgias plásticas, antes da cirurgia de readequação sexual.

Sabe-se que o caminho para alcançar a cirurgia é longo e pode demorar anos. Durante todo este tempo de espera, a pessoa transexual também necessita de uma vida digna. Todavia, a dignidade fica cada vez mais distante, visto que o fato de a pessoa ser visivelmente identificada como mulher e apresentar documentos com nome e sexo masculinos gera um profundo constrangimento e humilhação, fazendo com que se sinta menos digna do que outras pessoas.

Este também é o entendimento do E. Tribunal de Justiça de São Paulo (2013):

No caso, a requerente pretende a modificação de seu prenome e da designação sexual constante em seu Registro Civil, pois, tratando-se de transexual, vestindo-se, comportando-se e identificando-se como mulher perante a sociedade, sente-se constrangida ao apresentar documentos designando-a como pessoa do sexo masculino, de nome Antonio. O digno Magistrado sentenciante extinguiu o feito sem análise do mérito, ao fundamento de que inexistente interesse de agir quando ainda não realizada a cirurgia de redesignação de gênero. Não agiu, contudo, com o costumeiro acerto. A

condição de transexual requer uma série de medidas de caráter multidisciplinar até que, finalmente, seja realizada a cirurgia que ajustará o sexo anatômico ao sexo psíquico. Durante este processo, em que o corpo já se adapta ao sexo psíquico, notório o constrangimento daquele que, aparentando um sexo, vê-se obrigado a mostrar documentos que sinalizam um outro. Exigir-se que se aguarde a realização da cirurgia é, com a devida vênia, atentar contra a dignidade da pessoa humana, prevista no artigo 1º, III, da Constituição Federal. Presente, portanto, o interesse de agir. De rigor, assim, a anulação da r. sentença para que a ação prossiga até o julgamento do mérito.

No mais, sabe-se que a cirurgia de transgenitalização é profundamente invasiva e dolorosa, sendo necessária a realização de várias cirurgias para obter o resultado desejado. De tal modo, não se pode forçar uma pessoa a se submeter a esta cirurgia para então alcançar a modificação do seu nome e sexo no registro civil.

Neste sentido, segue o brilhante julgado:

Registro civil. Alteração de prenome e sexo da requerente em virtude de sua condição de transexual. Admissibilidade. Hipótese em que provada, pela perícia multidisciplinar, a desconformidade entre o sexo biológico e o sexo psicológico da requerente. Registro civil que deve, nos casos em que presente prova definitiva do transexualismo, dar prevalência ao sexo psicológico, vez que determinante do comportamento social do indivíduo. Aspecto secundário, ademais, da conformação biológica sexual, que torna despicienda a prévia transgenitalização. Observação, contudo, quanto à forma das alterações que devem ser feitas mediante ato de averbação com menção à origem da retificação em sentença judicial. Ressalva que não só garante eventuais direitos de terceiros que mantiveram relacionamento com a requerente antes da mudança, mas também preserva a dignidade da autora, na medida em que os documentos usuais a isso não farão qualquer referência. Decisão de improcedência afastada. Recursos providos, com observação (SÃO PAULO, 2012).

Desta forma, resta concluir que o sexo do indivíduo não pode ser ditado apenas pela genitália que este porta, mas sim pela forma como ele se identifica. A identidade sexual, consoante Carlos Cury (2012, p. 33), “é a manifestação espontânea, seja no sentimento, ou na

expressão de pertencer ao sexo feminino ou masculino independente dos seus cromossomos”.

CONSIDERAÇÕES GERAIS

A transexualidade é estudada por diversas áreas do conhecimento, medicina, psicologia e ciências jurídicas. No entanto, a ciência ainda não identificou precisamente, do ponto de vista biológico, a explicação para a rejeição do gênero correspondente ao sexo.

Há duas correntes que se destacam neste assunto, a psicosssexual, liderada pelo psicanalista Stoller, e a neuroendócrina, defendida pelo endocrinologista Harry Benjamin. Embora tenham visões distintas sobre este assunto, ambos os cientistas defendem a cirurgia de redesignação sexual como última e única terapia possível.

No Brasil, não há legislação específica sobre o tema da transexualidade, cabendo ao Conselho Federal de Medicina estabelecer as regras para a realização da cirurgia.

Após ser submetido cirurgicamente e ter seus órgãos sexuais modificados, o transexual deverá acionar o judiciário para ter seus documentos reajustados ao seu novo gênero, com alteração do nome e sexo.

Conquanto muitos doutrinadores defendam a impossibilidade de alterar o sexo biológico no registro civil, o posicionamento contrário a este já está pacificado jurisprudencialmente.

Entretanto, o fato de o transexual repudiar seus órgãos sexuais, a ponto de querer extirpá-los, não deve ser visto como a única forma de identificação da transexualidade, pois estas características aparecerão com maior ou menor intensidade em cada indivíduo.

Assim, é possível que uma pessoa transexual se aceite sem se submeter à cirurgia, que é altamente invasiva.

Este transexual também necessita de ter seus direitos fundamentais resguardados. Destarte, a modificação de nome e sexo no registro civil é a melhor forma de protegê-lo e lhe conceder uma vida digna!

Deste modo, conclui-se que a cirurgia de redesignação sexual não deve ser considerada requisito para a retificação do registro civil.

REFERÊNCIAS

CALANDRA, Henrique Nelson. Identidade sexual: visão médica e jurídica. In MIGLIORE, Alfredo Domingues Barbosa et al. (coords.). *Dignidade da vida humana*. São Paulo: LTr, 2010, pp. 185-195.

CAMARGO, Mariana Carneiro Leão. *A tutela jurídica da pessoa transexual*. Monografia, 128 p., Universidade Federal do Paraná. Curitiba: 2011. Disponível em: <<http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/31586/1514%20MARINA%20CARNEIRO%20LEAO%20DE%20CAMARGO.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 24 de junho de 2014.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução n. 1.955, de 12 de agosto de 2010. Dispõe sobre a cirurgia de transgenitalismo e revoga a Resolução CFM n. 1.652/02. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 03 set. 2010. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/php/pesquisa_resolucoes.php#>. Acesso em: 17/09/2013.

CURY, Carlos Abib. *Transexualidade: da mitologia à cirurgia*. São Paulo: Iglu Editora, 2012.

DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 6ª ed. rev. aum. atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

GONÇALVES, Camila de Jesus Mello. *A transexualidade sob a ótica dos direitos humanos: uma perspectiva de inclusão*. Tese de Doutorado, 262 p., Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: 2012.

GREGORIO, Ricardo Algarve. Transexualismo: identidade sexual e registral. In MIGLIORE, Alfredo Domingues Barbosa et al. (coords.). *Dignidade da vida humana*. São Paulo: LTr, 2010, pp. 211-223.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2003.

LUZ, Jamile Pereira. Implicações jurídicas do reconhecimento do direito à identidade sexual: uma análise da transexualidade. *Revista Eletrônica do Curso de Direito UNIFACS*. n. 151, jan. 2013. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/2445>>. Acesso em: 24 de junho de 2014.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. A identidade de gênero à luz dos direitos da personalidade. In MIGLIORE, Alfredo

Domingues Barbosa et al. (coords.). *Dignidade da vida humana*. São Paulo: LTr, 2010, pp. 196-210.

NAMBA, Edison Tetsuzo. *Manual de bioética e biodireito*. São Paulo: Atlas, 2009.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire de. Da autonomia na determinação do estado sexual. In CORRÊA, Elídia Aparecida de Andrade et al. (coords.). *Biodireito e dignidade da pessoa humana*. Curitiba: Juruá, 2006, pp. 223-240.

SÃO PAULO. *Tribunal de Justiça de São Paulo*. Apelação 0007491-04.2013.8.26.0196. 4ª Câmara de Direito Privado. Relator Des. Maia da Cunha. Data da publicação: 13 de agosto de 2013.

SÃO PAULO. *Tribunal de Justiça de São Paulo*. Apelação 0008539-56.2004. 6ª Câmara de Direito Privado. Relator Des. Vito Guglielmi. Data do julgamento: 18.10.2012.

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

_____. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SCRECCIA, Elio. *Manual de bioética: fundamentos e ética biomédica*. v.1. 3ª ed. rev. atual. São Paulo: Edições Loyola, 2009.

SZANIAWSKI, Elimar. *Limites e possibilidades do direito de redesignação do estado sexual*. São Paulo: RT, 1999.

REFLEXÕES CRÍTICAS SOBRE A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NO PROCESSO PENAL: O DIREITO DE DEFESA COMO RESISTÊNCIA AO PODER PUNITIVO

Renan Posella Mandarin

Mestrando e Bacharel em Direito pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (UNESP), campus de Franca; Pós-graduado em Direito Penal e Processual Penal pela Fundação Armando Alvares Penteado (FAAP). Bolsista CAPES/PROPG.

Marisa Helena D'Arbo Alves de Freitas

Professora Doutora da Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (UNESP), campus de Franca, e da Universidade Paulista (UNIP), Campus de Ribeirão Preto; Membro do Núcleo de Estudos da Tutela Penal e Educação em Direitos Humanos – NETPDH.

INTRODUÇÃO

A dignidade da pessoa humana é o valor precípua que rege o ordenamento jurídico de uma sociedade. Em virtude disso, a dignidade humana carrega não somente um valor prestacional, com a finalidade de concretizar os direitos sociais garantidos constitucionalmente. Mais do que isso: ela possui uma dimensão instrumental, no sentido de proporcionar o amplo acesso à justiça.

O direito de defesa é uma das dimensões da dignidade da pessoa humana, que advém especialmente das garantias de acesso à justiça. O presente texto visa a discutir sobre a efetivação material do direito de defesa no processo penal enquanto prática de resistência ao poder punitivo.

Insta destacar que a garantia do direito de defesa é instrumento fundamental para concretização dos direitos humanos. Contudo, diante da porosidade desses direitos, sua ideologia é facilmente manipulável pela conveniência do julgador no decorrer da dinâmica processual. O trabalho analisará se o exercício da ampla defesa se apresenta como ferramenta de resistência à inversão ideológica produzida pelo poder punitivo e quais os caminhos viáveis para a efetivação dos direitos fundamentais do acusado no processo judicial.

No primeiro tópico, busca-se compreender a inversão ideológica dos direitos humanos na perspectiva da tutela penal, a fim de demonstrar o uso perverso da ideologia desses direitos para alimentar a ampliação do sistema de controle punitivo e aplacar o seu real significado. No segundo tópico, passa-se ao exame do direito de defesa como dimensão axiológica da dignidade da pessoa humana. Por derradeiro, o trabalho analisa a efetivação material do direito de defesa no processo penal e as formas de resistência ao poder punitivo.

O trabalho é bibliográfico e se apoia na teoria crítica dos direitos humanos para compreensão do tema. Seu objeto de análise e perspectiva metodológica é a crítica à dogmática jurídica no que tange aos problemas procedimentais apresentados pela ausência do direito de defesa na efetivação material dos direitos humanos do acusado na demanda penal.

Para seu desenvolvimento se utilizou o método dedutivo, pelo qual, com base em enunciados ou premissas, chega-se a uma conclusão necessária, em virtude da correta aplicação de regras lógicas. Parte-se da premissa de que os direitos humanos são uma garantia inerente a todos os indivíduos, sem necessidade de qualquer instrumento para sua concretização. Todavia, quando presente o uso violento e constrangedor do poder punitivo, o direito de defesa é ferramenta imprescindível ao imputado, conforme será justificado adiante.

1. A INVERSÃO IDEOLÓGICA DOS DIREITOS HUMANOS NA PERSPECTIVA DA TUTELA PENAL

O mote popular que rege a sociedade moderna é o ceticismo na efetividade da tutela penal, sob a justificativa de que o fracasso da justiça criminal residiria essencialmente nas poucas penas aplicadas pelo Estado e no seu ineficiente controle punitivo. A sensação do risco, caracterizada pela impotência estatal para apresentar respostas adequadas às expectativas dos cidadãos, enseja uma desenfreada busca por referenciais de segurança, que, ressalte-se, talvez jamais tenham existido.

É instaurado nas pessoas um quadro de “insegurança ontológica”¹, ou seja, uma ansiedade por ser engolfado, esmagado ou sufocado por elementos externos, os quais geram excessivas preocupações e medo dos riscos possíveis para sua existência.

1 GIDDENS, Anthony. *Modernidade e identidade*. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002, p. 55.

Dissemina-se a ideia de que a sociedade segura depende fundamentalmente da eficiência do controle das instâncias formais, conceito esse que vem acompanhado da formação de uma cultura punitiva. Paulatinamente, sedimenta-se a convicção da necessidade de punições severas como solução do problema da criminalidade, crença esta que é potencializada pelos meios de comunicação de massa (*mass media*) com vistas a se fabricar o consenso punitivo.

No contexto da sociedade punitiva contemporânea, a ideia hegemônica de insegurança provoca a perpetuação da dominação autoritária pelos mecanismos institucionais. Os direitos fundamentais são encarados como entraves à exploração do poder punitivo e, como consequência, as garantias mínimas limitadas constitucionalmente são desrespeitadas pelas abusivas e violentas medidas penais².

Na tentativa de legitimar a opinião pública, há a recuperação dos fundamentos da ideologia da defesa social, o que faz com que o sistema penal alimente a perversa lógica seletiva, na qual parte dos humanos é tratada como inimigo e a outra parcela como cidadão digno, este sim sujeito apto a receber a tutela dos direitos fundamentais. David Garland explica que o populismo penal se tornou o tema dominante da política criminal:

Proteger o público é preocupação perene da política criminal e isso se reflete expressamente nos sistemas correccionais. Afinal de contas, foram os reformistas do bem-estar penal que inventaram a detenção preventiva e as sentenças condenatórias de tempo indeterminado; o sistema que operou durante a maioria do século XX reservou poderes especiais para encarcerar criminosos “incuráveis” e perigosos por períodos indeterminados. No entanto, numa época em que os índices de criminalidade eram baixos e o medo do crime ainda não era mote político, a proteção do público raramente servia de motivação para elaboração de políticas públicas. Hoje em dia, há uma nova e urgente ênfase na necessidade de segurança, na contenção do perigo, na identificação e no gerenciamento de riscos de todos os tipos.³

Nessa toada populista, os direitos humanos se apresentam como instrumento de proteção da população “sofrida”, “desamparada”,

2 BIZZOTTO, Alexandre. *A inversão ideológica do discurso garantista: a subversão da finalidade das normas constitucionais de conteúdo limitativo para ampliação do sistema penal*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 105.

3 GARLAND, David. *A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea*. Pensamento criminológico, vol. 16. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2008, pp. 56-57.

adjetivos estes que qualificam as vítimas dos delitos e os membros angustiados do público. O controle punitivo se torna legítimo aparato de neutralização e retribuição para satisfazer as exigências políticas populares por segurança e punições duras.

Há um conflito latente entre a necessidade de aplicabilidade das previsões normativas constitucionais, base positivada dos direitos humanos, e os anseios produzidos pela sociedade repressora. É justamente esse embate retórico que fundamenta a inversão ideológica dos direitos humanos, ou seja, há uma espécie de banalização do discurso de “proteção” aos direitos humanos, que tornam o seu termo objeto de disputas para que possa ser manipulado consoante os interesses em jogo.

A fundamentação utilizada para respaldar os interesses do Estado, ao se alegar que este necessita tutelar os direitos pertinentes às diversas tutelas públicas (segurança, ordem, saúde, economia), são idealizações que ilusoriamente pressupõem o Estado como o detentor do reconhecimento e da concessão dos direitos humanos. Tal linha de raciocínio enseja permissão de posturas autoritárias, posto que deixa os direitos humanos da pessoa concreta subordinados à vontade estatal.

O alargamento do uso discursivo dos direitos humanos tem a capacidade de enfraquecer e vulgarizar a importância real de seus significados. A inversão ideológica dos direitos humanos pode ser conceituada como a “criação de justificativas e mecanismos aparentemente voltados à satisfação dos direitos humanos, mas que, em sua ação concreta, deflagram violações dos próprios direitos humanos”⁴.

Nessa perspectiva crítica, devem ser pontuadas algumas características inerentes à manipulação discursiva dos direitos humanos: a) a afirmação da ausência de integração entre a vida humana real e o humano, com a abstração teórica predominando sobre a realidade; b) a necessidade de se conferir um ponto de vista sociológico e valorativo à questão dos direitos humanos; c) o despedaçamento dos direitos humanos e a falsa contraposição entre as dimensões dos direitos; d) a falta de efetivação dos direitos humanos com a necessidade de se criar uma ideia de resistência às

4 CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, pp. 111-112.

agressões aos direitos humanos; e) a excessiva confiança no nível normativo-positivo dos ordenamentos jurídicos⁵.

A abstração dos direitos humanos debilita a concretude social. É muito comum, ao se enfrentar as teorias de direitos humanos, a categorização das pessoas em modelos abstratos. Os que não se encaixam na classificação são subliminarmente rebaixados da categoria humana. A perspectiva abstrata sobre as pessoas permite a abertura para o florescimento de entendimentos que defendem a hegemonia de grupos sobre outros grupos, numa estreita *relação de dominação* (sujeito-objeto). O sujeito concreto se torna um pária humano caso não atenda aos padrões de direitos humanos impostos por aqueles que prestam bons serviços ao mercado global.

Distanciam-se e abstraem-se direitos humanos das bases fundantes necessárias para que sejam e estejam profundamente concretizados nas vivências cotidianas nos indivíduos e grupos sociais. O intuito de descontextualizar direitos humanos, ao preencher de abstrações seus conteúdos e desmerecer os processos e lutas para seu surgimento e sua expansão, caminha no sentido de reproduzir ideais, valores e concepções que contribuam para a manutenção das estruturas de dominação e opressão⁶.

Helio Gallardo⁷ aponta para o problema do caráter metafísico da noção de humanidade. Pondera que há um “imaginário ideológico”, no qual os conceitos e valores de justiça, ao mesmo tempo em que flutuam por sobre as tramas sociais e as “deshistoricizam” como função da reprodução das dominações vigentes, também incidem normativamente. Para o cidadão comum e setores sociais populares, a “Justiça” pode representar algo de que carecem, mas que algum dia chegará (em outra vida ou através de uma decisão do Poder Judiciário). Tal argumento metafísico tanto pode causar a inclusão como a exclusão social, o que foge aos preceitos essenciais da dignidade humana.

5 HERRERA FLORES, Joaquín. *La Reinención de los Derechos Humanos*. Colección Ensayando. Sevilla: Atrapasueños, 2007, p. 30.

6 FALEIROS JÚNIOR, Roberto Galvão. *Tutela penal e teoria crítica de direitos humanos: uma intersecção crítico-dialética marginal*. 2012. 204 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Estadual Paulista. Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Franca, 2012, p. 141.

7 GALLARDO MARTÍNEZ, Helio. *Teoría crítica: matriz y posibilidad de derechos humanos*. Murcia: Editado por David Sánchez Rubio, 2008, p. 180.

Outro elemento crítico é a necessidade de redimensionar as abstrações dos direitos humanos, com a finalidade de examinar o direito a partir de um ponto de vista sociológico e valorativo que atenda a sua complexa realidade e estrutura⁸. Imperiosa a assunção de um pensamento relacional, interdisciplinar e pluralista do sistema jurídico, de forma que não se resuma ao plano retórico.

Os direitos humanos precisam adequar-se às condições históricas de cada povo, sem modelação de padrões. A compreensão de direito no Ocidente não é a mesma no Oriente. É preciso avaliar as necessidades humanas que surgem em cada contexto sociocultural. Desmembrar a realidade social e seus valores dos direitos humanos pode provocar novos conflitos em vez de proteger os direitos das pessoas.

O despedaçamento dos direitos humanos é outro fator inerente a seu enfraquecimento. A visão geracional dos direitos é simplista, estreita e reduzida, pois provoca verta indolência, docilidade e passividade, além de consolidar a cisão entre teoria e prática. A falsa ideia de hierarquização das dimensões serve apenas para fomentar a rivalidade entre os titulares e interessados na tutela preferencial dos direitos individuais, sociais ou transindividuais, conduzindo à perda do sentido reverencial dos direitos humanos.

David Sánchez Rúbio⁹ enfatiza que os direitos humanos, em suas dimensões, são complementares entre si e não fragmentários. A visão geracional passa a impressão de que os direitos fundamentais são como uma espécie de traje ou vestimenta, com paletó e gravata, que todos devem colocar, inclusive aqueles que não necessitam usá-lo ou não se encaixem neste modelo.

Com a hierarquização, o apelo à tutela dos direitos sociais e transindividuais, que têm maior apelo público, implica o esvaziamento da força dos direitos individuais. O senso comum jurídico demoniza os direitos individuais.

Outro problema apontado pela teoria crítica diz respeito à inefetividade dos direitos. O catálogo de normatização existente sobre os direitos humanos não é suficiente para que tais proteções ganhem corpo próprio. É imprescindível promover e incentivar a ideia de resistência a favor dos direitos humanos. A preocupação com

8 SÁNCHEZ RÚBIO, David. *Encantos e desencantos dos direitos humanos: emancipações, libertações e dominações*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, pp. 30-46.

9 Op. Cit., pp. 87-92.

estes direitos apenas surge quando há a afetação concreta e pessoal, ignorando sua necessidade de proteção quando a lesão ocorre com os “outros”. Não se percebe alteridade nas relações humanas e não há apoios institucionais para promover o engajamento dos sujeitos para a emancipação das pessoas. Impende salientar que a efetividade dos direitos humanos depende da conjuntura real das relações sociais e não da mera positividade pelo Estado¹⁰.

Existe uma perceptível relação de dominação entre sujeitos humanos provocada pela excessiva confiança na legislação. Esse ponto constitui a principal crítica da inversão ideológica dos direitos humanos. Os comandos normativos não são salvadores de todos os problemas da sociedade. É relevante ter a garantia da previsão no ordenamento jurídico; contudo, a simples enunciação não modifica realidades oriundas do contexto das questões humanas.

Roberto Galvão Faleiros Júnior apresenta críticas ao imaginário ideológico positivista, reduzido a uma dimensão formal e ritualística:

O imaginário ideológico, que hegemoniza e homogeneiza qualquer abordagem sobre direitos humanos, é a própria cultura jurídica contemporânea que se demonstra analfabeta e anestésica nestes quesitos. Simplificam e despolitizam os fundamentos sobre esses direitos e privilegiam sua dimensão normativa, supervalorizando o aspecto pós-violatório e desconsiderando qualquer emergência ou surgimento fora das estruturas institucionais. Reduzem, assim, direitos humanos às concepções filosóficas, previsões normativas e vínculos institucionais e à eficácia jurídica oriunda do Estado¹¹.

No âmbito da tutela penal, esses argumentos apontados pela teoria crítica se imbricam e geram a “reversibilidade”¹² dos direitos fundamentais. David Sánchez Rúbio apresenta como característica principal do fenômeno da inversão ideológica a reversibilidade.

10 BIZZOTTO, Alexandre. *A inversão ideológica do discurso garantista: a subversão da finalidade das normas constitucionais de conteúdo limitativo para ampliação do sistema penal*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 121.

11 FALEIROS JÚNIOR, Roberto Galvão. *Tutela penal e teoria crítica de direitos humanos: uma intersecção crítico-dialética marginal*. 2012. 204 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Estadual Paulista. Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Franca, 2012, p. 154.

12 SÁNCHEZ RÚBIO, David. Reversibilidade do direito: os direitos humanos na tensão entre o mercado, os seres humanos e a natureza. *Revista de Estudos Criminais*, ano VI, n. 22. Porto Alegre: Notadez/PPGCRIm PUCRS/ITEC, 2006, p. 23.

Afirma ser esta a condição do direito ser interpretado e aplicado em um ou outro sentido, inclusive contraditórios entre si. É uma distorção do reflexo entre *pensamento e realidade*.

Há uma manipulação dos valores do sistema penal para anestesiar a sociedade e encobrir a cruel realidade dos direitos humanos. Essas armadilhas ideológicas são facilmente verificadas no âmbito processual penal, ora utilizando o valor “dignidade da pessoa humana” em prol da sociedade, viabilizando a aplicação do poder punitivo, ora o utilizando na aplicação do direito de defesa do acusado para se opor às repressões estatais.

2. O DIREITO DE DEFESA COMO DIMENSÃO AXIOLÓGICA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A conceituação de “dignidade da pessoa humana” é uma tarefa complexa, longe de ser um entendimento pacífico entre os doutrinadores. Muitos usam a expressão para defender direitos fundamentais, mas sem alcançar o âmago do conceito e seus respectivos contornos.

Inúmeras vezes a utilização da locução acaba ocorrendo em contextos diametralmente opostos aos escopos constitucionais para justificar o direito à vida, à liberdade, à saúde e assim por diante. Em razão das amplas dimensões possíveis para se compreender “dignidade da pessoa humana”, não há um conceito uníssono que possa servir como base sólida em prol da defesa dos direitos essenciais do ser humano¹³.

A filosofia de Immanuel Kant mostra que o homem, como ser racional, existe como “fim em si mesmo” e não pode servir como meio para uso arbitrário da vontade. Enquanto os seres desprovidos de razão têm um valor relativo e condicionado ao de meios, eis porque são chamados de “coisas”, os seres humanos, ao contrário, são chamados de “pessoas”, pois sua natureza já os designa como fim em si, como algo que não pode ser empregado simplesmente como meio e conseqüentemente limita na mesma proporção nosso arbítrio, por ser um objeto de respeito. E assim se revela como um valor absoluto, porque a natureza racional existe como fim em si mesmo. Nesse sentido, o ser humano, por ser detentor do fim em

13 MINAGÉ, Thiago M. *O que é dignidade da pessoa humana?* Disponível em <<http://justificando.com/2015/03/28/o-que-e-dignidade-da-pessoa-humana/>> Acesso em 28 de março de 2015.

si mesmo, tem sua dignidade como algo superior a todos os demais direitos ou garantias que possam ser ou vir a ser expressos.

Fábio Konder Comparato¹⁴, contrariando a visão kantiana, assinala que a dignidade da pessoa humana não consiste apenas no fato de ser ela, diferentemente das coisas, um ser considerado e tratado como “um fim em si” e nunca como um meio para a consecução de determinado resultado. Ela resulta também do fato de que, por sua vontade racional, somente a “pessoa” vive em condições de autonomia, isto é, como ser capaz de se guiar pelas leis que ele próprio edita. Daí decorre, como assinalou o filósofo, que todo homem tem dignidade e não um preço, como as coisas.

Ingo Wolfgang Sarlet¹⁵ propõe uma conceituação jurídica para a dignidade da pessoa humana:

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

Aquilo que porventura não tenha um preço pode ser trocado ou pode ser substituído por qualquer outra coisa equivalente e relativa, enquanto aquilo que não é um valor relativo é superior a qualquer preço. Trata-se de um valor interno e não admite ser substituído por algo equivalente. Isso é o que tem uma dignidade.

Contudo, “dignidade da pessoa humana” é uma locução abstrata, extremamente metafísica, que embora carregue em si forte carga espiritual, não tem qualquer valia jurídica¹⁶. Embora seja correto aceitar a ideia de que tal expressão diga respeito à condição humana

14 COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 20.

15 SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 6.ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 63.

16 BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 296.

do ser humano, também é inegável a árdua tarefa de encontrar uma conceituação clara e efetiva sobre o alcance de seu significado e conteúdo. Inclusive para efeitos de definição do seu âmbito de proteção como norma jurídica fundamental, revela-se no mínimo difícil de ser obtida.

Logo, imprescindível assumir que o conceito de “dignidade humana” possui contornos vagos e imprecisos. Apesar da porosidade, assim como sua natureza necessariamente polissêmica, a doutrina destaca que existe um subconjunto dentre os direitos e garantias fundamentais, que representam um núcleo básico e intransponível, e que são plenamente exigíveis ao Estado, enquanto prestações positivas indispensáveis à condição humana, conhecido como *mínimo existencial* ou *núcleo da dignidade humana*.

Esse núcleo é composto por prestações materiais mínimas à dignidade humana, que na Constituição brasileira é a educação fundamental, a saúde básica, a assistência aos desamparos e o acesso à justiça. Os três primeiros, elementos de conteúdo material, e o último, uma garantia fundamental de natureza instrumental, todos eles com eficácia jurídica positiva e caráter de direito subjetivo, portanto, exigíveis diante do Poder Judiciário¹⁷.

Esses direitos, mínimo exigível para uma existência digna, possuem eficácia direta. Isso porque, o valor “dignidade da pessoa humana” expressa um conjunto de valores da civilização que se encontram incorporados ao patrimônio da humanidade, não sem encontrar, porém, cotidianamente, violações em seu conteúdo. Atribuir reserva de eficácia direta a este mínimo existencial significa o próprio fundamento de existir deste núcleo intransponível da dignidade humana, sem o qual se tornaria mera retórica, destituído de sentido prático.

O núcleo mínimo de dignidade humana possui duas dimensões. Uma *dimensão de defesa*, instrumental, que corresponde a posições ativas individuais de defesa, ou seja, garantia de proteção destes direitos contra intervenções ilegítimas do Estado; e a outra, uma *dimensão de prestação*, material e vinculada aos direitos sociais. No âmbito dos direitos e garantias processuais penais, os direitos de defesa estão ligados à efetivação da liberdade de locomoção e, principalmente, ao direito de acesso à justiça. Este último tem

17 BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 258.

vinculação estatal direta, isto é, gozam de autoaplicabilidade, uma vez que se trata de direito negativo, que exige uma abstenção por parte do Estado.

Contudo, Sarlet contesta esse antagonismo entre as duas classes de direitos fundamentais ao justificar que a ação positiva de proteção é ação estatal defensiva, ou seja, não apenas uma atividade de configuração positiva, mas também absenteísta. Isso porque, para garantir a plena efetividade dos direitos fundamentais de defesa, igualmente chamados de direitos de liberdade ou direitos civis e políticos, o Estado deve desenvolver medidas positivas de proteção e fomento a estes direitos, não apenas contra a intervenção de particulares, mas contra a indevida interferência dele próprio, de forma que os direitos de defesa são também direitos de proteção¹⁸.

Os direitos fundamentais, em sua dimensão de defesa, incluem também atuações ativas ou prestacionais, para assegurar o exercício desta defesa contra intervenções indevidas do Estado na órbita individual, especialmente naquele conteúdo mínimo ou núcleo essencial, considerado intangível. O indivíduo tem o direito a que a conduta do Estado não esvazie um núcleo mínimo de possibilidades de levar uma vida digna em condições de liberdade e de autoconformação.

O Estado tem o dever de proteger a dignidade da pessoa humana por meio de sua função dúplice, tanto proibindo condutas que atentem contra a dignidade (*função protetiva dos direitos de defesa*), quanto garantindo prestações materiais aptas a proporcionar condições de uma existência digna para todos (*função defensiva dos direitos a proteção*). Essa função de proteger a dignidade da pessoa humana no âmbito do processo penal fica clara com alguns exemplos: situação jurídica do prisioneiro preventivo, os direitos dos acusados ao silêncio, as proibições de certas apreensões, a proibição e o aproveitamento de determinadas provas, entre outros.

Luigi Ferrajoli¹⁹ argumenta que a opção garantista em favor da tutela dos direitos fundamentais decorre da constatação de que os cidadãos são ameaçados não apenas pelos delitos, mas também e constantemente, pela violência estatal dos aparelhos repressivos e da

18 SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 6ª ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 126.

19 FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 506.

imposição de penas arbitrárias, fazendo com que a população perca a confiança na justiça. Logo, o direito de defesa é uma garantia de segurança, mais especificamente da segurança fornecida pelo Estado de Direito e expressa pela confiança dos cidadãos na justiça, bem como da segurança necessária contra os abusos do poder punitivo, posto que existe uma tensão permanente entre a pretensão punitiva do Estado e os direitos individuais do acusado.

No plano formal-normativo, resta evidente que o direito de defesa é um valor fundamental para a realização da dignidade da pessoa humana. Entretanto, o direito de defesa encontra barreiras para sua realização na prática judiciária. A crença ilusória de que o poder punitivo é o caminho correto para promoção da segurança jurídica e de uma sociedade mais justa, leva às inversões ideológicas das garantias processuais e à supressão do direito de defesa. Logo, há um esvaziamento do conteúdo da dignidade da pessoa humana na seara processual penal.

3. A EFETIVAÇÃO MATERIAL DO DIREITO DE DEFESA E A RESISTÊNCIA AO PODER PUNITIVO

Na demanda penal, a defesa se constitui de duas maneiras: autodefesa e defesa técnica. A autodefesa compreende a possibilidade de o próprio acusado participar das atividades processuais, compostas pelo direito de audiência e o direito de presença. A defesa técnica exercida por profissional habilitado é, sem dúvida, indisponível, na medida em que, mais do que garantia do acusado, é condição da paridade de armas, imprescindível à concreta atuação do contraditório e, conseqüentemente, à própria imparcialidade do juiz. Por isso, a Constituição Federal considera o advogado indispensável à administração da Justiça (art.133) e estrutura as defensorias públicas (art.134).

Entretanto, a simples presença do advogado nos autos não é suficiente: é preciso que a defesa seja efetivamente exercida em favor do réu. Em outras palavras, não se pode permitir que a garantia constitucional seja esvaziada por uma atuação meramente formal e inócua, desprovida de qualquer aptidão para influenciar o resultado final do processo²⁰.

20 GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo: III série: estudos e pareceres de processo penal*. 1ª ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013, p. 61.

Exatamente no ponto que toca à defesa técnica é que o discurso garantista se torna pernicioso. Alexandre Bizzotto²¹ aponta que, em determinados momentos, a construção normativa é excessivamente rígida e, em outros, extremamente flexível para a efetivação dos direitos humanos.

Numa perspectiva formal-positivista, a restrita obediência às normas jurídicas retira do magistrado a capacidade de interpretar o texto legal e elimina qualquer possibilidade de avaliação da justiça ou da legitimidade do direito positivado. Essa rígida vinculação à legalidade, atrelada ao falacioso fundamento da segurança jurídica, cega o intérprete na convalidação dos direitos humanos. No processo penal, a lógica mecanicista faz com que os direitos fundamentais, mais especificamente o exercício da ampla defesa e do contraditório, sejam esquecidos em favor da mera observação declarativa do texto legal. O intérprete subverte as finalidades de uma garantia processual de limitação penal ao respectivo aumento da atuação do sistema penal.

Essa perspectiva subversiva e reducionista é visível ao se justificar a prisão preventiva. O julgador utiliza a normatividade abstrata do artigo 312 do Código de Processo Penal para restringir cautelarmente a liberdade de locomoção, estimulando a atuação do poder punitivo. Há uma sonolência dogmática, um esquecimento proposital acerca do direito de se defender da acusação penal em liberdade. Logo, a prisão preventiva que era exceção, torna-se regra.

Por outro lado, na ânsia de tutelar penalmente os interesses sociais redimensionados na perspectiva promocional do Estado, acentua-se a utilização dos direitos humanos para amparar e legitimar a ampliação do poder punitivo. Flexibilizam-se construções normativas, numa tentativa discursiva de deixar maleável a aplicação das garantias constitucionais de natureza penal para abstratamente proteger bens jurídicos.

Contudo, é necessário esclarecer que a função da tutela penal é a defesa do humano concreto e de suas liberdades, e não abstrações jurídicas (bem jurídico) que podem ser construídas pela simples manipulação da linguagem²². O Estado não possui direitos

21 BIZZOTTO, Alexandre. *A inversão ideológica do discurso garantista: a subversão da finalidade das normas constitucionais de conteúdo limitativo para ampliação do sistema penal*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, pp. 132-145.

22 ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003, p. 180.

humanos, não podendo tomar para si a valoração do peso dos direitos fundamentais.

Nesse sentido, o direito de defesa surge como instrumento de resistência aos arbítrios cometidos pelo poder punitivo, especialmente para tutelar a dignidade do imputado no decorrer da persecução penal. A cultura jurídica é formalista e, ao compreender o direito como simples técnica de regulação construída e imposta por uma autoridade concreta, acaba por desvirtuar os valores precípuos dos direitos humanos.

A ampla defesa necessita ter um significado substancial, com a concretude em cada caso penal. Não adiantam discursos constitucionais abstratos se, efetivamente, há lesão ao direito de resposta do imputado. Binder²³ afirma que “defensor não é um auxiliar do juiz ou da justiça. Isto poderia ser afirmado somente em um sentido figurado ou metafórico”. Não cabe à defesa ser dócil com as conveniências estatais, com as vontades judiciais ou com as pretensões acusatórias.

A resistência ao poder punitivo, com uso adequado das garantias constitucionais, deve ser efetiva, com o defensor se recusando a repetir fórmulas prontas do direito e a utilizar modelos e pedidos padronizados. Inconcebível uma defesa meramente processual que não apresenta oposição substancial ao sistema punitivo.

De acordo com Foucault, “onde há poder há resistência”²⁴. Logo, resistir ao poder punitivo não é uma prática única e coordenada por um sujeito ou instituição, isso porque, sendo infindáveis as relações de poder, também o são as resistências. Deve haver uma resistência contínua e infindável, com a criação e o fomento de práticas criativas contra o estado de dominação. Mesmo nas relações de poder, como é a relação processual, há necessariamente possibilidade de resistência.

Essa relutância deveria ser utilizada desde a fase inquisitiva, justamente para reequilibrar as “forças” entre o poder punitivo e o investigado; porém, o que se verifica no plano concreto é o contrário, com práticas punitivas violentas e abusivas atentando contra os direitos humanos, sem que o investigado possa ao menos oferecer resistência à dominação das autoridades policiais. A liberdade é um

23 BINDER, Alberto M. *Introdução ao direito processual penal*. Trad. Fernando Zani. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 118.

24 FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade: a vontade de saber*. Vol. 1. 17ª ed. Rio de Janeiro: Graal, 2006, p. 105.

exercício agonístico, uma luta permanente no decorrer da persecução penal, que sempre vislumbra a concretização dos direitos humanos.

David Sánchez Rúbio aponta que os direitos humanos provocam uma dupla perspectiva, de encantamento e desencantamento:

Como toda produção humana, parte-se da ideia de que os direitos humanos podem ser tanto uma instância de luta libertadora por uma dignidade que emancipa, como um instrumento de dominação que legitima distintas formas de exclusão e inferiorização humana, daí seu duplo efeito encantador e de desencanto.²⁵

Existem previsões normativas que encantam pela mera forma esculpida, mas outros instrumentos cuidam para não transformá-las em arte. As garantias processuais são instrumentos fetichizados pela cultura jurídica contemporânea; contudo, no plano da concretude, da aplicabilidade, relegam os direitos humanos para uma função secundária. Muitas vezes, atribui-se ao direito de defesa um papel meramente discursivo ou formal.

É necessário promover uma visão emancipatória dos direitos humanos, livre do cativo encantatório normativo e das eloquências populistas. A efetividade dos direitos humanos depende da conjuntura real das relações sociais e não da mera positividade pelo Estado. Ao contrário dos “anestesiados” e “encantados” pelas concepções tradicionais do conteúdo singelo da legalidade, o exercício do direito de defesa é um embate de constantes construções e reconstruções dos direitos humanos contra o poder punitivo.

O notório conteúdo contestatório de direitos humanos se conjuga na formulação de resistência contra os poderes opressores instituídos. Isso porque o direito expressa não somente a forma da dominação, mas também a da resistência²⁶. É justamente nessa trilha contra-hegemônica do pensamento jurídico que é exercida a defesa dentro da dinâmica processual penal, com o escopo de evitar as arbitrariedades constrangedoras das práticas punitivas e manter a condição mínima da dignidade humana do acusado.

25 SÁNCHEZ RÚBIO, David. *Encantos e desencantos dos direitos humanos: emancipações, libertações e dominações*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 18.

26 CÁRCOVA, Carlos María. *A opacidade do direito*. Tradução de Edilson Alkmim Cunha. São Paulo: LTr, 1998, p. 49.

CONCLUSÃO

Através do presente estudo foi possível vislumbrar que a resistência é fundamental para a concretização dos direitos humanos dentro do processo penal. O direito de defesa não pode ser apenas uma garantia de conteúdo normativo, mas deve ser materializada na dinâmica processual.

O respeito à dignidade da pessoa humana é um valor também inerente à atividade processual penal, pois sobre o acusado recaem as abusividades do poder punitivo, de maneira que o exercício do direito fundamental à ampla defesa e ao contraditório é o caminho viável para sanar possíveis constrangimentos contra a liberdade de locomoção.

A excessiva crença no conteúdo normativo, as abstrações teóricas dos direitos humanos e a ausência de resistência às ideologias hegemonicamente reverberadas pelo poder punitivo são armadilhas que permeiam corriqueiramente o sistema de Justiça Criminal. Entretanto, o uso dessas inversões ideológicas pode ser dirimido através da efetivação do direito de defesa, permitindo que a defesa técnica não seja um mero formalismo a ser cumprido pelo rito penal, mas que se oponha substancialmente à pretensão repressiva do Estado.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

BINDER, Alberto M. *Introdução ao direito processual penal*. Trad. Fernando Zani. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

BIZZOTTO, Alexandre. *A inversão ideológica do discurso garantista: a subversão da finalidade das normas constitucionais de conteúdo limitativo para ampliação do sistema penal*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

- CÁRCOVA, Carlos María. *A opacidade do direito*. Tradução de Edilson Alkmim Cunha. São Paulo: LTr, 1998.
- CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 1999.
- FALEIROS JÚNIOR, Roberto Galvão. *Tutela penal e teoria crítica de direitos humanos: uma intersecção crítico-dialética marginal*. 2012. 204 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Estadual Paulista. Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Franca, 2012.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade: a vontade de saber*. Vol. 1. 17ª ed. Rio de Janeiro: Graal, 2006.
- GALLARDO MARTÍNEZ, Helio. *Teoría crítica: matriz y posibilidad de derechos humanos*. Murcia: Editado por David Sánchez Rubio, 2008.
- GARLAND, David. *A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea*. Pensamento criminológico, vol. 16. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2008.
- GIDDENS, Anthony. *Modernidade e identidade*. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo: III série: estudos e pareceres de processo penal*. 1ª ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013.
- GUERRA, Sidney; EMERIQUE, Lilian Márcia Balmant. O princípio da dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, Ano VII, nº 9, dezembro de 2006.
- HERRERA FLORES, Joaquín. *Los derechos humanos como productos culturales: crítica del humanismo abstracto*. Madrid: Los Libros De La Catarata, 2005.
- _____. *La Reinención de los Derechos Humanos*. Colección Ensayando. Sevilla: Atrapasueños, 2007.
- MESQUITA, Ivonaldo; MAZZA, Willame Parente. Dignidade da pessoa humana: as dimensões filosóficas e valorativas como pautas de sua fundamentação jurídica. *Filosofia do direito I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFPB*; coordenadores: Eduardo

Pordeus Silva, Maria Fernanda Salcedo Repolês. Florianópolis: CONPEDI, 2014.

MINAGÉ, Thiago M. *O que é dignidade da pessoa humana?* Disponível em < <http://justificando.com/2015/03/28/o-que-e-dignidade-da-pessoa-humana/>> Acesso em 28 de março de 2015.

SÁNCHEZ RÚBIO, David. Reversibilidade do direito: os direitos humanos na tensão entre o mercado, os seres humanos e a natureza. *Revista de Estudos Criminais*, ano VI, n. 22. Porto Alegre: Notadez/PPGCRIm PUCRS/ITEC, 2006.

_____. *Encantos e desencantos dos direitos humanos: emancipações, libertações e dominações*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 6ª ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

O RESPEITO À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: REFLEXÕES À LUZ DO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

Renato Zerbini Ribeiro Leão

Ph.D. em Direito Internacional e Relações Internacionais; Vice-Presidente do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU; Membro do Conselho Diretivo do Instituto Interamericano de Direitos Humanos de San José da Costa Rica; Professor da FAJS/UniCEUB.

INTRODUÇÃO

Com a vigência da Carta de *San Francisco*, tratado internacional que criou a Organização das Nações Unidas, ONU, em 1945,¹ os povos das Nações Unidas reafirmaram a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor do ser humano.² Em consequência, o respeito à dignidade da pessoa humana consagra-se não só como um princípio geral do direito, um pilar central do direito internacional dos direitos humanos, como também em uma resolução essencial de todos os Estados e seus povos componentes da ONU. Particularmente para os brasileiros é ainda um fundamento da República Federativa do Brasil enquanto Estado Democrático de Direito.³

Por se tratar de um imperativo universal, presente nos direitos internacional e nacional, o respeito à dignidade da pessoa humana é um princípio geral de direito. Nas palavras de Cançado Trindade, os *“principios gerais do direito abarcam igualmente os principios do próprio direito internacional. (...), tais principios informam e conformam as normas e regras do direito internacional, e são uma manifestação da consciencia jurídica universal; no jus gentium em*

1 A Carta das Nações Unidas foi assinada em São Francisco, EUA, a 26 de junho de 1945, após o término da Conferência das Nações Unidas sobre Organização Internacional, entrando em vigor a 24 de outubro daquele mesmo ano.

2 Preâmbulo da Carta das Nações Unidas, 1º parágrafo.

3 Constituição da República Federativa do Brasil, artigo 1º, inciso III.

evolução, considerações básicas de humanidade (...)”.⁴ O respeito à dignidade da pessoa humana consubstancia-se em um dos alicerces principais da espécie humana na comunidade internacional do século XXI. É o fim último do direito internacional dos direitos humanos.

A proclamação na Carta da ONU da dignidade intrínseca da pessoa e dos direitos que lhe são inerentes, constituiu, na visão de Carrillo Salcedo, uma importante transformação do direito internacional na medida em que fez aparecer um novo princípio constitucional de ordem internacional: “o dos direitos dos que todo ser humano é titular em razão de sua igual dignidade”.⁵

I. OS DIREITOS HUMANOS: INDIVISIBILIDADE, UNIVERSALIDADE E COMPLEMENTARIDADE

Os direitos humanos são indivisíveis, interdependentes e universais. Isso significa que os direitos humanos são um todo harmônico, possuem uma dependência recíproca de maneira que se complementam em si mesmos e devem ser protegidos pelos Estados em todas e quaisquer circunstâncias⁶. Estes direitos são inerentes a cada ser humano e inalienáveis;⁷ por tanto, antecedem aos direitos dos Estados.⁸

4 CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Os Tribunais Internacionais Contemporâneos*. MRE, Fundação Alexandre de Gusmão: Brasília, 2013, p. 74.

5 CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio: “Algunas Reflexiones sobre la Subjetividad Internacional del Individuo y el Proceso de Humanización del Derecho Internacional”, em Renato Zerbini Ribeiro LEÃO (Coord.). *Os Rumos do Direito Internacional dos Direitos Humanos – Ensaio em Homenagem ao Professor Antônio Augusto Cançado Trindade*. Tomo I. Porto Alegre: Fabris Editor, 2005, p. 279.

6 ALBINO DE SOUZA, Washington Peluso: “O Princípio da Universalidade no Direito Internacional dos Direitos Humanos: visita à obra de consolidação de Antônio Augusto Cançado Trindade”, em Renato Zerbini Ribeiro LEÃO (Coord.). *Os Rumos do Direito Internacional dos Direitos Humanos – Ensaio em Homenagem ao Professor Antônio Augusto Cançado Trindade*. Tomo I. Porto Alegre: Fabris Editor, 2005, p. 56.

7 A Assembleia Geral da ONU proclamou que “*todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de la persona humana y de los pueblos son inalienables*”, em ONU, Asamblea General de las Naciones Unidas, Doc. A/RES/32/130 de 16 de diciembre de 1977, *Distintos Criterios y Medios Posibles dentro del Sistema de las Naciones Unidas para mejorar el goce efectivo de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales*, aprobado durante la 105ª sesión plenaria de la AGNU, p. 161.

8 CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto: *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Vol. I, 2ª Ed., Porto Alegre: safE, 2003, p. 35.

Os direitos humanos baseiam-se no princípio fundamental de que todas as pessoas possuem uma dignidade humana que lhes é inerente, tendo igual direito a desfrutá-los, sem importar sexo, raça, cor, idioma, nacionalidade, classe social, crença religiosa e/ou política.⁹

Desde a perspectiva do regime de proteção do ser-humano, os direitos humanos afirmam a pessoa frente ao Estado.¹⁰ São justamente aqueles direitos que protegem os indivíduos das arbitrariedades dos Estados, sobretudo, de seus Estados de origem (dos quais são nacionais). Nesse conceito, a essência a ser protegida é a dignidade da pessoa humana.

Essa definição de direitos humanos não descansa pacificamente no cerne do direito internacional.¹¹ Sobre esta tecem-se extensas análises e múltiplas doutrinas. Tal realidade conceitual, complexa e recente, é iluminada pela lição de Sonia Picado, ao afirmar que os direitos humanos não podem responder a critérios absolutos ou de análises rasas. Pelo contrário, sobretudo em uma região como a América Latina – convulsionada pela violação real, concreta e diária dos direitos humanos – estes devem ser analisados diuturnamente e de acordo com o contexto social enfrentado.¹²

Desde as origens do direito internacional florescem elementos filosóficos e teóricos da afirmação dos direitos humanos, os quais, ante o impacto da realidade mundial contemporânea no campo conceitual

9 INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS (IIDH): *Derechos Humanos de las Mujeres: Paso a Paso*. San José: IIDH; WLDI y HRWWRP, 1999, p. 8.

10 NIKKEN, Pedro: "El Concepto de Derechos Humanos" em *Estudios Básicos de Derechos Humanos I*, San José da Costa Rica: IIDH, 1994, p. 35.

11 Para Remiro Brotóns y otros el DI es "el conjunto de normas jurídicas que, en un momento dado, regulan las relaciones (derechos y obligaciones) de los miembros de la sociedad internacional a los que se reconoce subjetividad en este orden", em REMIRO BROTONS, Antonio; Díez-Hochleitner, Javier; Orihuela Calatayud, Esperanza; Pérez-Prat Durbán, Luis; y Riquelme Cortado, Rosa. *Derecho Internacional*. Madrid: McGrawHill, 1997, p 45.

12 A este respeito, consulte PICADO, Sonia: *La fundamentación histórica, filosófica y jurídica de los Derechos Humanos*. Costa Rica: IIDH. [en Internet] [citado el 14 de agosto de 2007] <http://www.iidh.ed.cr/documentos/herrped/PedagogicasEspecializado/17.pdf>. Sonia Picado foi a primeira mulher juíza da Corte Interamericana de Direitos Humanos (durante 3 períodos 1989/1991-1991/1993 e 1993/1994, sendo durante seus dois últimos períodos, de 1991 a 1994, sua Vice-presidenta). Foi também Presidenta do Instituto Interamericano de Direitos Humanos (IIDH).

dos direitos humanos, estabilizaram-se de maneira irreversível. Um desses elementos singularmente importante na consolidação dos direitos humanos no âmbito do direito internacional é a *recta ratio*. Trata-se de um elemento presente no direito desde suas origens clássicas. Sobre ela, destaca Cançado Trindade com sua precisão habitual:

la *recta ratio* pasó, en efecto, a ser identificada a partir de las obras de los llamados “fundadores” del Derecho Internacional, en los siglos XVI y XVII, como perteneciente al dominio de los fundamentos del derecho natural, y, para algunos, a identificarse ella misma íntegramente con este último. La contribución de los “fundadores” de los *jus gentium* en este sentido se inspiró en gran parte, a su vez, en la filosofía escolástica del derecho natural, en particular, en la concepción aristotélica estoica tomista de la *recta ratio* y de la justicia, que conceptualizó el ser humano como un ser social, racional y dotado de dignidad intrínseca; la *recta ratio* pasó a considerarse como indispensable para la supervivencia del propio derecho internacional. Fue Cicerón quien efectivamente formuló la más celebre caracterización de la *recta ratio*, aunque las raíces de ésta se remontan al pensamiento de los antiguos griegos (Platón y Aristóteles), correspondiendo a su *orthos logos*. Según este último, la *recta ratio* prescribe lo que es bueno, la *lex preceptiva* está conforme la *recta ratio*. Los estoicos buscaron llevar aun más allá –en el camino de la virtud ética– el pensamiento aristotélico en este particular, según el cual todo lo que es correcto está determinado, en muchos aspectos, por el *orthos logos*. Conforme con los principios de la *recta ratio*, cada sujeto de Derecho debe comportarse con justicia, buena fe y benevolencia. Son principios racionalmente necesarios que emanan de la conciencia humana, afirman la relación indudable entre el Derecho y la ética. El derecho natural refleja los dictados de la *recta ratio*, en que se fundamenta la justicia. Cicerón conceptualizaba el derecho de la *recta ratio* como dotado de una suave validez, configurándose como cuestionable. Su validez se extiende a todas las naciones en todas las épocas, siendo intransgredible.¹³

13 CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto: *A Recta Ratio nos Fundamentos do Jus Gentium como Direito Internacional da Humanidade*. Discurso de Posse na Academia Brasileira de Letras Jurídicas – Cadeira nº 47. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, pp. 28-29. (Traducción nuestra).

O antigo Presidente da Corte Interamericana de Direitos Humanos e atual juiz da Corte Internacional de Justiça predica que a *recta ratio* é um dos pilares fundamentais do *jus gentium* como direito internacional da humanidade.

Pastor Ridruejo, antigo juiz da Corte Europeia de Direitos Humanos, contextualiza que uma vez:

finalizada la confrontación en 1945, los derechos humanos pasaron a integrar las exigencias más elementales de la convivencia en la sociedad internacional, y de ahí que el respeto de los mismos sea una aspiración fundamental del Derecho Internacional contemporáneo, hasta el punto de que se entiende hoy comúnmente que las normas internacionales sobre protección de los derechos del hombre forman parte en sus aspectos básicos y esenciales –no, por tanto, en todos– del *ius cogens* internacional. En este sentido ha dicho el Tribunal de la Haya en el asunto Barcelona Traction que “los principios y las reglas relativos a los derechos fundamentales de la persona humana” representan “obligaciones de los Estados hacia la comunidad internacional en su conjunto”, u obligaciones *erga omnes*, y que constituyen en realidad, como se ha puesto justamente en relieve, obligaciones derivadas del *ius cogens*. En idéntica filosofía se inspira el Proyecto de artículos de 1996 de la Comisión de Derecho Internacional sobre la responsabilidad internacional de los Estados al considerar que constituye un crimen internacional –figura distinta y de mayor gravedad que el simple hecho ilícito internacional– “una violación grave y en gran escala de una obligación internacional de importancia esencial para la salvaguarda del ser humano, como las que prohíben la esclavitud, el genocidio, el apartheid (art. 19)”.¹⁴

Em pleno Século XXI, não há dúvida, portanto, de que os direitos humanos, já consagrados como princípios gerais de direito internacional público, conformam-se em obrigações gerais dos Estados para com a comunidade internacional em seu conjunto.¹⁵

14 PASTOR RIDRUEJO, José Antonio: *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*. Madrid: Tecnos, 10ª ed., 2006, p. 196.

15 Sobre esse assunto consultar LEÃO, Renato Zerbini Ribeiro. *Human Rights as an Essential Element of Contemporary International Community* em Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, nº 55, San José de Costa Rica: IIDH, 2012, pp. 103-122.

II. OS DIREITOS HUMANOS E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

À luz de um rigoroso preciosismo conceitual, as denominações direitos humanos e direitos fundamentais são consecutivas. Os direitos fundamentais são os direitos humanos literalmente plasmados nas normas jurídicas via constituições nacionais, internalização dos tratados internacionais e de outras leis pátrias. A concretização de um direito fundamental pressupõe a pré-existência de um ou mais direitos humanos. A existência daquele se consubstancia a partir do reconhecimento, explícito ou implícito, destes. São dois conceitos que se retroalimentam e que têm origem comum: a dignidade humana. Assim, uma norma de direitos fundamentais é uma norma de direitos humanos.¹⁶

Atualmente, não é difícil encontrar uma definição de direitos humanos, construída sob uma perspectiva jurídica e social, que nasça a partir de sua institucionalização no seio do Estado de Direito. Peces-Barba, por exemplo, define direitos humanos como

facultades que el Derecho atribuye a las personas y a los grupos sociales, expresión de sus necesidades en lo referente a la vida, la libertad, la igualdad, la participación política o social, o a cualquier otro aspecto fundamental que afecte al desarrollo integral de las personas en una comunidad de hombres libres, exigiendo el respeto o la actuación de los demás hombres, de los grupos sociales y del Estado, y con garantía de los poderes públicos para restablecer su ejercicio en caso de violación o para realizar la prestación.¹⁷

Ampliando seu contorno conceitual, também é certo, segundo Jack Donnelly, que os direitos humanos são um critério de legitimidade política; conseqüentemente, conforme protegidos pelos governos, eles e suas práticas são legítimas.¹⁸ Os direitos humanos,

16 Na prática, esta diferenciação denominativa carece de importância efetiva ante o enorme desafio dos direitos a que nomeiam: resguardar e garantir a dignidade humana. A indivisibilidade e a universalidade dos direitos humanos igualmente mitigam uma conveniência pretenciosa deste preciosismo diferencial que só serve para fomentar uma separação obtusa, resguardada no positivismo da lei. Esta é atualmente inaceitável à luz dos princípios de complementariedade, indivisibilidade, integridade, universalidade e de interpretação normativa *pro homine* dos direitos humanos.

17 PECES-BARBA, Gregorio y otros: *Derecho positivo de los derechos humanos*. Madrid: Debate, 1987, pp. 14-15.

18 DONNELLY, Jack: *Derechos Humanos Universales – en teoría y en la práctica*. México: Gernika. 2ª Ed., 1998, p. 31.

na esfera política, não são exclusivos de uma ideologia de centro, de direita ou de esquerda, de um regime capitalista, comunista, liberal ou socialista. Pode-se, portanto, alcançar, pela doutrina ou pela prática, uma definição de direitos humanos a partir de matizes filosóficas, jurídicas, políticas e/ou sociológicas.

É inegável o forte conteúdo ético no campo conceitual dos direitos humanos. O fundamento ético dos direitos humanos está assentado em um âmbito pré-jurídico, anterior ao reconhecimento positivo do direito, sugerindo uma exigência ética de cumprimento, independentemente de sua positivação, implicando um dever moral, um direito subjetivo dos indivíduos.¹⁹

A dignidade humana é o fundamento do Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH) porque é a *“única idea-fuerza que aglutina las diferentes concepciones culturales, filosóficas, políticas, ideológicas, religiosas, morales y sociales presentes en el mundo contemporáneo”*.²⁰ Os seres humanos sob a perspectiva da proteção internacional dos direitos humanos são protegidos em suas dimensões espiritual, física e intelectual. A afirmação desta tridimensionalidade é a garantia do desfrute da dignidade humana com qualidade.

Os direitos humanos possuem, portanto, uma extensão universal e indivisível inquestionável. São universais porque a condição de pessoa é requisito único e suficiente para reconhecer e exigir o devido respeito à dignidade humana e a titularidade de direitos. A *“universalidad es inherente a los derechos humanos fundamentales porque se trata de derechos que son expresión de la dignidad intrínseca de todo individuo, debiendo, en este sentido, ser aceptados y respetados por todos los Estados, con independencia de su sistema ideológico-político, económico y socio-cultural”*.²¹ Ademais, *“el principio de la universalidad de los derechos humanos significa que existe una concepción común a la totalidad de los países, religiones, y culturas, según la cual todos los seres humanos disfrutan sin distinción o discriminación alguna de los derechos y*

19 PRONER, Carol: *Os Direitos Humanos e seus Paradoxos: Análise do Sistema Americano de Proteção*. Porto Alegre: safe, 2002, p. 22.

20 VILLÁN DURÁN, Carlos: *Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Madrid: Trotta, 2002, p. 92.

21 REMIRO BROTONS, Antonio; DÍEZ-HOCHLEITNER, Javier; ORIHUELA CALATAYUD, Esperanza; PÉREZ-PRAT DURBÁN, LUIS; y RIQUELME CORTADO, Rosa: *op. cit.*, p. 1181.

libertades que se consideren inalienables".²² Os direitos humanos são indivisíveis porque a garantia dos direitos civis e políticos é condição para a observância dos direitos sociais, econômicos e culturais e vice-versa, de modo que, quando um deles é violado, os demais também o são.²³

Sergio García Ramírez, anterior juiz da Corte Interamericana de Direitos Humanos, encerra as pretensões de dividir os direitos humanos em civis e políticos, por um lado, e econômicos, sociais e culturais por outro, inclusive desde uma perspectiva constitucional:

(...) los derechos derivados del trabajo y concernientes, por ende, a los trabajadores. Éstos pertenecen a la categoría de los derechos denominados económicos, sociales y culturales, que algunos tratadistas califican como derechos de `segunda generación`. Ahora bien, sea cual fuere el emplazamiento de éstos, tomando en cuenta su materia e incluso la época en la que llegaron a los textos constitucionales, primero, e internacionales, luego, lo cierto es que tienen el mismo rango que los derechos llamados `civiles y políticos`. Unos u otros, mutuamente dependientes o condicionados, integran el estatuto contemporáneo del ser humano: son un solo conjunto amplio, partes del mismo universo, que se desintegraría artificialmente si quedara excluida alguna de ellas.²⁴

Os direitos humanos são indivisíveis, universais e complementares, pois.

III. O DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

O DIDH, segundo Villán Durán, é:

22 PASTOR RIDRUEJO, José Antonio: "Una Estrategia Integrada para la Protección Internacional de los Derechos Humanos" en *Persona Humana y Derecho Internacional – Héctor Gros Espiell Amicorum Liber*. Volume II, Extrait. Bruxelles: Bruylant, 1997, p. 1011.

23 PIOVESAN, Flávia: "A universalidade e a indivisibilidade dos direitos humanos: desafios e perspectivas" em BALDI, César Augusto (org.). *Direitos humanos na sociedade cosmopolita*. São Paulo: Renovar, 2004, p. 49.

24 GARCÍA RAMÍREZ, Sergio: Párrafo 27 de su "Voto Razonado a la Opinión Consultiva OC-18/03, sobre `Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados` del 17 de septiembre de 2003, emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos" en OEA, CtIDH. *Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003 – Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Costa Rica: CtIDH, 2004, p. 279.

un sistema de principios y normas que regula un sector de las relaciones de cooperación institucionalizada entre Estados de desigual desarrollo socioeconómico y poder, cuyo objeto es el fomento del respeto a los derechos humanos y libertades fundamentales universalmente reconocidos, así como el establecimiento de mecanismos para la garantía y protección de tales derechos y libertades, los cuales se califican de preocupación legítima y, en algunos casos, de intereses fundamentales para la actual comunidad internacional de Estados en su conjunto.²⁵

Este conceito desenvolve-se com base em cinco pilares: 1) o DIDH como um sistema de princípios e normas que, apesar de aparentar uma escassez de coordenação, apresenta um certo grau de integração e coesão, que se apóia na diversidade de suas fontes (princípios gerais, normas consuetudinárias, normas convencionais, atos das Organizações Internacionais e o consenso dos Estados – esta última, fonte originária de todas as normas do DIDH); 2) a aguçada descentralização dos órgãos de produção do DIDH; 3) a heterogeneidade das diferentes funções dos órgãos de aplicação do DIDH (promoção, controle, garantia e proteção dos DH), assentada no fato de que o DIDH evolui progressivamente na medida em que entre seus atores mais dinâmicos encontram-se os indivíduos e as ONG, os quais exigem cada vez mais dos Estados um grau maior de reconhecimento e proteção internacional dos direitos humanos; 4) a capacidade evolutiva, potencialmente ilimitada, do regime jurídico-internacional de proteção dos direitos humanos; e 5) a promoção e a proteção de todos os direitos humanos como uma preocupação legítima de toda a comunidade internacional, além da existência de certos direitos fundamentais que constituem um núcleo duro inderrogável, sob qualquer circunstância ou exceção, e que estão protegidos por normas imperativas do DIDH (normas de *jus cogens*) que geram para os Estados obrigações *erga omnes*.²⁶ Essa fundamentação conceitual do DIDH está construída a partir de uma perspectiva material que emerge a partir de três princípios básicos intimamente vinculados à ideia de dignidade humana: liberdade, igualdade e solidariedade.²⁷ Estes fomentam as noções

25 VILLÁN DURÁN, Carlos: *op. cit.*, pp. 85-86.

26 *Ibid.*, pp. 85-91.

27 Véase VILLÁN DURÁN, Carlos: *op. cit.*, pp. 94-102.

de indivisibilidade, interdependência e universalidade dos direitos humanos.

O DIDH tem um grande princípio reitor que é o da subsidiariedade, ou seja, é o Estado e não a comunidade internacional, o protetor primordial e principal dos direitos humanos. Este princípio se fundamenta, desde a perspectiva da ciência política, na proximidade do Estado e suas instituições com os cidadãos.²⁸ Portanto, a proteção dos direitos humanos inicia-se internamente nos próprios Estados, estendendo-se para a comunidade internacional. Trata-se de uma ação que se retroalimenta nas jurisdições interna e internacional dos Estados e cujo *modus operandi* compreende um ou vários Estados. A proteção dos direitos humanos é uma expressão da vontade dos Estados, influenciados pela decisão de seus cidadãos, que se reproduz e se interrelaciona desde o plano jurisdicional interno para a jurisdição internacional. Desta maneira, legitimado pelos cidadãos dos diferentes Estados, encontra uma legitimidade política e jurídica inquestionável, tanto no plano interno como no plano internacional. Os Estados têm, não obstante, o dever de proteger e velar pelos direitos humanos. Esse assunto escapa de uma discussão limitada ao âmbito da soberania estatal. Emerge justamente da afirmação da dignidade humana ante o poder estatal e da obrigação dos Estados, individualmente e em seu conjunto, para com a proteção de seu ente criador: o ser humano.²⁹

Por si só, a literalidade do parágrafo anterior é capaz de iluminar a importância que deve ser atribuída àqueles que aplicam as normas de direitos humanos internamente nos Estados.³⁰ Sobretudo os juízes nacionais, que decidem os casos com base no ordenamento jurídico interno e internacional, têm um papel vital na afirmação jurisdicional da dignidade humana: eles além de decidirem os casos

28 PASTOR RIDRUEJO, José Antonio: *op. cit.*, p. 198.

29 LEÃO, Renato Zerbini Ribeiro. *La Construcción Jurisprudencial de los Sistemas Europeo e Interamericano de Protección de los Derechos Humanos em Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. Porto Alegre: Núria Fabris Editora, 2009, pp. 42-43.

30 Sobre esta temática consulte: MARTÍN, Abregú y otros. *La Aplicación de los Tratados sobre Derechos Humanos por los Tribunales Locales*. Buenos Aires: CELS/Z-E Editorial. 1ª reimpressão, 2004. Leer también: ABRAMOVICH C., Víctor y COURTIS, Christian. "La interpretación de los tratados internacionales de derechos humanos por los órganos internos: el caso de las obligaciones estatales en materia de derechos económicos, sociales y culturales" em Octavio Cantón J. y Santiago Corchera C., *Derechos Económicos, Sociales y Culturales – Ensayos y Materiales*, México: Editorial Porrúa y Universidad Iberoamericana, 2004, pp. 15-48.

e emitirem as sentenças, constroem a jurisprudência que marca um caminho a seguir com relação às normas e aos princípios reitores dos direitos humanos em seus respectivos ordenamentos jurídicos. Os juízes nacionais são a primeira linha de afirmação e consolidação jurídica da normativa dos direitos humanos.³¹

Importante destacar que a relação entre o direito internacional e o direito interno foi reiteradamente apreciada pela Corte Interamericana de Derechos Humanos (CtIDH). Nesse sentido, a obrigação geral dos Estados para com a adaptação do direito interno ao direito internacional tem sido assunto do órgão internacional jurisdiccional da Convención Americana sobre Derechos Humanos, quem disse que o

deber general del Estado de adecuar su derecho interno a las disposiciones de dicha Convención para garantizar los derechos en ella consagrados, establecido en el artículo 2, incluye la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la observancia efectiva de los derechos y libertades consagrados en la misma, así como la adopción de medidas para suprimir las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen una violación a las garantías previstas en la Convención. Este deber general del Estado Parte implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas (principio del *effet utile*), para lo cual el Estado debe adaptar su actuación a la normativa de protección de la Convención.³²

Em resumo, os Estados Parte na Convención Americana têm uma obrigação geral de adotar medidas efetivas para a adaptação de seus ordenamentos jurídicos internos ao ordenamento jurídico interamericano em matéria de direitos humanos a partir da dimensão jurisdiccional da Convención.

31 LEÃO, Renato Zerbini Ribeiro. *Op. cit.*, p. 43.

32 Corte IDH. Caso *Yatama vs. Nicaragua*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127, párrafo. 170. Consulte también sobre esta temática: Cfr. Caso *Caesar*, supra nota 11, párrafo 91; Caso *Lori Berenson Mejía*, supra nota 11, párrafo 219; Caso "*Instituto de Reeducción del Menor*", supra nota 135, párrafo 206; y *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párrafo 78; Caso *Lori Berenson Mejía*, supra nota 11, párrafo 220; Caso "*Instituto de Reeducción del Menor*", supra nota 135, párrafo 205; y Caso *Bulacio*. Sentencia de 18 de septiembre de 2003. Serie C No. 100, párrafo 142.

Assim, sobre os direitos humanos pode-se afirmar que a

pretensión irreductible y permanente del sistema de [éstos], así como de las ideas en las que se sustenta y de los fines que persigue – es eliminar las distancias, combatir los abusos, asegurar los derechos; en suma, establecer la igualdad y realizar la justicia, no apenas como designio ético, que sería, de suyo, relevante, sino también como estricto cumplimiento de normas imperativas que no aceptan salvedades y obligan a todos los Estados: *jus cogens* y *deberes erga omnes*(...).³³

Ou seja, à luz do DIDH, com relação a afirmação da dignidade humana os Estados possuem obrigações *jus cogens* e deveres *ergas omnes*.

IV. A RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL DO ESTADO EM MATÉRIA DE DIREITOS HUMANOS

Toda esta dimensão conceitual de direitos humanos contribui para sublinhar a noção específica de responsabilidade internacional do Estado em matéria de direitos humanos. Esta surge do descumprimento do Estado, por ação ou omissão, das normas do DIDH. Tal conclusão é derivada de uma decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos, na qual esta disse entender

que la responsabilidad internacional del Estado puede generarse por actos u omisiones de cualquier poder u órgano de éste, independientemente de su jerarquía, que violen la Convención Americana. Es decir, todo acto u omisión, imputable al Estado, en violación de las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, compromete la responsabilidad internacional del Estado.³⁴

No âmbito jurisdicional da Corte Europeia de Direitos humanos, importante destacar sua menção ao fato de que o

término “jurisdicción” hay que interpretarlo, en el sentido del lugar donde el Estado ejerza su autoridad, por tanto, no sólo en su territorio, sea terrestre, marítimo o aéreo, sino en aquellos lugares extraterritoriales donde pueda ejercerla, como Embajadas, Consulados, Establecimientos Públicos

33 GARCÍA RAMÍREZ, Sergio: *op. cit.*, párrafo 22, p. 277.

34 Corte IDH: *Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) versus Chile*. Sentencia del 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73, párrafo 72, p. 29.

Internacionales, Territorios bajo su Administración u Ocupación, etc. La responsabilidad del Estado alcanza a todos sus órganos, agentes, funcionarios, empresas públicas, e incluso en su sentido más transversal, es decir, cuando individuos o grupos violan normas del Convenio sin que el Estado haya puesto todos los medios a su alcance para evitarlo, incluyendo los de prevención y llegando a los de sanción.³⁵

As decisões retromencionadas, proferidas por dois órgãos internacionais de supervisão de tratados internacionais multilaterais de direitos humanos de diferentes jurisdições, são capazes de definir os parâmetros definitórios que marcam a contemporaneidade da discussão acerca da responsabilidade internacional do Estado em matéria de direitos humanos.³⁶

Cabe destacar que o Projeto de Artigos sobre Responsabilidade do Estado por Atos Internacionalmente Ilícitos das Nações Unidas, afirma que *“los Estados sólo pueden actuar por medio y por conducto de la persona de sus agentes y representantes”*³⁷ e recorda que *“la norma general es que el único comportamiento atribuido al Estado en el plano internacional es el de sus órganos de gobierno, o de otros que hayan actuado bajo la dirección o control, o por instigación, de esos órganos, es decir, como agentes del Estado”*.³⁸ Igualmente destaca o princípio de que *“el comportamiento de un órgano del Estado que actúe en calidad de tal es atribuible a dicho Estado”*, aclarando que o termo *“órgano del Estado comprende todas las entidades individuales o colectivas que integran la organización del Estado y actúan en su nombre”*.³⁹ Destaca,

35 FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Pablo Antonio: “El Alcance de las Obligaciones [art. 1 CEDH]”, en GARCÍA ROCA, Javier & SANTOLAYA, Pablo (Coords.) *La Europa de los Derechos: El Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, p. 64. A título de ilustración vea caso *Loizidou v. Turquía*, sentencia del 18 de diciembre de 1996; caso *Gentilhomme, Schaff-Benhadj y Zerouki v. Francia*, sentencia del 14 de mayo de 2002; caso *Chipre v. Turquía*, sentencia del 10 de mayo de 2001; y caso *Bankovic y otros v. Bélgica y otros dieciséis Estados*, sentencia del 12 de diciembre de 2001.

36 Para aprofundar o estudo nesses parâmetros definitórios consulte: LEÃO, Renato Zerbini Ribeiro. *La Construcción Jurisprudencial de los Sistemas Europeo e Interamericano de Protección de los Derechos Humanos em Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. Porto Alegre: Núria Fabris Editora, 2009.

37 CRAWFORD, James: Los artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la Responsabilidad Internacional del Estado – Introducción, texto y comentarios. Madrid: Dykinson, 2004, p. 121.

38 CRAWFORD, James: *op. cit.*, p. 129.

39 *Ibíd.*, p. 132.

de mais a mais, a jurisprudência da Corte Internacional de Justiça (CIJ) ao recordar que, no assunto *Salvador Comercial Company*, este órgão judicial principal da ONU declarou que “*el Estado responde de los actos de sus dirigentes, ya pertenezcan a la rama legislativa, ejecutiva o judicial, siempre que los actos sean realizados en calidad oficial*”.⁴⁰ Assim mesmo, agregou que a CIJ declarou na “*Diferencia relativa a la inmunidad judicial de un Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos* que “*es una norma de derecho internacional comúnmente reconocida que el acto de los órganos del Estado debe considerarse como acto de ese Estado. Esta norma [es] de carácter consuetudinario*”.⁴¹ Trata-se de esclarecimentos fundamentais para entender o alcance da definição de responsabilidade internacional do Estado no direito internacional em geral e, especialmente, com relação à proteção internacional dos direitos humanos.

Na seara da responsabilidade internacional no DIDH há que adicionar o fato, jurisprudencialmente confirmado tanto no sistema interamericano como no sistema europeu, de que a obrigação de respeito e garantia dos direitos humanos, que normalmente tem seus efeitos nas relações entre os Estados e os indivíduos sob sua jurisdição, também projeta seus efeitos nas relações inter-individuales. É o que a doutrina costuma chamar de aplicação *erga omnes* das normas de direitos humanos. Nesse sentido, a Corte Interamericana tem sido clara ao assinalar que

en principio, es imputable al Estado toda violación a los derechos reconocidos por la Convención cumplida por un acto del poder público o de personas que actúan prevalidas de los poderes que ostentan por su carácter oficial. No obstante, no se agotan allí las situaciones en las cuales un Estado está obligado a prevenir, investigar y sancionar las violaciones a los derechos humanos, ni los supuestos en que su responsabilidad puede verse comprometida por efecto de una lesión a esos derechos. En efecto, un hecho ilícito violatorio de los derechos humanos que inicialmente no resulte imputable directamente a un Estado, por ejemplo, por ser obra de un particular o por no haberse identificado al autor de la trasgresión, puede acarrear la responsabilidad internacional del Estado, no por ese hecho en sí mismo, sino por falta de la debida diligencia para prevenir

40 *Ibíd.*, p. 133.

41 CRAWFORD, James: *op. cit.*, p. 133.

la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención.⁴²

Ademais, no *Caso de la Comunidad de Paz de San José de Apartadó* e no *Caso de las Comunidades del Jiguamiandó y del Curbaradó*, a Corte Interamericana ordenou, através de medidas provisórias, a proteção de seus membros e de outras pessoas que lhes realizavam trabalhos, em consequência de atos de ameaças de morte e danos à sua integridade pessoal aparentemente causados pelo Estado e terceiros.⁴³ Igualmente, ao ordenar medidas provisórias contra o Estado brasileiro no *Caso de la Cárcel de Urso Branco*, a Corte Interamericana ordena ao Brasil proteger as pessoas privadas de liberdade em uma prisão, ante as mortes e ameaças que ocorriam em seu interior, muitas das quais perpetradas pelos próprios reclusos.⁴⁴

Por sua parte, a Corte Europeia de Direitos Humanos reconheceu, no *Caso Young, James y Webster versus Reino Unido*, a aplicabilidade da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais às relações interindividuais, quando declarou que o Estado a violou pela imposição de uma restrição à liberdade de associação, que estabelecia a pertença a determinados sindicatos como condição necessária para que os petionários no caso continuassem sendo empregados de uma empresa, já que a restrição imposta não era “necesária em uma sociedade democrática”⁴⁵. No *Caso X e Y versus Holanda*, a Corte Europeia considerou que mesmo quando o objetivo do artigo 8 da Convenção (direito ao respeito da vida privada e familiar) seja em essência a proteção do indivíduo contra interferências arbitrárias de autoridades públicas o Estado deve abster-se de realizá-las; além deste dever de abstenção, existem obrigações positivas inerentes ao respeito efetivo da vida privada e

42 OEA, CtIDH: *Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003 – Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Costa Rica: CtIDH, 2004, pp. 197-198. Véase también *Caso Velásquez Rodríguez*. Sentencia del 29 de julio de 1988. Serie C N.º. 4, párr. 172; y *cfr. Caso Godínez Cruz*. Sentencia del 20 de enero de 1989. Serie C N.º. 5, párrs. 181, 182 y 187.

43 *Cfr. Caso de la Comunidad de Paz de San José de Apartadó*, Medidas Provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de 18 de junio de 2002. Serie E No. 3; y *Caso de las Comunidades del Jiguamiandó y del Curbaradó*, Medidas Provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de 6 de marzo de 2003.

44 *Caso de la Cárcel de Urso Branco*, Medidas Provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de 18 de junio de 2002.

45 CtEDH: *Case of Young, James and Webster v. The United Kingdom*. Sentencia de Fondo del Juicio del 13 de Agosto de 1981, Série A, n.º 44, párr. 48-65.

familiar, que podem implicar a adoção de medidas para assegurar o respeito a vida privada, inclusive nas relações entre indivíduos.⁴⁶

À luz dos exemplos retromencionados, fica claro através da construção jurisprudencial das Cortes Interamericana e Europeia que a responsabilidade internacional do Estado em matéria de direitos humanos deriva da não observância, por sua ação ou omissão, das normas vigentes do DIDH.

Do anteriormente exposto deduz-se que é o Estado em seu conjunto, e não somente alguns de seus órgãos, organismos ou dependências, o sujeito responsável, tanto de levar a cabo como também de garantir e reparar as violações de direitos humanos. O cometimento de violações de direitos humanos obriga o Estado a reparar o dano causado. García Ramírez leciona que *“si la violación puede provenir de diversas autoridades, es natural que la reparación pueda dirigirse, en contrapartida, a espacios en los que se ejercen las atribuciones de esas autoridades”*.⁴⁷ Como consequência da doutrina e da prática da Corte Interamericana, seu anterior presidente esclarece que

reparación es un “término genérico que comprende las diferentes formas como un Estado puede hacer frente a la responsabilidad internacional en que ha incurrido”. Por ello, la reparación comprende diversos “modos específicos” de reparar, que varían según la lesión producida. El mismo Tribunal ha manifestado que las reparaciones que se establezcan deben guardar relación con las violaciones declaradas.⁴⁸

No direito internacional público, esta discussão pode ser ampliada no sentido de que *“la imputación de un crimen al agente del Estado puede conducir a la atribución de otro crimen al Estado mismo, dado el carácter esencial para la protección de intereses fundamentales de la comunidad internacional que se reconoce al núcleo de obligaciones internacionales para la salvaguarda del ser humano”*.⁴⁹ Esta conclusão

46 CtEDH: *Case of X and Y v. The Netherlands*. Sentencia de Fondo del Juicio del 26 de marzo de 1985. Serie A, nº 91, párr. 23.

47 GARCÍA RAMÍREZ, Sergio: “La Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Materia de Reparaciones”, en *La Corte Interamericana de Derechos Humanos – Un Cuarto de Siglo: 1979-2004*. San José: OEA, CtIDH, 2005, p. 36.

48 GARCÍA RAMÍREZ, Sergio: *op. cit.*, p. 39.

49 REMIRO BROTONS, Antonio: “Desvertebración del Derecho Internacional en la sociedad globalizada”, en *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho*

é derivada da dupla acepção que se atribui a expressão crimes internacionais ou crimes de direito internacional. Ou seja,

en primer lugar, la violación de normas imperativas o de ius cogens internacional por acción u omisión de los órganos y agentes estatales," implicaría "una responsabilidad acentuada del Estado cuyas consecuencias rebasarían las de los ilícitos (delitos) tradicionales. En segundo lugar, la violación grave y a escala amplia de derechos humanos (o de otros intereses fundamentales de la comunidad internacional" traduciría "en tipos penales desencadenantes de la persecución de los individuos responsables como autores, cómplices y encubridores, sean o no agentes del Estado".⁵⁰ Concluyendo, "esa relación se traduce hoy en la posibilidad de actuar sobre el Estado responsable, al tiempo que se actúa sobre los individuos presuntamente implicados, a través de un doble cauce: 1) el interestatal, en virtud del cual el Estado lesionado por el crimen, pero también otros no directamente perjudicados, podrían ejercer acciones, inclusive judiciales ante instancias internacionales, como la Corte Internacional de Justicia, siempre que establezcan el fundamento de jurisdicción con base en un tratado o de cualquier otro modo admitido por el Estatuto de la Corte; y, 2) la reclamación por particulares perjudicados o sus herederos de una responsabilidad civil del Estado por hechos de sus agentes, planteada ante jueces y tribunales de otros países.⁵¹

A caracterização dos agentes de Estado também desfila no Projeto de Artigos da CDI sobre Responsabilidade Internacional do Estado que considera "*hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de una persona o de un grupo de personas si esa persona o ese grupo actúa de hecho por instrucciones o bajo la dirección o control de ese Estado al observar ese comportamiento*".⁵² A partir dessa definição, conclui-se que a influência do Estado através de sua instrução, direção ou controle, é a que assinala a responsabilidade internacional do Estado. A CtIDH, em reiteradas ocasiões, destacou que o DIDH

Internacional. Valencia: Tirant lo Blanch, Centro Internacional Bancaja para la Paz y el Desarrollo, Volumen V, 2001, p. 138.

50 REMIRO BROTONS, Antonio: *op. cit.*, pp. 137 y 138. Véase también ESPÓSITO MASSICI, Carlos. *Inmunidad del Estado y Derechos Humanos*. Navarra: Thomson, Civitas, 1ª ed., 2007, pp. 161-166.

51 REMIRO BROTONS, Antonio: *op. cit.*, pp. 138 y 139.

52 CRAWFORD, James: *op. cit.*, p. 147.

tiene por fin proporcionar al individuo medios de protección de los derechos humanos reconocidos internacionalmente frente al Estado (sus órganos, sus agentes, y todos aquellos que actúan en su nombre), y que es un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, recogido por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que todo Estado es internacionalmente responsable por cualquier acto u omisión de cualesquiera de sus poderes u órganos [independientemente de su jerarquía] en violación de los derechos internacionalmente consagrados (véase Caso de las Hermanas Serrano Cruz, (...), párrs. 54 y 71; Caso 19 Comerciantes, (...), párrs. 140 y 181; Caso Herrera Ulloa, (...), párr. 144; Caso Juan Humberto Sánchez, (...), párr. 142; Caso “Cinco Pensionistas”, (...), párr. 163; Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni, (...), párr. 154; Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros), (...), párr. 220; Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Busto y otros), (...), párr. 72; Caso Ivcher Bronstein, (...), párr. 168; Caso del Tribunal Constitucional, (...), párr. 109; y Caso Bámaca Velásquez, (...), párr. 210.⁵³

O respeito à dignidade da pessoa humana já possui, portanto, elementos de diferentes ordens (principiológica, doutrinária, normativa e jurisprudencial) suficientes para ser garantido e efetivamente protegido no âmbito do direito internacional dos direitos humanos e do direito internacional público como um todo.

Como consequência do anterior, é absolutamente plausível, ante a realidade dos acontecimentos do Século XXI, a proposição do professor José Manuel Pureza acerca de um novo paradigma da ordem internacional contemporânea sustentada nos seguintes princípios: equidade, frente à reciprocidade; legitimidade, frente à pretendida neutralidade axiológica do direito internacional tradicional; e comunidade internacional, frente à exclusividade da soberania territorial dos Estados.⁵⁴

O respeito à dignidade da pessoa humana é, conseqüentemente, um princípio geral do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

53 CtIDH: “Criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1979-204)”, en *La Corte Interamericana de Derechos Humanos – Un Cuarto de Siglo: 1979-2004*. San José: OEA, CtIDH, 2005, p. 959.

54 PUREZA, José Manuel. *El patrimonio común de la humanidad. ¿Hacia un derecho internacional de solidaridad?* Madrid: Trotta, 2002, pp. 375-380.

REFERENCIAL

ALBINO DE SOUZA, Washington Peluso: “O Princípio da Universalidade no Direito Internacional dos Direitos Humanos: visita à obra de consolidação de Antônio Augusto Cançado Trindade”, em Renato Zerbini Ribeiro LEÃO (Coord.). *Os Rumos do Direito Internacional dos Direitos Humanos – Ensaios em Homenagem ao Professor Antônio Augusto Cançado Trindade*. Tomo I. Porto Alegre: Fabris Editor, 2005.

BALDI, César Augusto (org.). *Direitos humanos na sociedade cosmopolita*. São Paulo: Renovar, 2004.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto: *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Vol. I, 2ª Ed., Porto Alegre: safe, 2003.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto: *A Recta Ratio nos Fundamentos do Jus Gentium como Direito Internacional da Humanidade*. Discurso de Posse na Academia Brasileira de Letras Jurídicas – Cadeira nº 47. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Os Tribunais Internacionais Contemporâneos*. MRE, Fundação Alexandre de Gusmão: Brasília, 2013.

CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio: “Algunas Reflexiones sobre la Subjetividad Internacional del Individuo y el Proceso de Humanización del Derecho Internacional”, em Renato Zerbini Ribeiro LEÃO (Coord.). *Os Rumos do Direito Internacional dos Direitos Humanos – Ensaios em Homenagem ao Professor Antônio Augusto Cançado Trindade*. Tomo I. Porto Alegre: Fabris Editor, 2005.

CRAWFORD, James: *Los artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la Responsabilidad Internacional del Estado – Introducción, texto y comentarios*. Madrid: Dykinson, 2004.

ESPÓSITO MASSICI, Carlos. *Inmunidad del Estado y Derechos Humanos*. Navarra: Thomson, Civitas, 1ª ed., 2007.

DONNELLY, Jack: *Derechos Humanos Universales – en teoría y en la práctica*. México: Gernika. 2ª Ed., 1998.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio: “La Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Materia de Reparaciones”,

en *La Corte Interamericana de Derechos Humanos – Un Cuarto de Siglo: 1979-2004*. San José: OEA, CtIDH, 2005.

LEÃO, Renato Zerbini Ribeiro. *La Construcción Jurisprudencial de los Sistemas Europeo e Interamericano de Protección de los Derechos Humanos em Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. Porto Alegre: Núria Fabris Editora, 2009.

LEÃO, Renato Zerbini Ribeiro. *Human Rights as an Essential Element of Contemporary International Community* em Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, nº 55, San José de Costa Rica: IIDH, 2012.

NIKKEN, Pedro: “El Concepto de Derechos Humanos” en *Estudios Básicos de Derechos Humanos I*, San José da Costa Rica: IIDH, 1994.

PASTOR RIDRUEJO, José Antonio: “Una Estrategia Integrada para la Protección Internacional de los Derechos Humanos” en *Persona Humana y Derecho Internacional – Héctor Gros Espiell Amicorum Liber*. Volume II, Extrait. Bruxelles: Bruylant, 1997.

PASTOR RIDRUEJO, José Antonio: *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*. Madrid: Tecnos, 10ª ed., 2006.

PECES-BARBA, Gregorio y otros: *Derecho positivo de los derechos humanos*. Madrid: Debate, 1987.

PRONER, Carol: *Os Direitos Humanos e seus Paradoxos: Análise do Sistema Americano de Proteção*. Porto Alegre: safE, 2002.

PUREZA, José Manuel. *El patrimonio común de la humanidad. ¿Hacia um derecho internacional de solidaridad?* Madrid: Trotta, 2002.

REMIRO BROTONS, Antonio; DÍEZ-HOCHLEITNER, Javier; ORIHUELA CALATAYUD, Esperanza; PÉREZ-PRAT DURBÁN, LUIS; y RIQUELME CORTADO, Rosa. *Derecho Internacional*. Madrid: McGrawHill, 1997.

REMIRO BROTONS, Antonio: “Desvertebración del Derecho Internacional en la sociedad globalizada”, en *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional*. Valencia: Tirant lo Blanch, Centro Internacional Bancaja para la Paz y el Desarrollo, Volumen V, 2001.

VILLÁN DURÁN, Carlos: *Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Madrid: Trotta, 2002.

A REPERCUSSÃO GERAL DOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE HUMANA

René Ariel Dotti

Professor Titular de Direito Penal; Corredator dos projetos que se converteram na Lei nº 7.209 e 7.210, de 1984 (reforma da Parte Geral do CP e instituição da Lei de Execução Penal); Vice-Presidente Honorário da Associação Internacional de Direito Penal; Membro das comissões de reforma do sistema criminal brasileiro (1979- 2000); Medalha Mérito Legislativo da Câmara dos Deputados (2007); Comenda do Mérito Judiciário do Estado do Paraná (2015).

1. A DECLARAÇÕES CONSTITUCIONAIS

A *dignidade da pessoa humana* é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil que, entre os princípios regentes nas suas relações internacionais, destaca a *prevalência dos Direitos Humanos* (CF, arts. 1º, III e 4º, II).

Pela primeira vez, na história das leis fundamentais em nosso país¹, os princípios fundamentais republicanos e os direitos e garantias fundamentais estão declarados entre os primeiros dispositivos, ao contrário dos modelos anteriores que dedicavam os primeiros artigos para descrever a Organização Federal (ou Nacional) e os poderes institucionais do Estado. As Cartas Políticas de 1937, 1967 e 1969 foram concebidas, elaboradas e executadas tendo como perspectiva o primado do Executivo sobre os demais poderes e os indivíduos, produzindo o fenômeno do eclipse do indivíduo.

Ao reverso, e constituindo revolucionário paradigma, em muitas normas da *carta magna* brasileira de 1988 estão positivados os Direitos Humanos entre homens e mulheres como seres iguais em direitos e obrigações, nos termos da constituição *cidadã*, como proclamou o imortal ULYSSES GUIMARÃES, presidente da Assembleia Nacional Constituinte, no ato de sua promulgação (05.10.1988).

1 Cartas Políticas de 1824; 1891; 1934; 1937; 1946; 1967 e 1969.

2. OS DIREITOS HUMANOS

Existe na sociedade em geral e em vários meios de comunicação em especial o entendimento desvirtuado sobre a natureza e a extensão dos Direitos Humanos. É comum o equívoco de reduzir esse fenômeno à proteção das pessoas acusadas ou condenadas por uma infração criminal que sofrem tortura ou maus tratos de um modo geral.

Na realidade, tal categoria jurídica é caracterizada pelo conjunto de normas defendidas e aplicadas por instituições voltadas ao resguardo da dignidade, liberdade, igualdade, honra e outros direitos da personalidade e que constituem uma das essências do Estado Democrático de Direito. São os direitos elementares à dignidade humana e de múltiplas naturezas: civis, políticos, econômicos, sociais e culturais. O saudoso mestre CELSO BASTOS, interpretando o art. 4º, II da Constituição Federal, indaga: “*Mas quais são efetivamente os direitos do homem?*”. Ele mesmo responde: “A melhor definição deles encontrável é a constante na Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada pela Assembléia Geral da ONU, em 10 de dezembro de 1948”.²

Segundo essa carta e guia de Civilização e Cultura, os *Direitos do Homem* são os seguintes: vida, liberdade, segurança pessoal, reconhecimento como pessoa; igualdade perante a lei; proteção contra discriminação; acesso aos tribunais (acesso à jurisdição); presunção de inocência; publicidade dos julgamentos; intimidade da vida privada e outros direitos da personalidade (imagem, honra, sigilo de correspondência etc.); asilo; nacionalidade; matrimônio e criação da família sem qualquer restrição de raça, nacionalidade ou religião; propriedade; liberdade de pensamento, consciência e religião; liberdade de opinião e expressão; reunião e associação pacíficas; liberdade para associação; participação no Governo de seu país, diretamente ou por intermédio de representantes livremente escolhidos; acesso ao serviço público; vontade popular como base da autoridade do governo a ser expressa em eleições periódicas e legítimas, por sufrágio universal e voto secreto ou processo equivalente que assegure a liberdade do voto; segurança social; direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à dignidade e ao livre desenvolvimento da personalidade; trabalho;

2 Ribeiro Bastos, Celso e Gandra Martins, Ivens. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1988, vol. 1º, pp. 453/454.

livre escolha de emprego; proteção contra o desemprego; remuneração justa e satisfatória à dignidade humana; organização e ingresso em sindicatos; repouso; lazer; limitação de horas de trabalho; férias remuneradas periódicas; padrão de vida digno (alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e serviços sociais indispensáveis); direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda de subsistência em circunstâncias fora de seu controle; cuidados e assistência especiais com a maternidade e a infância; instrução gratuita nos graus elementares e fundamentais; prioridade dos pais na escolha do gênero de instrução a ser ministrado aos seus filhos; participação na vida cultural da comunidade; participação do progresso científico e de seus benefícios; proteção de interesses materiais e morais pela produção científica, literária ou artística da qual seja autor.

3. FONTES REMOTAS DOS DIREITOS HUMANOS

Muito embora as fontes mais antigas remontem, segundo muitos escritores, ao Código de Hamurabi (século XIX a. C), a sistematização positiva dos Direitos Humanos é fruto de um longo processo de solenes manifestações internacionais como a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), que traduziu os ideais de liberdade, igualdade e fraternidade prometidos pela Revolução Francesa ao proclamar a República e abolir a Monarquia. Seus primeiros artigos estabelecem: “1º *Os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos. As distinções sociais somente podem ter como fundamento a utilidade comum.* 2º *A meta de toda a associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Estes direitos são: a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão*”.

Na introdução daquele documento, os representantes do povo francês, constituídos em Assembleia Nacional, afirmaram que “*a ignorância, o esquecimento e o desprezo dos direitos do homem são as únicas causas dos males públicos e da corrupção dos governos*”. Aquela grave e solene advertência, grafada na experiência milenar, embora passados os séculos ainda continua valendo.³

3 Um minucioso levantamento histórico da evolução do reconhecimento institucional dos Direitos Humanos se contém no valioso livro de CÂNDIDO FURTADO Maia Neto, *Código de Direitos Humanos*, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003, pp. 29 e s. Muitos documentos legislativos, fatos e pronunciamentos quanto à evolução

4. CLASSIFICAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Os escritores de um modo geral,⁴ atentos à evolução histórica dos fenômenos sociais, políticos, econômicos e culturais, classificam em quatro grupos a relação dos Direitos Humanos.

Os Direitos Humanos de *primeira geração* são os direitos civis e políticos: vida, liberdade, integridade física, segurança etc., conforme o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas (1966). Os de *segunda geração* compreendem os direitos e as garantias econômicas, sociais e culturais (erradicação da pobreza, saúde, trabalho, educação, cultura etc.). Os

De *terceira geração* são os que dizem respeito à autodeterminação e desenvolvimento dos povos (direito à paz, ao meio ambiente, ao patrimônio comum da humanidade etc.). E os de *quarta geração* traduzem reivindicações mais amplas no contexto mundial (direito à democracia como regime de governo, ao pluralismo em todos os sentidos, às diversidades e costumes dos povos etc.).

5. INSTRUMENTOS DE PROTEÇÃO INTERNACIONAL

A restauração de liberdades públicas, direitos e garantias individuais e as imensas possibilidades de progresso individual e social, com a declaração de princípios e a previsão de instrumentos de amparo, marcaram positivamente o tempo de gestação e promulgação da Carta Política de 1988. O reconhecimento formal da *dignidade da pessoa humana* entre os fundamentos do Estado Democrático de Direito que caracteriza a República e a *prevalência dos Direitos Humanos* entre os princípios reitores das relações internacionais da Federação, como já foi dito acima, mostram a notável evolução dos regimes políticos de governo. A partir de 1964, com a edição dos Atos Institucionais, até o advento da Constituição de 1988, a Nação e o povo sentiram a transformação do autoritarismo estatal para a democracia de todas as instâncias de poder. O país passou a revelar maior presença no campo da proteção internacional dos Direitos Humanos.

universal estão referidos em 110 itens [de 2000 a 2500 a. C (Código de Hamurabi) até o Congresso da ONU para prevenção do delito e tratamento do delinqüente (Viena, 2000). Relativamente ao sistema brasileiro são mencionados 78 itens (fatos e documentos legislativos) desde antes de 1500 até 2000.

4 Entre outros, CÂNDIDO FURTADO, ob. cit., p. 5.

Segundo a pesquisa de Luiz Flávio Gomes e Flávia Piovesan,⁵ foram ratificados pelo Brasil, a partir desse marco histórico, os seguintes instrumentos: *a)* Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura (20.7.1989); *b)* Convenção Contra a Tortura e outros Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes (28.9.1989); *c)* Convenção sobre os Direitos da Criança (24.9.1990); *d)* Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (24.1.1992); *e)* Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (24.1.1992); *f)* Convenção Americana dos Direitos Humanos (25.9.1992); *g)* Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (27.11.1995); *h)* Protocolo à Convenção Americana referente à Abolição da Pena de Morte (13.8.1996); *i)* Protocolo à Convenção Americana referente aos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de São Salvador) (21.8.1996).

Além das indicações acima, o Centro de Estudos da Procuradoria Geral de São Paulo publicou a relação de Declarações e outros instrumentos de Direitos Humanos aprovados pelo Brasil.⁶

No plano *global*, podem ser referidas: *a)* Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948); *b)* Declaração do Direito ao Desenvolvimento (1986); *c)* Declaração e Programa de Ação de Viena (1993); *d)* Declaração de Pequim (1995).

No plano *regional interamericano* foi aprovada a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (1948).

A mesma fonte arrola as Convenções, os Pactos e outros instrumentos, classificados adiante. No plano *global*: *a)* Preceitos da Carta das Nações Unidas (1945);⁷ *b)* Convenção contra o Genocídio (1948); *c)* Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados (1951); *d)* Protocolo sobre o Estatuto dos Refugiados (1966); *e)* Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (1966)⁸; *f)* Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966)⁹; *g)* Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial (1968);¹⁰ *h)*

5 O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro. São Paulo: RT, 2000, nota de rodapé, pp. 5-6.

6 Instrumentos Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos, São Paulo: edição da Procuradoria Geral do Estado, 1997, pp. 7/8. (A menção ao ano após cada documento se refere ao tempo de sua aprovação original e não ao ano de sua ratificação pelo Brasil).

7 Ratificada pelo Brasil em 21.9.1945.

8 Ratificado pelo Brasil em 24.1.1992.

9 Ratificado pelo Brasil em 24.1.1992.

10 Ratificada pelo Brasil em 27.3.1968.

Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher (1979)¹¹; *i*) Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (1984);¹² *j*) Convenção sobre os Direitos da Criança (1989).¹³

Quanto ao plano *regional* interamericano: *a*) Convenção Americana Sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica – 1969)¹⁴; *b*) Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura (1985)¹⁵; *c*) Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará - 1994).¹⁶

6. INSTRUMENTOS DE PROTEÇÃO INTERNA

A partir da Constituição Federal de 1988, o instrumento jurídico de proteção interna dos Direitos Humanos teve extraordinário desenvolvimento. Pode-se afirmar que em todo o itinerário histórico da República nenhuma outra *Carta* foi tão bem dotada de princípios e regras em tal direção. Fugiria à finalidade do presente artigo a indicação exaustiva dos dispositivos constitucionais e legais, bem como das instituições oficiais e organizações não governamentais que se encarregam de amparar os valores inerentes aos Direitos Humanos. É possível, entanto, uma pequena relação exemplificativa como segue.

A Constituição declara que a República constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem, entre seus fundamentos, a *dignidade da pessoa humana* (art. 1º, III). Além disso, todos os objetivos fundamentais da República se identificam na proteção, direta ou indireta dos Direitos Humanos: sociedade, livre, justa e solidária; desenvolvimento nacional; erradicação da pobreza e da marginalização e redução das desigualdades sociais e regionais; promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º). Um dos princípios a serem observados pela República em suas relações internacionais é a *prevalência dos Direitos Humanos* (art. 4º, II). Outros também se incorporam nesse quadro de amparo (autodeterminação dos povos,

11 Ratificada pelo Brasil em 1º. 2.1984.

12 Ratificada pelo Brasil em 28.9. 1989.

13 Ratificada pelo Brasil em 24.9.1990.

14 Ratificada pelo Brasil em 25.9.1992.

15 Ratificada pelo Brasil em 20.7.1989.

16 Ratificada pelo Brasil em 27.11.1994.

defesa da paz, solução pacífica dos conflitos e o repúdio ao terrorismo e ao racismo.

Uma simples leitura panorâmica de nossa *lei fundamental* permite a observação segundo a qual as normas garantidoras dos Direitos Humanos constituem a regra geral. Direitos e garantias individuais e coletivos, direitos sociais, nacionalidade, direitos políticos, formação e existência partidária, princípios gerais da atividade econômica, política urbana, política agrícola, seguridade social, saúde, previdência social, assistência social, educação, cultura e desporto, ciência e tecnologia, comunicação social, meio ambiente, família, criança, adolescente, idoso, índios, todos esses indicadores mostram, detalhadamente, como são declarados os Direitos Humanos por seu intermédio.

Na legislação ordinária, na parte geral e na parte especial dos Códigos (Penal, Civil, de Processo Penal e Civil), encontram-se regras de proteção de suspeitos, indiciados, réus e vítimas, além da previsão de ações e recursos para a defesa de direitos e interesses individuais e coletivos. A proibição das penas de morte, de prisão perpétua, de banimento e outras formas cruéis e infamantes, já identifica a orientação do sistema de direitos e garantias.

Também nas leis extravagantes há uma imensa variedade de órgãos, instituições, mecanismos e declarações formais que protegem o ser humano. Valem como referenciais os seguintes diplomas: *a)* Lei nº 1.521/51 (Economia Popular); *b)* Lei nº 2.252/54 (corrupção de menor); *c)* Lei nº 2.889/56 (define e pune o genocídio); *d)* Lei nº 4.319/64 (cria o Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana); *e)* Lei nº 4.898/65 (abuso de autoridade); *f)* Lei nº 5.250/67 (*Lei de Imprensa*); *g)* Lei nº 5.478/68 (ação de alimentos); *h)* Lei nº 6.001/73 (Estatuto do Índio); *i)* Lei nº 7.210/84 (*Lei de Execução Fiscal*); *j)* Lei nº 7.347/85 (ação civil pública); *k)* Lei nº 7.716/89 (crimes de preconceito de raça ou de cor); *l)* Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente); *m)* Lei nº 8.078/90 (proteção do consumidor); *n)* Lei nº 8.080/90 (proteção e recuperação da saúde); *o)* Lei nº 8.212/91 (Seguridade Social); *p)* Lei nº 8.313/91 (incentivo à Cultura); *q)* Lei nº 8.653/93 (transporte de presos); *r)* Lei nº 9.029/95 (práticas discriminatórias nas relações de trabalho); *s)* Lei nº 9.394/96 (diretrizes e bases da educação nacional); *t)* Lei nº 9.434/97 (remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano); *u)* Lei nº 9.455/97 (define o crime de tortura); *v)* Lei nº 9.605/98

(proteção do meio ambiente); x) Lei nº 9.807/99 (proteção à vítimas e testemunhas); y) Lei nº 10.446/02 (infrações penais de repercussão interestadual ou internacional) e z) Lei nº 10.826/2003 (armas de fogo e munição).

Além de todos esses diplomas – de natureza penal e processual penal – há uma imensa variedade de leis e outros atos normativos (decretos-leis, decretos, portarias etc.) nos mais diversificados ramos jurídicos (civil, administrativo etc.) que compõem o extraordinário repositório de instrumentos jurídicos de garantia dos Direitos Humanos.¹⁷

7. O FENÔMENO DA GLOBALIZAÇÃO E DOS DIREITOS HUMANOS

A *globalização* é um termo utilizado há vários anos pelos economistas para descrever um processo apresentado como recente, mas de fato, existente desde o início do século e que foi descrito por LENINE, em sua obra *Imperialismo, estágio supremo do capitalismo*: crescimento e primazia das exportações de capital, desenvolvimento da divisão internacional do trabalho, dos trustes multinacionais, interconexão das economias dos diferentes países etc. Este nome surge pelo fato de que tal processo tomou uma amplitude particular desde os anos 80, em que a desregulamentação generalizada acelerou as condições da concorrência no plano mundial e o desenvolvimento dos meios de transporte e telecomunicações suprimiu um a um os obstáculos à deslocação de centros de produção. Ao mesmo tempo, as crises financeiras, que no passado levavam meses ou anos para se propagar, agora tocam todas as praças financeiras em alguns instantes.¹⁸

O repertório universal dos direitos do homem e, como desdobramento lógico, dos direitos da pessoa acusada ou aprisionada, se compõe de esperanças que são modeladas na realidade e na fantasia do cotidiano. Na avaliação entre as conquistas e as perdas no cenário do mundo, da vida e da História, é importante ter presente um dos trechos iluminados das *declarações de direitos*. Ao proclamar que o Governo existe para garantir ao ser humano a fruição de seus direitos naturais e imprescritíveis, e que a lei não pode ordenar senão o que

17 A infindável variedade de aspectos a serem protegidos e o universo de textos legais estão em harmonia com o conceito ampliado de Direitos Humanos, como se viu através do item nº 18 a.

18 SIZE, Pierre. *Dicionário da globalização*, trad. de Serge Goulart. Florianópolis: Livraria e Editora Obra Jurídica Ltda, 1997, p. 55.

for justo e útil à sociedade, a Constituição francesa de 1793 admitia expressamente que “o esquecimento e o desprezo dos direitos naturais do homem são as causas das desgraças do mundo”.¹⁹

8. FEDERALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

A Constituição Federal estabelece no art. 109, § 5º: “*Nas hipóteses de grave violação dos direitos humanos, o Procurador-Geral da República, com a finalidade de assegurar o cumprimento das obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte, poderá suscitar, perante o Superior Tribunal de Justiça, em qualquer fase do inquérito ou processo, incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal*”.

O dispositivo acima, acrescentado pela Emenda Constitucional nº 45, de 08.12.2004 está em perfeita harmonia com as disposições relativas à dignidade da pessoa humana e à prevalência dos Direitos Humanos nas relações internacionais mantida pela República. Com efeito, os atentados reconhecidamente graves (homicídio, crimes contra a dignidade sexual, racismo, tortura, sequestro etc.) têm uma repercussão de extraordinário relevo de modo a justificar atrair a jurisdição federal.

Com efeito, são notórias as diferenças entre as polícias federal e estadual e as justiças correlatas, quanto à natureza e forma de atuação e eficiência, mercê das melhores condições humanas e materiais disponibilizadas pela União em relação às unidades federativas.

9. A RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO

Tornar-se-iam meras *proclamações otimistas* todas as declarações universais, os documentos legislativos, os tratados e as convenções internacionais e as constituições regionais com o objetivo de proteger os Direitos Humanos perante juízes e tribunais se não houvesse a pronta intervenção de órgãos, pessoas e serviços para apurar a responsabilidade civil, penal e administrativa dos causadores das violações e puni-los adequadamente, atendidos os direitos e as garantias do devido processo legal. A Emenda nº 45/2004 trouxe relevantes alterações para o funcionamento do sistema judiciário brasileiro visando, entre outros objetivos, a eliminar a tormentosa

¹⁹ Cf. as introduções à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (26.08.1789) e da Carta Política de 1793.

demora de uma infinidade de processos. Vale reproduzir: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação” (CF, art. 5º, LXXVIII). Em mais de uma oportunidade o texto reafirma tal propósito. Esse *comando de esperança* tem apoio em normas de direito interno e estrangeiro sobre o cumprimento dos prazos para a prática de atos administrativos e judiciais.

A *efetividade* das decisões judiciais pressupõe a redução de procedimentos burocráticos para que a prestação jurisdicional ocorra em tempo razoável.

Em artigo para uma coletânea de homenagem publicada há mais de trinta anos, o mestre José Carlos BARBOSA MOREIRA lamenta a excessiva demora dos processos e afirma que o fenômeno tem causas tão complexas e mal individuadas nos respectivos pesos pela carência de estatísticas judiciárias, que “seria ambição vã querer encontrar, no puro receituário processual, remédio definitivo para a enfermidade”.²⁰ E passa a arrolar algumas delas: “falhas da organização judiciária, deficiência na formação profissional de juízes e advogados, precariedade das condições sob as quais se realiza a atividade judicial na maior parte do país, uso arraigado de métodos de trabalho obsoletos e irracionais, escasso aproveitamento de recursos tecnológicos”.²¹

Como se percebe, de lá até aqui muito pouco ou quase nada mudou.

10. DECLARAÇÕES DE DIREITOS

A Declaração Universal dos Direitos do Homem (Paris, 1948), estabelece que “*todo homem tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela Constituição ou pela lei*” (art. VIII). A Convenção de Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (Roma, 1950), dispõe que toda pessoa tem direito a que a sua causa seja julgada com equidade e num *prazo razoável* (art. 6º). O Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos (1966) estabelece que toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualdade, entre outras garantias

20 “Notas sobre o problema da ‘efetividade’ do processo”, em *Estudos de Direito Processual em homenagem a José Frederico Marques*. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 207.

21 Ob. e loc. cit.

mínimas, “a ser julgada sem dilações indevidas” (art. 14, nº 3, c). A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto São José da Costa Rica – 1969), declara em favor de toda pessoa acusada de um fato delituoso ou interessada na solução de questão civil, trabalhista, fiscal ou de outra natureza, o “direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal, competente, independente e imparcial, (...)” (art. 8º).

A dúvida sobre a *razoabilidade* ou não do tempo de julgamento é resolvida pela orientação da jurisprudência. Quanto a este aspecto, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos recomenda três indicadores para orientar a decisão no caso concreto: 1º) a natureza da ação; 2º) a conduta das partes; 3º) a atuação da autoridade ao examinar a matéria.

A respeito de precedentes de jurisprudência e outras Declarações de Direitos, é importante o conhecimento do alentado artigo da Professora Danielle Annoni, da Universidade Federal de Santa Catarina, “A excessiva duração do processo penal para o Direito Internacional dos Direitos Humanos”.²²

11. MODELOS CONSTITUCIONAIS ESTRANGEIROS

A Constituição Portuguesa estabelece que “o processo criminal assegura todas as garantias de defesa, inclusive o recurso” (art. 32º, 1). E, ao proclamar que “todo o arguido se presume inocente até o trânsito em julgado da sentença de condenação”, o mesmo dispositivo encerra com uma proclamação de princípio: “...devendo ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa” (art. 32º, 2).

Também a Constituição espanhola declara como direito fundamental do cidadão a obrigação estatal de observar limites de tempo no processo criminal. A regra geral prevê o direito em favor dos acusados “a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías” (art. 24 nº 2). A prisão preventiva não poderá durar mais do que o tempo estritamente necessário para a realização das investigações tendentes ao esclarecimento dos fatos. Em qualquer caso, no prazo máximo de setenta e duas horas o

22 Coletânea *Direitos Humanos e Ciências Penais*, Revista Jurídica da UDC, vol. 1, nº 1, Curitiba: Juruá, 2004, pp. 95 e s.

detido deverá ser posto em liberdade ou à disposição da autoridade judicial (art. 17 n^o 2).²³

12. A CELERIDADE PROCESSUAL

a. O malefício da burocracia

Dois vigorosos artigos publicados há alguns anos com destaque no extinto *Jornal do Brasil* revelam como é urgente e indispensável a reforma do Estado brasileiro, especialmente quanto à sua tentacular e intolerável burocracia. No primeiro deles, o então Diretor da Faculdade de Ciências Econômicas da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), Ubiratan Irio, insiste em algo que vem repetindo há tempo: *“a imensa burocracia brasileira inocula impiedosamente no organismo social e econômico do país o vírus causador do desemprego e da corrupção”*. E, mais enfatiza: *“Nossas instituições, em termos da burocracia e da corrupção a ela associada – ambas filhas do paquidérmico Estado brasileiro –, estão, com toda a certeza, entre as piores do planeta”*.

O texto, intitulado *“Burocracia e desemprego”*, refere-se a um estudo do Banco Mundial mostrando que para a autorização de abertura de uma empresa no Brasil são necessários 152 dias, ou sejam, 5 meses! O contraste em relação a outros países é imenso: Austrália (2 dias); os Estados Unidos (4); Chile (27); Rússia (28); México (51); Argentina (68) e na média da América Latina (72).

Os trechos finais da denúncia do professor Ubiratan Irio são impressionantes: *“Quem quer que deseje abrir o seu negócio honesto neste país em que o cidadão é sempre tratado como suspeito – ainda mais se tiver a pretensão de ter o seu próprio negócio –, enquanto o Estado é visto como um ídolo, terá de enfrentar, inerme e exaurido, uma via-crúcis de formulários, documentos, exigências, guias, proscricções e prescrições para provar que é honesto. Muitas vezes, extenuado, terá, para fazê-lo, de ser conivente com a desonestidade, pagando propinas aos abutres do trabalho alheio”* (JB, 17.11.2003, p. A13).

O outro artigo é do consultor político, Gaudêncio Torquato. Lembra ele que o nosso país ainda mantém sólidas *“as amarras tecidas desde 1930, na esteira da formação de um pacto social*

23 Sobre o tema e, em especial a orientação do Tribunal Europeu de Direitos Humanos e a posição da doutrina espanhola, vide GOMES, Luiz Flávio e PIOVEZAN, Flávia. Ob. cit., p. 243.

voltado para a criação e a operacionalização de um Estado com forte teor intervencionista. Naquele ciclo, as oligarquias rurais garantiram a intocabilidade da estrutura fundiária, o caciquismo regional foi amplamente fortalecido com as benesses dos governos, os núcleos urbanos se submeteram a um processo de alienação política e o Estado promove um intenso controle nas relações trabalhistas. Esse acordo acabou fomentando a expansão da burocracia nas três esferas da administração pública, imprimindo força às massas funcionais de baixa qualificação que, por sua vez, eram e continuam em grande parte a ser comandadas por prepostos da elite política" ("A força da burocracia", JB, cit.).

O professor titular da USP observa que existe uma proliferação de funções gratificadas na administração federal e que os cartórios "continuam a caprichar nos carimbos e selos" e que jamais vamos nos livrar do "famigerado reconhecimento de firma".

A burocracia consiste – num primeiro sentido – na administração da coisa pública por funcionário submetido à hierarquia e regulamento rígidos, e a uma rotina inflexível, daí o uso da expressão "os trâmites da burocracia". Mas há um outro conceito, admitido por extensão, no dicionário Aurélio: "*A burocracia é a complicação ou a morosidade no desempenho do serviço administrativo.*" É nesse sentido que a prática brasileira adotou o vocábulo. E, com uma agravante: há burocratas que não fazem, mas, em compensação, também não deixam fazer. O exemplo mais corriqueiro dessa *transferência de decisão* é o uso reiterado de comissões para tratar de assuntos que já estão regulados por lei ou decreto.

Em nosso país, há mais de 30 anos, foi criado o Ministério da Desburocratizarão. Mas o seu idealizador, Ministro Hélio Beltrão, não conseguiu erradicar essa profunda e nociva cultura.

Ao tempo em que Ricardo Berzoini, exerceu o cargo de Ministro da Previdência Social, constatou-se que havia irregularidade em pagamentos previdenciários para "beneficiários" que já haviam morrido. Na falta de meios e instrumentos da moderna tecnologia para identificar os aposentados que estavam vivos, o Ministério usou um processo grosseiro de avaliação que provocou diversos transtornos. *Os velinhos do ministro Berzoini* viveram a encenação dramática da farsa da burocracia, parafraseando a máxima proverbial da Idade Média ("*navigare necesse est, vivere non est necesse*") para a atualidade: "*Viver não é preciso; provar que está vivo é preciso*".

b. regras do direito brasileiro

No sistema positivo brasileiro, existem regras claras no sentido da prestação jurisdicional imediata ou menos tardia quanto aos prazos para a prática de determinados atos. Com efeito, a Constituição Federal estabelece que “a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados *imediatamente* ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada” (art. 5º, LXII). O processo de réu preso tem preferência sobre os demais e o Código de Processo Penal estabelece prazos para a realização de atos cujo descumprimento autoriza a concessão de *habeas corpus* (CF, art. 5º, LXVIII c/c os arts. 647 e 648, II).

Mas, apesar do estabelecimento dos prazos para o oferecimento da denúncia, inquirição das testemunhas de acusação, requerimento de diligências e alegações finais²⁴, estando o acusado preso ou solto, existe uma condescendência dos tribunais para com o excesso, em face da *cláusula de tolerância* constante do art. 402: “*Sempre que o juiz concluir a instrução fora do prazo, consignará nos autos os motivos da demora*”. Até mesmo o procedimento do *habeas corpus* sofre retardamento intolerável nos tribunais, a despeito dos prazos fixados pelo Código de Processo Penal (arts. 661 e s.).

Relativamente ao Código de Processo Civil, os dispositivos relacionados com o tema são os seguintes: Art. 125. “*O juiz dirigirá o processo, conforme as disposições deste Código competindo-lhe: II - velar pela rápida solução do litígio; Art. 130. Caberá ao juiz de ofício, ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias; Art. 189. “O juiz proferirá: I - os despachos de expediente, no prazo de 02 dias; II - as decisões no prazo de 10 dias; Art. 190. Incumbirá ao serventuário remeter os autos conclusos no prazo de 24 horas e executar os atos processuais no prazo de 48 horas, contados: I - da data em que houver concluído o ato processual anterior, se lhe foi imposto pela lei; II - da data em que tiver ciência da ordem, quando determinada pelo juiz.*

Mas, assim como ocorre com o processo criminal, também o processo civil contém a regra de exceção: Art. 187. “*Em qualquer grau de jurisdição, havendo motivo justificado, pode o juiz exceder, por igual tempo, os prazos que esse Código lhe assina.*

24 CPP, art. 10 e Lei nº 5.010/66, art. 66.; CPP arts. 401, 499, 500, 502

A Lei nº 9.099/95, que criou os Juizados Especiais Cíveis e Criminais deu a *boa notícia* através do seu art. 2º, afirmando que o processo orientar-se-ia pelos critérios (*rectius*: princípios) da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e *celeridade*. Enquanto os quatro primeiros são atendidos, via de regra, o mesmo não se pode dizer relativamente ao último. As pautas superlotadas, com a designação de audiência para muitos meses – e até anos! – após o ingresso da ação, desacreditam aquela *proclamação otimista*.

c. celeridade do processo e garantias das partes

É preciso não confundir. Simplificação de procedimento não significa supressão de garantias do devido processo legal. A Justiça, que por um antigo equívoco de logomarca aparece com a venda nos olhos, isto é, cega, não pode ser também surda. Com efeito, a verdade não pode ser obtida a qualquer custo. Muito menos em holocausto da ampla defesa e do contraditório, garantias em favor da dignidade da pessoa humana antes de disposições regulares do processo em general.

É possível viabilizar o princípio da celeridade e o exercício de direitos fundamentais das partes na defesa de suas pretensões em qualquer feito onde haja contenda. As garantias constitucionais do contraditório, da ampla defesa e dos “meios e recursos a ela inerentes” (CF, art. 5º, LV), instituídas em favor dos litigantes em processo judicial ou administrativo não podem ser sacrificadas pela supressão ou restrição de atos e termos indispensáveis ao exercício da pretensão das partes no devido processo legal.

Um dos problemas rotineiros nas ações penais e que sacrificam a liberdade para a defesa dos acusados é a exigüidade dos prazos para requerer diligências²⁵, apresentar alegações finais²⁶ e arrazoar recursos.²⁷ Essas indicações são meramente exemplificativas.

A mutilação ou a redução das oportunidades que a lei deve assinar às partes para as suas manifestações juridicamente possíveis, compromete não somente o direito individual como também e não raramente, o interesse público. E um dos exemplos corriqueiros dessa anomalia é a injustiça pela inexistente, deficiente ou má apreciação da prova. A propósito, o eminente mestre Figueiredo Dias quando, analisando o tema da prova quando está em causa não a *verdade*

25 24 (vinte e quatro horas): CPP, art. 499.

26 3 (três) dias: CPP, art. 500.

27 8 (oito) dias; 2 (dois) dias: CPP, arts. 600 e 619.

formal porém a *verdade material*, acentua a necessidade de se obter uma verdade que, “não sendo ‘absoluta’ ou ‘ontológica’, há de ser antes de tudo uma verdade *judicial, prática e, sobretudo, não uma verdade obtida a todo o preço mas processualmente válida*”.²⁸

d. meios de garantia da celeridade

A Constituição Federal prevê o exercício do *direito de petição* aos poderes públicos “em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder” (art. 5º, XXXIV, *a*). Esse remédio pode ser utilizado, eventualmente, para se pleitear junto à Administração Pública ou ao Poder Judiciário o cumprimento de prazos estabelecidos previamente pela legislação para a prática de determinados atos. Para a mesma finalidade também se pode empregar a *reclamação* e a *representação* em face de sua natureza informal e abrangente. A Lei Orgânica da Magistratura Nacional (LC nº 35/79) estabelece entre os deveres do magistrado “não exceder injustificadamente os prazos para sentenciar ou despachar; III - determinar as providências necessárias para que os atos processuais se realizem nos prazos legais” (art. 35). Se ficar caracterizada a negligência no cumprimento dos deveres inerentes ao cargo, como o não cumprimento das obrigações acima, ao juiz será aplicada a pena de advertência (art. 43).

A Emenda nº 45/2004 introduz uma revolucionária e explícita punição ao estabelecer que “não será promovido o juiz que, injustificadamente, retiver autos em seu poder além do prazo legal, não podendo devolvê-los ao cartório sem o devido despacho ou decisão” (alínea *e* do inciso II, do art. 93 da CF).

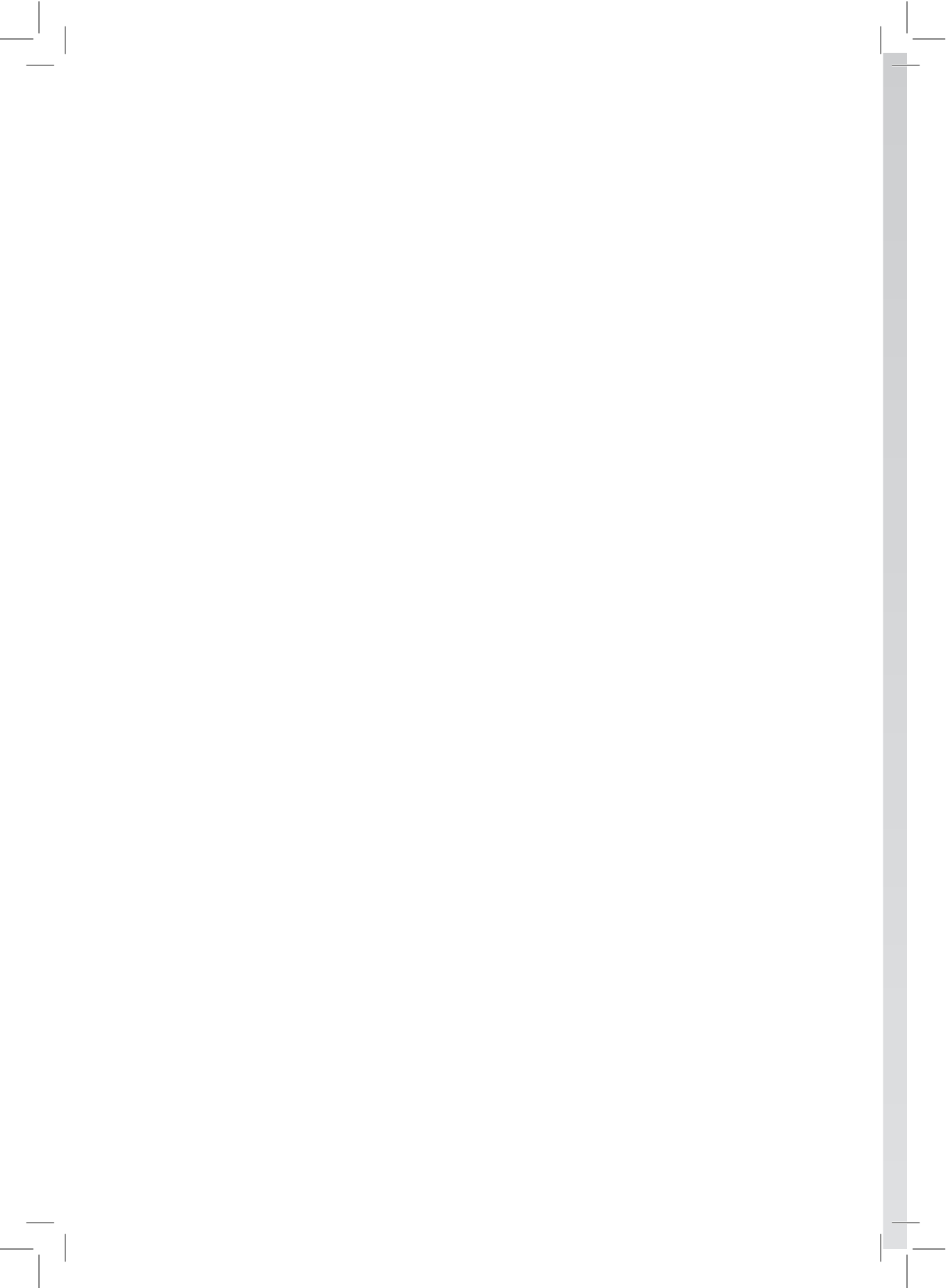
É certo que a presteza no exercício da jurisdição já constava do texto original da Carta Política de 1988, como um dos critérios para se aferir o merecimento do magistrado (art. 93, II, *c*). Mas não existia, como agora e detalhadamente, a previsão específica para o *juiz tardinheiro*.

As regras acima indicadas e a permissão para criar Câmaras Regionais visando a descentralizar a segunda instância da Justiça Federal, revelam também a expectativa do legislador constituinte em superar o retardamento com a criação de novos tribunais nas unidades federativas. Declaram os parágrafos 2º e 3º, do art. 107, da Constituição: “Os *Tribunais Regionais Federais* instalarão

28 FIGUEIREDO DIAS, Jorge. *Direito Processual Penal*. Coimbra Editora, 1981, vol. I, p. 194. (Os caracteres em itálico são do original).

a justiça itinerante, com a realização de audiências e demais funções da atividade jurisdicional, nos limites territoriais da respectiva jurisdição, servindo-se de equipamentos públicos e comunitários”// “Os Tribunais Regionais Federais poderão funcionar descentralizadamente, constituindo Câmaras regionais, a fim de assegurar o pleno acesso ao jurisdicionado à justiça em todas as fases do processo”.

Os mecanismos que procuram agilizar os processos, ao lado de outros, como o relativo ao controle dos *“deveres funcionais dos juízes”* pelo Conselho Nacional da Magistratura (CF, art. 103-B, § 4º), autorizam tal conclusão. Com efeito, o art. 7º, ao criar uma comissão especial para elaborar os projetos de lei necessários à reforma, dispõe que as alterações na legislação federal objetivam *“tornar mais amplo o acesso à Justiça e mais célere a prestação jurisdicional”*.



REPENSANDO UM VELHO TEMA: A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Ricardo Maurício Freire Soares

Pós-Doutor em Direito Constitucional Comparado pela Università degli Studi di Roma La Sapienza e pela Università degli Studi di Roma Tor Vergata; Doutor em Direito Público e Mestre em Direito Privado pela Universidade Federal da Bahia; Professor dos Cursos de Graduação e Pós-graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia (Especialização/Mestrado/Doutorado); Professor-visitante em diversas Instituições.

1. O NEOCONSTITUCIONALISMO E A VALORIZAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Adoutrinavam utilizando as expressões “neoconstitucionalismo”, “constitucionalismo avançado” ou “constitucionalismo de direitos” para designar um novo modelo jurídico que representa o Estado constitucional de Direito que existe em alguns países europeus, como, por exemplo, Itália, Alemanha e Espanha.

Segundo Santiago Ariza (2003, pp. 239-240), este novo modelo se revela em algumas Constituições surgidas após a segunda guerra mundial, cujas funções se contrapõem ao papel que desempenhavam as Constituições dentro do paradigma do constitucionalismo moderno, visto que representam uma proposta de recompor a grande fratura existente entre a democracia e o constitucionalismo.

Nesse sentido, as Constituições atuais apresentam duas características básicas: a vinculação da noção de poder constituinte à ideia de uma legalidade superior de base constitucional, despindo-a do significado revolucionário; a concepção de que uma Carta Magna desempenha uma dúplice função de marco normativo para o jogo democrático e de referência diretiva para o futuro, ao estabelecer os princípios que devem reger a comunidade.

Daí decorrem repercussões importantes do neo-constitucionalismo. Em primeiro lugar, alude-se ao processo de normatização da Constituição, que deixa de ser considerada um diploma normativo com um valor meramente programático ou como um conjunto de recomendações ou orientações dirigidas ao legislador para operar

como uma normatividade jurídica com eficácia direta e imediata. Em segundo lugar, afirma-se que as Constituições incorporam conteúdos materiais que adotam a forma de direitos, princípios, diretrizes e valores, dotados de um amplo grau de indeterminação e de uma forte carga valorativa, como se verifica no rol de conceitos controvertidos (dignidade, justiça, liberdade e autonomia).

Sendo assim, a concepção de uma Constituição como norma afeta diretamente a compreensão das tarefas legislativa e jurisdicional. De um lado, o caráter voluntarista da atuação do legislador cede espaço para a sua submissão ao império da Constituição. De outro lado, o modelo dedutivista de aplicação da lei pelo julgador, típico da operação lógico-formal da subsunção, revela-se inadequado no contexto de ampliação da margem de apreciação judicial, especialmente na concretização de princípios, abrindo margem para o recurso da operação argumentativa da ponderação.

Gera-se, pois, um conflito permanente entre esse tipo de constitucionalismo e a democracia, ante a primazia concedida ao Poder Judiciário em detrimento da posição subalterna assumida pelo Poder Legislativo. Exemplo disso pode ser encontrado quando se verifica a tensão entre eficácia imediata (que exige a atuação dos juízes) e mediata (que requer a necessária atuação do legislador), ao denotar a dificuldade do neoconstitucionalismo de estabelecer os limites ou articular uma proposta que permita conjugar o labor jurisdicional e a função do legislador.

Com efeito, oscila-se entre um constitucionalismo débil, que reivindica a importância da legitimidade democrática do legislador e das pautas formais inerentes ao Estado de Direito (a certeza, a igualdade formal e a separação dos poderes), e um neoconstitucionalismo que valoriza o ativismo judicial como via para a substancialização do regime democrático.

De outro lado, a afirmação da natureza principiológica da Constituição pressupõe a positivação jurídica de pautas axiológicas de conteúdo indubitavelmente moral, pelo que a discussão jusnaturalismo-positivismo foi transportada ao interior do ordenamento jurídico-constitucional. Daí advêm importantes consequências, tais como a necessidade de se adotar uma posição de participante para explicar o funcionamento do Direito, bem como a necessidade de se superar a ideia positivista de uma separação entre o Direito e a Moral.

Sendo assim, o modelo jurídico do neoconstitucionalismo não parece coadunar-se com a perspectiva positivista, que se mostra tanto antiquada, por haver surgido no contexto do Estado liberal, quanto inadequada, por não incorporar os *standards* de moralidade ao estudo do Direito.

O modelo de ciência jurídica que exige o neoconstitucionalismo contrasta também com aquele defendido pelo positivismo jurídico. Rejeitam-se, assim, as noções de distanciamento, neutralidade valorativa e função descritiva da ciência jurídica, para se incorporar as ideias de compromisso, intervenção axiológica, prioridade prática e caráter político do conhecimento científico do Direito.

O denominador comum das teorias ditas neoconstitucionalistas parece ser a necessidade de superar um modelo que estabeleça que a ciência jurídica deve ocupar-se exclusivamente de descrever o Direito, através de uma atividade neutra aos valores sociais.

A partir do momento em que alguns padrões de moralidade são incorporados às Constituições, a tarefa de determinar o que o Direito diz não pode ser concebido como uma atividade totalmente científica ou objetiva, visto que podem entrar em jogo as opiniões e as considerações morais, o que confere natureza política à atividade do jurista.

Nesse sentido, o neoconstitucionalismo, além de evidenciar que algumas descrições podem ter uma significação política, vem apresentando a virtude de pôr em relevo que não se deve colocar todos os juízos de valor no mesmo plano e que nem todos os juízos de valor se reconduzem ao âmbito incontrolável da subjetividade.

Ademais, o movimento neoconstitucionalista tem se revelado favorável à ideia de uma aceitação moral do Direito, resultando na adoção de perspectivas interna e externa de compreensão do fenômeno jurídico. Isto porque a legitimação do sistema jurídico passa pela busca de um equilíbrio entre os pontos de vista de crítica interna (cujo parâmetro é a Constituição) e de crítica externa (cujo parâmetro é a moralidade social).

Deste modo, as diversas teorias neoconstitucionalistas procuram sustentar a ideia de que o Direito é, em si mesmo, um constructo axiológico e teleológico, especialmente quando se considera que o seu surgimento no seio de uma democracia substancial requer a materialização dos direitos fundamentais.

O neoconstitucionalismo deflagra, assim, o processo de normatização da Constituição, que deixa de ser considerada um diploma normativo com um valor meramente programático ou como um conjunto de recomendações ou orientações dirigidas ao legislador para operar como uma normatividade jurídica com eficácia direta e imediata.

Afirma-se, portanto, que as Constituições incorporam conteúdos materiais que adotam, especialmente, a forma de princípios, dotados de um amplo grau de indeterminação e de uma forte carga valorativa, redimensionando a compreensão do papel do Estado.

2. A POSITIVAÇÃO CONSTITUCIONAL DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Na esteira do magistério de Peces-Barba Martinez (2003, p. 11), pode-se dizer que a importância do princípio da dignidade da pessoa humana é decisiva para o direito, pois, em todos os ramos jurídicos, podem ser encontradas razões parciais que justificam este relevo normativo. Tratando-se de uma resposta tanto ao movimento jusnaturalista, quanto às construções positivistas que debilitaram as referências morais do fenômeno jurídico, a luta pela dignidade humana expressa a própria afirmação dos direitos fundamentais do cidadão.

Com o advento da modernidade, os sistemas jurídicos ocidentais passaram a reconhecer o ser humano como o centro e o fim do Direito. Seguindo a valiosa lição kantiana, a pessoa é um fim em si mesmo, não podendo converter-se em instrumento para a realização de um eventual interesse. Essa tendência humanizante, robustecida após a traumática experiência totalitária na segunda guerra mundial, cristalizou-se com a consagração do princípio da dignidade da pessoa humana, erigido à condição de valor supremo dos sistemas jurídicos de inspiração democrática.

Como bem observa J. J. Gomes Canotilho (1998, p. 221), o ser humano passou a despontar como o fundamento da República e limite maior ao exercício dos poderes inerentes à representação política. Perante as experiências históricas de aniquilação do ser humano (inquisição, escravatura, nazismo, stalinismo, polpotismo, genocídios étnicos), a dignidade da pessoa humana significa, sem transcendências ou metafísicas, o reconhecimento do *homo noumenon*, ou seja, do indivíduo como limite e fundamento do domínio político da República.

Embora o primado da dignidade da pessoa humana já pudesse ser depreendido da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789, fruto da Revolução Francesa, e da Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada pela Assembléia Geral das Nações Unidas de 10 de dezembro de 1948, a sua positivação constitucional só foi ocorrer com o advento da Lei Fundamental Alemã de 1949, que preceituava, no seu art. 1.1., que a dignidade do homem é intangível e os poderes públicos estão obrigados a respeitá-la e protegê-la. A partir deste momento, o princípio da dignidade da pessoa humana passou a ser exteriorizado como princípio do constitucionalismo ocidental.

Neste sentido, a proclamação da normatividade do princípio da dignidade da pessoa humana, na maioria das Constituições contemporâneas, conduziu ao reconhecimento dos princípios como normas basilares de todo o sistema jurídico, afastando-se a concepção de programaticidade, que justificava a neutralização da eficácia dos valores e fins norteadores dos sistemas constitucionais.

Na Constituição Federal de 1988, o princípio da dignidade da pessoa humana foi elevado ao patamar de fundamento do Estado Democrático de Direito (art. 1º, III), integrando a categoria dos princípios fundamentais, ao lado de outras normas principiológicas, a saber: princípio republicano, princípio do Estado Democrático de Direito, princípio federativo, princípio da separação de poderes (arts. 1º e 2º), objetivos fundamentais da República (art. 3º), e os princípios que orientam as relações internacionais (art. 4º).

Neste sentido, oportuna é a lição de Flávia Piovesan (2000, pp. 54-55), ao destacar a essencialidade deste princípio, quando salienta que a dignidade da pessoa humana está erigida como princípio matriz da Constituição, imprimindo-lhe unidade de sentido, condicionando a interpretação das suas normas e revelando-se, ao lado dos direitos e garantias Fundamentais, como cânone constitucional que incorpora as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo o sistema jurídico brasileiro.

Encontra-se também a tradução do princípio no título VII da Carta Magna brasileira, quando o art. 170, *caput*, estabelece que a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social.

Discorrendo sobre este aspecto, sustenta André Ramos Tavares (2003, pp. 138-139) que se trata, sem dúvida, no art. 170, do mesmo princípio constante do art. 1º, aplicado (especificado) no âmbito econômico, já que a dignidade da pessoa humana ou a existência digna tem, por óbvio, implicações econômicas. Segundo ele, verifica-se que a liberdade caminha com a dignidade, mas o significado mais forte desta está na privação de ofensas e humilhações. No campo econômico, pois, impõe-se que a todos sejam garantidas condições mínimas de subsistência.

Uma vez situado no ápice do sistema jurídico, o princípio da dignidade da pessoa humana exprime as estimativas e finalidades a serem alcançados pelos particulares e pelo conjunto da sociedade civil, irradiando-se na totalidade do direito positivo pátrio.

Ademais, os preceitos referentes à dignidade da pessoa humana não podem ser pensados apenas do ponto de vista individual, enquanto posições jurídicas dos cidadãos diante do Estado, mas também devem ser vislumbrados numa perspectiva comunitária, como valores e fins superiores da ordem jurídica que reclamam a ingerência ou a abstenção dos órgãos estatais.

Com efeito, o legislador constituinte brasileiro conferiu ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana a qualidade de norma embasadora de todo o sistema constitucional, informando as prerrogativas e as garantias fundamentais da cidadania. Decerto, os direitos fundamentais Carta Magna de 1988, negativos ou positivos, encontram seu fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana.

Neste sentido, como princípio constitucional de evidente densidade axiológica e teleológica, deve-se reconhecer a força normativa da dignidade da pessoa humana, dotada de plena eficácia jurídica nas relações públicas e privadas, seja na perspectiva abstrata do direito objetivo, seja na dimensão concreta de exercício de direitos subjetivos pelos cidadãos.

3. AS POSSIBILIDADES SEMÂNTICAS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Por se tratar de expressão polissêmica, ao comportar diversos significados a depender do contexto histórico-cultural, a dignidade da pessoa humana passou a expressar as diversas fases de evolução dos direitos humanos. A abertura semântica e a multiplicidade

de usos pragmáticos dificultam a sua concretização hermenêutica pelos diversos intérpretes do direito: legislador infraconstitucional, administrador, magistrado e particulares.

Ao simbolizar um espaço de integridade, a ser assegurado a todas as pessoas por sua só existência no mundo, o significado da dignidade humana tem oscilado, no plano semântico. Embora não seja tarefa simples elucidar o sentido de uma existência digna, a delimitação lingüística do princípio da dignidade da pessoa humana parece apontar para os seguintes elementos: a) a preservação da igualdade; b) o impedimento à degradação e coisificação da pessoa; c) a garantia de um patamar material para a subsistência do ser humano.

Na primeira acepção, o conteúdo de uma vida digna está associado à idéia de igualdade formal e abstrata de direitos. Sob esta ótica, a previsão da dignidade da pessoa humana implica em considerar-se o homem como a razão precípua do universo jurídico, conferindo-lhe tratamento isonômico. O reconhecimento desta primazia, que não se dirige somente a determinados indivíduos, deve alcançar toda a comunidade de seres humanos, sem distinções injustificadas. No plano jurídico, a igualdade entre os homens representa a obrigação imposta aos poderes públicos, tanto na elaboração da regra de direito (igualdade na ordem jurídica) quanto na aplicação/execução (igualdade perante a ordem jurídica), exigindo-se, ainda, a universalização do respeito à pessoa humana, para o reconhecimento das prerrogativas não só de nacionais, como também de estrangeiros.

Com efeito, o princípio da isonomia, que se reveste de auto-aplicabilidade, não é - enquanto postulado fundamental de uma ordem político-jurídica democrática- suscetível de regulamentação ou de complementação normativa. Esse princípio - cuja observância vincula, incondicionalmente, todas as manifestações do Poder Público - deve ser considerado, em sua precípua função de obstar discriminações e de extinguir privilégios, sob duplo aspecto: (a) o da igualdade na lei e (b) o da igualdade perante a lei. A igualdade na lei - que opera numa fase de generalidade puramente abstrata - constitui exigência destinada ao legislador que, no processo de sua formação, nela não poderá incluir fatores de discriminação, responsáveis pela ruptura da ordem isonômica. A igualdade perante a lei, contudo, pressupondo lei já elaborada, traduz imposição destinada aos demais poderes estatais que, na aplicação da norma

legal, não poderão subordiná-la a critérios que ensejem tratamento seletivo ou discriminatório.

De outro lado, com base na segunda acepção, o conceito de dignidade humana se revela atrelado ao impedimento da degradação e coisificação da pessoa. Neste sentido, a dignidade da pessoa humana pode ser também traduzida na impossibilidade de redução do homem à condição de mero objeto do Estado e de particulares dotados de maior poderio econômico. Para tanto, faz-se mister assegurar as prerrogativas do direito penal, a limitação da autonomia da vontade e a inviolabilidade dos chamados direitos da personalidade.

O Estado, ao exercer o *jus puniendi*, não pode se distanciar das balizas impostas pela condição humana do acusado ou condenado. Por mais reprovável que tenha sido o crime, merece o infrator tratamento digno. Neste sentido, os ordenamentos jurídicos ocidentais costumam estatuir certas garantias fundamentais, a saber: vedação em submeter qualquer pessoa a tratamento desumano ou degradante, assegurando-se ao preso o respeito à integridade física e moral; observância do devido processo legal com todos os seus desdobramentos – o contraditório, a ampla defesa, o juiz natural, a inadmissibilidade de provas ilícitas, a presunção de inocência, a reserva legal da definição de crimes, a individualização das penas e a interdição de determinadas sanções, tais como a pena capital, a prisão perpétua, os trabalhos forçados, o banimento e as penas cruéis.

De outro lado, a dignidade da pessoa humana oferece limites ao exercício da autonomia da vontade, produzindo efeitos não somente verticais (Estado x indivíduo), mas também horizontais (particular x particular). Isto porque a constatação das injustiças oriundas do capitalismo e a conseqüente transição do Estado-liberal para o Estado-intervencionista exigiram que a desigualdade sócio-econômica entre os particulares fosse compensada juridicamente com a elaboração de leis protetivas, capazes de impor normas de ordem pública que garantissem uma vida mais digna, pela busca do equilíbrio sócio-econômico das relações privadas. É o que se verifica, por exemplo, com a tutela da hipossuficiência do trabalhador, no plano do direito laboral, e a proteção da vulnerabilidade do consumidor, no âmbito do direito consumerista.

Decerto, ainda que se não possa cogitar de vinculação direta do cidadão aos direitos fundamentais, podem esses direitos legitimar

limitações à autonomia privada seja no plano da legislação, seja no plano interpretativo. Diferentemente do que ocorre na relação direta entre o Estado e o cidadão, na qual a pretensão outorgada ao indivíduo limita a ação do Poder Público, a eficácia mediata dos direitos fundamentais como a dignidade da pessoa humana se refere primariamente a uma relação privada entre cidadãos, de modo que o reconhecimento do direito de alguém implica o sacrifício de faculdades reconhecidas a outrem.

Acrescente-se, por oportuno, a necessária salvaguarda dos chamados direitos da personalidade, os quais configuram o núcleo ético da própria condição humana. Representam, assim, as dimensões mais importantes da existência, tais como os direitos à vida, à saúde, ao nome, à imagem, à intimidade e à honra do indivíduo. Daí advêm, inclusive, os problemas referentes à preservação da identidade humana em face dos avanços da biotecnologia, mormente nos campos da reprodução assistida e da manipulação do patrimônio genético.

Registre-se também a vertente de pensamento que vincula à noção de dignidade a garantia de um patamar material para a subsistência do ser humano. Neste diapasão, a dignidade da pessoa só se efetiva com a preservação de condições materiais mínimas para a existência humana. A definição mesma deste núcleo de mínimo existencial não é consensual, embora haja razoável consenso de que ele parece compreender os direitos à alimentação, saúde básica e educação fundamental. Existem, contudo, propostas de estender o sentido e o alcance da vida digna, para abarcar o rol de necessidades vitais básicas que devem ser atendidas pelo salário mínimo (art. 7º da CF/88), agregando-se outras dimensões existenciais como a moradia, o vestuário, a higiene, o transporte, o lazer e o respeito ao meio-ambiente.

Ante o exposto, esta pluralidade de opções semânticas revela a necessidade do uso competente e responsável da linguagem jurídica e do discurso da dignidade da pessoa humana, evitando que a sua utilização equivocada resulte na banalização e trivialização deste importante princípio constitucional. Isto porque a adequada delimitação hermenêutica do princípio da dignidade humana tende a coibir interpretações desarrazoadas, evitando que ocorra, pelo seu elasticamento, a dessubstancialização conceitual, com prejuízos à efetividade da própria tutela da personalidade.

4. AS MODALIDADES DE EFICÁCIA DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Dentre os princípios jurídicos, sobressaem, inegavelmente, os princípios constitucionais. Isto porque os princípios da Constituição de 1988, situados no ápice do sistema jurídico, ao expressar valores ou indicar fins a serem alcançados pelo Estado e pela sociedade civil, irradiam-se pela totalidade do direito positivo nacional. É o que sucede com o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, previsto no art. 1º, III, da Carta Magna.

Conforme assinala Ingo Sarlet (2001, p. 41), a dignidade se afigura como a qualidade integrante e irrenunciável da condição humana, devendo ser reconhecida, respeitada, promovida e protegida. A aceitação da normatividade do princípio da dignidade da pessoa humana impõe, assim, a aceitação da sua capacidade de produzir efeitos jurídicos, através das modalidades de eficácia positiva, negativa, vedativa do retrocesso e hermenêutica.

A eficácia positiva consiste em reconhecer, ao eventual beneficiado pela norma jurídica de eficácia limitada, o direito subjetivo de produzir tais efeitos, mediante a propositura da ação judicial competente, de modo que seja possível obter a prestação estatal, indispensável para assegurar uma existência digna. O Estado está, portanto, obrigado a concretizar a dignidade da pessoa humana, ao elaborar normas e formular/implementar políticas públicas.

De outro lado, a eficácia negativa confere à cidadania a prerrogativa de questionar a validade de todas as normas infraconstitucionais que ofendam o conteúdo de uma existência digna, ferindo o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

Como bem leciona Ingo Sarlet (1998, p.110), não restam dúvidas de que toda a atividade estatal e todos os órgãos públicos se encontram vinculados pelo princípio da dignidade da pessoa humana, impondo-lhes, neste sentido, um dever de respeito e proteção, que se exprime tanto na obrigação por parte do Estado de se abster de ingerências na esfera individual que sejam contrárias à dignidade pessoal, quanto no dever de a proteger contra agressões por parte de terceiros, seja qual for sua procedência.

Sendo assim, constata-se que o princípio da dignidade da pessoa humana não apenas impõe um dever de abstenção (respeito), mas também condutas positivas tendentes a efetivar e proteger a dignidade do indivíduo.

A seu turno, a eficácia vedativa do retrocesso se afigura como uma derivação da eficácia negativa, segundo a qual as conquistas relativas aos direitos fundamentais não podem ser elididas pela supressão de normas jurídicas progressistas. A vedação ao processo permite, assim, que se possa impedir, pela via judicial, a revogação de normas infraconstitucionais que contemplem direitos fundamentais do cidadão, desde que não haja a previsão normativa do implemento de uma política pública equivalente, tanto do ponto de vista quantitativo, quanto da perspectiva qualitativa.

Segundo J. J. Gomes Canotilho (1998, p. 321), a vedação do retrocesso desponta como o núcleo essencial dos direitos sociais, constitucionalmente garantido, já realizado e efetivado através de medidas legislativas, devendo-se considerar inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam, na prática, numa anulação, revogação ou aniquilação pura e simples desse núcleo essencial. A liberdade do legislador portanto, encontra o núcleo essencial já realizado como o limite de sua atuação.

A vedação ao retrocesso costuma ainda ser polarizada pela utilização do argumento da reserva do possível, para justificar a abstenção do Estado no implemento de políticas sociais. Com base na reserva do possível, entende-se que a construção de direitos subjetivos à prestação material de serviços públicos pelo Estado está submetida à disponibilidade dos respectivos recursos. Ao mesmo tempo, a decisão sobre a disponibilidade do montante estaria localizada no campo discricionário das decisões governamentais e dos parlamentos, através da elaboração dos orçamentos públicos. Nesse contexto, a limitação dos recursos públicos passa a ser considerada verdadeiro limite fático à efetivação da vida digna.

Deve-se reconhecer, contudo, em nome do compromisso ético do direito com a justiça, o primado da vedação ao retrocesso em face do argumento da reserva do possível, de molde a concretizar força normativa e eficaz do princípio da dignidade da pessoa humana, interpretação mais compatível com os valores e fins norteadores do sistema constitucional brasileiro.

Por sua vez, a eficácia hermenêutica consiste na capacidade do princípio da dignidade humana de orientar a correta interpretação e aplicação das regras e demais princípios de um dado sistema jurídico, a fim de que o intérprete escolha, dentre as diversas opções

hermenêuticas, aquela que melhor tutele a ideia de existência digna no caso concreto.

Tratando deste aspecto, Rizzatto Nunes (2002, p. 45) acentua que a dignidade é o primeiro fundamento de todo o sistema constitucional posto e o último arcabouço da guarida dos direitos individuais. A isonomia serve, é verdade, para gerar equilíbrio real, porém visando a concretizar o direito à dignidade. É a dignidade que dá a direção, o comando a ser considerado primeiramente pelo intérprete do direito.

O desempenho desta função hermenêutica é tão relevante que o princípio da dignidade humana serve como parâmetro axiológico e teleológico não só para a aplicação de regras constitucionais e infraconstitucionais, como também para a concretização de outros princípios constitucionais, tais como os princípios gerais (v.g., art. 5º da CF/88) e os princípios setoriais (e.g., arts. 37 e 170 da CF/88).

Eis a razão pela qual a relevância do princípio da dignidade da pessoa humana vem sendo afirmada pela jurisprudência pátria, na condição de fundamento do Estado Democrático de Direito, além de servir como referencial hermenêutico que ilumina a interpretação e aplicação de toda a normatividade jurídica.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em face de tudo quanto foi exposto, pode-se afirmar que:

- o neoconstitucionalismo deflagra um o processo de normativização da Constituição, que deixa de ser considerada um diploma normativo com um valor meramente programático ou como um conjunto de recomendações ou orientações dirigidas ao legislador para operar como uma normatividade jurídica com eficácia direta e imediata, que pode adotar a fórmula de princípios, dotados de um amplo grau de indeterminação e de uma forte carga valorativa e teleológica;
- a proclamação da dignidade da pessoa humana no constitucionalismo ocidental conduziu ao reconhecimento dos princípios como normas basilares de todo o sistema jurídico, afastando-se a ideia de programaticidade pela qual se neutralizava a eficácia dos valores e fins dos sistemas constitucionais;
- o princípio da dignidade da pessoa humana, na Constituição Federal de 1988, foi elevado ao patamar de fundamento do

Estado Democrático de Direito, integrando a categoria dos princípios fundamentais;

- a delimitação semântica do princípio da dignidade da pessoa humana comporta os seguintes elementos: a preservação da igualdade; o impedimento à degradação e coisificação da pessoa; e a garantia de um patamar material para a subsistência do ser humano;
- a consagração da normatividade do princípio da dignidade da pessoa humana impõe o reconhecimento da sua capacidade de produzir efeitos jurídicos, descortinando-se, assim, as modalidades de eficácia positiva, negativa, vedativa do retrocesso e hermenêutica.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. São Paulo: Landy, 2001.

_____. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: CEPC, 2002.

ARIZA, Santiago Sastre. "La ciencia jurídica ante el neoconstitucionalismo". In: CARBONELL, Miguel (org.). *Neoconstitucionalismo (s)*. Madri: Trotta, 2003.

ATIENZA, Manuel. *As razões do direito – teorias da argumentação jurídica*. São Paulo: Landy, 2003.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. São Paulo: Malheiros, 2005.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3ª ed., Coimbra, 1998.

DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Tradução: Marta Guastavino. Barcelona: Ariel, 1997.

_____. *O império do direito*. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. *Uma questão de princípio*. Tradução: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ENTERRÍA, Eduardo García. *Reflexiones sobre la ley y los principios generales del derecho*. Madrid: Civitas, 1986.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceitos de Princípios Constitucionais - Elementos para uma dogmática constitucionalmente adequada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999

- GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação / aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- MOURULLO, Gonzalo Rodríguez. *Aplicación judicial del derecho y lógica de la argumentación jurídica*. Madrid: Civitas, 1988.
- NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- PECES – BARBA, Gregório. *La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho*. Madrid: Dykinson, 2003.
- PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*. Tradução: Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 4ª ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.
- _____. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- SOARES, Ricardo Maurício Freire. *A nova interpretação do Código brasileiro de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- _____. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- _____. *Hermenêutica e interpretação jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- _____. *Elementos de Teoria Geral do Direito*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- TAVARES, André Ramos. *Direito constitucional econômico*. São Paulo: Método, 2003.
- VALDÉS, Joaquín Arce y Flórez. *Los principios generales del derecho y su formulación constitucional*. Madrid: Civitas, 1990.
- WRÓBLEWSKI, Jerzy. *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*. Madrid: Civitas, 1988.
- ZIULU, Adolfo Gambino. *Derecho constitucional: principios y derechos constitucionales*. Buenos Aires: Depalma, 1997.

OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Valdirene Ribeiro de Souza Falcão

Doutoranda em Direito do Estado – USP/SP; Mestre em Direito do Estado – USP/SP; professora de Direito Constitucional – Universidade Mackenzie – Graduação; Juíza Federal.

INTRODUÇÃO

Este texto tem como objetivo precípuo realizar um breve estudo sobre o papel do princípio da dignidade da pessoa humana na Constituição de 1988 e, ao mesmo tempo, abordar a importância deste princípio como sustentáculo do sistema constitucional.

Para tanto, parte-se da análise da expressão “direitos fundamentais” e das diversas acepções presentes na doutrina e no texto constitucional para caracterizá-los. Em seguida, busca-se identificar a relevância desses direitos como corolários do princípio da dignidade da pessoa humana, o papel desse princípio como cânone do direito constitucional e a sua incindível ligação com os direitos fundamentais. O estudo demonstra, ainda, que o princípio da dignidade da pessoa humana não pode ser visualizado como um mero apelo ético e que vem a ser imprescindível a sua concretização, por meio de um constante e renovado trabalho de interpretação e aplicação, de modo que alcance a máxima efetividade.

Tratar-se-á do caráter deontológico e axiológico da dignidade da pessoa humana como valor unificador dos direitos fundamentais, caráter que teve início com a Constituição Federal de 1988, uma vez que esta reconhece os direitos fundamentais com o intuito de proteger e concretizar a dignidade vital da pessoa humana. Após essas colocações, partir-se-á para a análise das projeções jurídicas do princípio da dignidade humana na Constituição de 1988.

O texto foca a íntima e indissociável vinculação entre a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais como um dos postulados no qual se assenta o Direito Constitucional atual.

1. A EXPRESSÃO “DIREITOS FUNDAMENTAIS” E AS DIVERSAS ACEPÇÕES PRESENTES NA DOCTRINA E NO TEXTO CONSTITUCIONAL

O termo “direitos fundamentais”,¹ como bem assinala Jorge Miranda (2000, p. 51), advém da Constituição de Weimar,² que se generalizou por várias constituições, entre elas, a Constituição portuguesa de 1976 e a Constituição brasileira de 1988. No texto constitucional brasileiro, existe uma diversidade de nomenclaturas para identificá-los, como: “direitos humanos” (art. 4º, II, e art. 7º); “direitos e garantias fundamentais” (Título II e art. 5º, § 1º); “direitos e liberdades constitucionais” (art. 5º, LXXI); “direitos e garantias individuais” (art. 60, § 4º, IV); “direitos e liberdades fundamentais” (art. 5º, XLI); e, finalmente, “direitos fundamentais da pessoa humana”, (art. 17).

Tais locuções, apesar de serem utilizadas como se tivessem semelhança de significação, não se confundem, uma vez que a expressão “direitos fundamentais” deve ser utilizada para os direitos “jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espaço-

1 O exame dos direitos fundamentais tem sido assunto recorrente por parte dos doutrinadores e pesquisadores do Direito Constitucional, tanto que há diversas obras que tratam de sua origem, desenvolvimento, história, natureza e elementos de sua concretização. Na verdade, a grande preocupação em citar, identificar e classificar os direitos fundamentais dá-se em face da percepção de que a garantia daqueles representa a garantia da dignidade da pessoa humana, um vínculo de correlação, porquanto o efetivo cumprimento e garantia dos direitos fundamentais representa e concretiza os fundamentos do Estado Democrático de Direito.

2 Na presente análise, tem-se presente que a aferição de forma isolada de alguns direitos fundamentais, sem uma devida sistematização, não transforma um texto constitucional em uma Constituição Social, tanto que a Constituição Política do Império do Brasil de 1824, ao prever no art. 179, XXXII, “A Instrução primária, e gratuita, a todos os Cidadãos” sem a devida previsão dos demais direitos sociais, não pode ser identificada como uma Constituição Social. A doutrina, de forma majoritária, ao tratar da origem do constitucionalismo social, tem prescrito que essa nova fase do constitucionalismo teve início com a Constituição Mexicana e com a Constituição de Weimar, de 1919. A Constituição Mexicana era composta por 136 artigos, e representava o reconhecimento e a positivação em um texto constitucional dos anseios e reivindicações da Revolução Mexicana, que teve início nos idos de 1910. Também a Constituição de Weimar teve origem após um período de grandes transformações sociais, advindas da vitória de Bismarck na guerra franco-prussiana de 1870. Com 165 artigos, era composta por dois livros, sendo que o Livro II tratava dos “Direitos e Deveres Fundamentais do Cidadão Alemão”. Tal livro garantiu tanto liberdades públicas como direitos sociais e inspirou vários textos constitucionais no mundo, como a Constituição brasileira de 1934.

temporalmente [...], direitos objetivamente vigentes numa ordem jurídica concreta” (CANOTILHO, 2003, p. 393), ou seja: direitos do homem reconhecidos e positivados no âmbito do Direito Constitucional vigente dos Estados, ao passo que a locução “direitos humanos” deve ser utilizada para se referir aos direitos da pessoa humana presentes em documentos de Direito Internacional. As demais expressões relacionam-se aos direitos fundamentais. Essa diversidade de locuções não é capaz, por si só, de afastar as classes de “direitos fundamentais” e “direitos humanos”; apenas assinala o âmbito de análise deles, quer no direito internacional quer no direito constitucional de um Estado específico.

A nossa Constituição Federal de 1988 incluiu os direitos e garantias fundamentais no Título II, arts. 5º a 17º, subdividindo-os em cinco capítulos: direitos individuais e coletivos, capítulo que engloba os direitos e garantias; direitos sociais; direitos de nacionalidade; direitos políticos; e partidos políticos. Os direitos fundamentais, no entanto, não ficaram circunscritos apenas a estes capítulos; também temos no Título VIII diversos direitos fundamentais, como o direito à saúde (arts. 196 a 200); o direito à educação (arts. 205 a 214); o direito à cultura (arts. 215 e 216); o direito do meio ambiente (arts. 225), entre outros. A doutrina, nas últimas décadas, passou a classificá-los em gerações em face das etapas que os mesmos vivenciaram ao longo de séculos. O criador desse conceito foi Karel Vasak (1982), com a aula inaugural proferida em 1979 no Instituto Internacional dos Direitos Humanos, em Estrasburgo (França), sob o título “Pour les droits de l’homme de la troisième génération: les droits de solidarité” (“Pelos direitos do homem da terceira geração: os direitos de solidariedade”, trad. livre). Diz-se que a inspiração de Vasak partiu das palavras presentes na bandeira francesa “Liberdade, igualdade e fraternidade”, tendo acrescentado à última palavra, “fraternidade”, a solidariedade. O autor buscou, com essa classificação, marcar a passagem do tempo e a evolução do reconhecimento dos direitos fundamentais, que passa do individual ao solidário.

Nesse sentido, o constitucionalismo moderno de matriz ocidental é a história da aquisição de direitos fundamentais, da conquista de direitos após séculos de regimes absolutistas e de regimes políticos totalitários e autoritários de vários matizes. A classificação de Karel Vasak identifica os direitos de 1ª geração, como os direitos individuais,

consubstanciados nos direitos e garantias individuais e políticos (são as denominadas “liberdades públicas”). Os direitos de 2ª geração, por sua vez, seriam os direitos econômicos, sociais e culturais, surgidos no início do século XX, que tinham como primado a busca pela igualdade social. Na sequência, temos os direitos de 3ª geração, também denominados “direitos de solidariedade ou fraternidade”, que dizem respeito à necessidade de se tutelar o meio ambiente, os consumidores, o desenvolvimento de povos e nações; enfim, trata-se de “novos direitos”, de natureza específica, haja vista que protegem direitos difusos e coletivos.

2. O CARÁTER DEONTOLÓGICO E AXIOLÓGICO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Indica Robert Alexy (2001, p. 138) que os princípios e os valores encontram-se intimamente vinculados, tanto que se pode falar em colisão de princípios e valores, assim como se pode falar da ponderação de princípios e valores; ou, mais ainda, que a efetivação, cumprimento gradual de princípios, tem sua equivalência na efetivação, cumprimento gradual dos valores. A despeito da existência dessas semelhanças, eles se distinguem. Essa distinção é apontada por G. H. Von Wright, o qual indica que os conceitos práticos se dividem em: deontológicos, axiológicos e antropológicos (ALEXY, 2001, p. 139).

Robert Alexy restringe-se a desenvolver os conceitos “dever-ser”, conceito deontológico, e “bom”, conceito axiológico. O autor identifica os princípios como mandatos de otimização, que são, portanto, conceitos deontológicos;³ enquanto os valores devem ser incluídos na dimensão axiológica, o que pode ser qualificado como “bom” (ALEXY, 2001, p. 142). As valorações, dessa forma, podem se apoiar em um ou mais critérios de valoração, que podem vir a ser sopesados para se atingir um resultado final já que têm um caráter contraposto. A aplicação de critérios de valoração, os quais devem-se

3 Os conceitos deontológicos são de mandado, proibição, permissão e direito a algo. Podem ser referidos a um conceito deontico fundamental, do mandado ou dever-ser. Os conceitos axiológicos, por sua vez, são identificados como algo que é bom. Nesse sentido, utiliza-se um termo axiológico quando se refere ao belo, ao valente, ao seguro, ao econômico, ao democrático, ao social, entre outros conceitos axiológicos. Por fim, podemos classificar como conceitos antropológicos aqueles que se referem à vontade, à necessidade, ao interesse, à decisão e à ação, como bem preleciona Robert Alexy (2001, p. 100-109).

sopesar, responde à aplicação de princípios, enquanto as regras de valoração referem-se àqueles critérios que não se precisa sobrepesar (ALEXY, 2001, p. 144).

Sendo assim, pode-se dizer que a diferença entre princípios e valores se reduz a um ponto, o que, no modelo de valores, *prima facie*, é o melhor, e, no modelo de princípios, *prima facie*, é o devido; e o que é, no modelo dos valores, definitivamente o melhor, é, no modelo dos princípios, o definitivamente devido. Assim, os valores e os princípios diferenciam-se em virtude de seu caráter axiológico e deontológico, respectivamente (ALEXY, 2001, p. 100).

Deve ser aferido à dignidade da pessoa humana tanto um caráter deontológico como axiológico; e é nesse sentido que a doutrina constitucional pátria a concebe, como princípio do ordenamento constitucional pátrio, com conteúdo valorativo. Luís Roberto Barroso (2001, p. 25), ao se posicionar sobre esse aspecto, afirma que, na era pós-positivista, os princípios constitucionais passaram a ser a síntese dos valores que refletem as ideologias da sociedade, seus fins e seus postulados básicos.

Os princípios traduzem-se como normas e têm uma dimensão valorativa, maior ou menor, que a doutrina reconhece e a experiência consagra – consagração verificada pela sua positivação nos textos constitucionais, que passam à esfera decisória dos arestos até constituírem com estes aquela jurisprudência principal, conforme ensina Paulo Bonavides (2000), que se reporta, com toda a argúcia, a García de Enterría. Por isso, afirma-se, conforme as lições de Gordilho Cañas, que a Constituição agrupa uma “ordem objetiva de valores”, e isso acontece desde o momento em que a dignidade da pessoa humana e os direitos de personalidade passaram a figurar como esteios da “ordem política e da paz social”. Dessa forma, a Constituição é a “expressão do consenso social sobre os valores básicos” (BONAVIDES, 2000, pp. 289-290), sendo os princípios estampados nesses valores o critério mediante o qual se mensuram todos os conteúdos normativos do sistema.

3. O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO VALOR UNIFICADOR DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Impende considerar que a Constituição reconhece os direitos fundamentais com o objetivo de proteger a dignidade essencial da pessoa humana, tanto que esses direitos realizam-se por meio

da antevisão e proteção de ângulos específicos ou de esferas determinadas da existência e da atividade humana. Essas esferas e áreas da vida humana dizem respeito tanto à dimensão individual quanto à dimensão social desses direitos. Nessa conjectura, os direitos fundamentais, apesar de se apresentarem como aspectos da dimensão humana – correspondentes a valores diversos e distintos, como liberdade, igualdade, integridade e vida – reclamam uma coesão que não é obtida pelo estabelecimento de prioridades, mas sim encontrada e “construída dialeticamente, em referência ao princípio da dignidade da pessoa humana” (ANDRADE, 2004, 108).

A Constituição eleva o princípio da dignidade à posição de norma das normas dos direitos fundamentais, situado no mais alto posto da hierarquia jurídica do sistema constitucional como princípio fundamental da República Federativa do Brasil. Essa posição lhe confere densidade jurídica máxima no sistema constitucional pátrio e é capaz de compendiar a unidade material da Constituição e de todo o sistema jurídico e, nessa medida, estabelecer limites à ação do Estado; proteger a liberdade humana em todas as suas searas contra toda e qualquer forma de abuso ou arbítrio das autoridades estatais; e consubstanciar em uma diretriz do direito constitucional e infraconstitucional.

O princípio da dignidade da pessoa humana atua, portanto, como valor unificador dos direitos fundamentais e fundamento do Estado Democrático de Direito. Essa unidade material representada ante os direitos fundamentais é identificada por José Carlos Vieira de Andrade (2004, p. 100) como unidade do sistema dos direitos fundamentais, lição aplicável ao nosso sistema em face da similaridade da Constituição brasileira de 1988 com a Constituição portuguesa de 1976. Essa unidade é conseguida em razão da primazia dos direitos fundamentais, ante os demais direitos previstos na CF88, não sendo a inclusão desses direitos colocada de forma casual, mas sim tendo como ponto de partida o reconhecimento da pessoa humana como ser autônomo; e sua dignidade reconhecida como princípio fundamental da ordem constitucional.

Nessa contextura, o princípio fundamental inscrito no inciso III do art. 1º da Constituição de 1988 há de ser identificado como um princípio-valor que está na base do estatuto jurídico das pessoas e que confere unidade de sentido ao conjunto dos preceitos relativos aos direitos fundamentais. Esses preceitos não se justificam

isoladamente pela proteção de bens jurídicos isolados; só ganham sentido enquanto ordem que manifesta o respeito pela unidade existencial de sentido que cada homem é para além dos seus atos e atributos (ANDRADE, 2004, pp. 100-108).

Seguindo – pelo menos, assim indica – essa mesma linha de entendimento, vale lembrar a lição de Jorge Miranda (2000, p. 180), o qual diz que, para além de um caráter compromissário da Constituição, confere esta “uma unidade de sentido, de valor e de concordância prática ao sistema de direitos fundamentais. E ela repousa na dignidade da pessoa humana, proclamada no art. 1º, ou seja, na concepção que faz da pessoa fundamento e fim de sociedade e do Estado”. Nesse sentido, podemos afirmar que, nos direitos fundamentais, manifesta-se um núcleo de existência humana, decorrente da dignidade da pessoa; e é em face dessa manifestação que as garantias, os direitos e as liberdades encontram sua fonte na dignidade humana.

Aponta Jorge Miranda (2000, p. 182) que “para além da unidade do sistema, o que conta é a unidade da pessoa”: a pessoa, nos termos das lições kantianas, existe como fim, não podendo ser empregada como meio, por ela mesma ou por qualquer outra pessoa (KANT, 1980, p. 228). Nessa acepção, ensina José Afonso da Silva (1998, pp. 89-94), a pessoa encontra-se no “centro de imputação jurídica e por isso, o Direito existe em função dela e para propiciar seu desenvolvimento”. A pessoa constitui a matriz, a base de todos os demais valores, funcionando a sua dignidade como critério de legitimidade do sistema jurídico constitucional. Também nesse sentido, aponta José Castán Tobeñas (1992, p. 89), “o postulado primário do Direito [...] é o valor próprio do homem como valor superior e absoluto, ou, o que é igual, o imperativo de respeito à pessoa humana”.

Ao reconhecermos a pessoa como “centro da imputação jurídica” e verificarmos a posição da posituação dos direitos que lhe são inerentes no texto da Constituição da República, observaremos que estes, em face da sua importância e primordialidade, encontram-se à frente dos demais títulos concernentes às funções, organizações, do Estado e de seus poderes. Essa forma de distribuir a matéria não é aleatória: ela demonstra a importância vital que se confere aos princípios fundamentais – principalmente ao da dignidade da pessoa humana, que há de ser respeitada e interpretada como referente a cada pessoa e a todas as pessoas. Nessa conjuntura, deve-se concluir que a Constituição, ao reconhecer a primazia dos direitos das pessoas ante

a organização política e a organização econômica, buscou demonstrar o caráter primário, essencial e primordial da dignidade da pessoa humana. Cumpre a esse princípio o papel de matriz jurídico-positiva dos direitos fundamentais, conferindo-lhes unidade e coerência.

É certo que nem todos os direitos fundamentais têm a sua fonte jurídico-positiva de forma imediata na dignidade da pessoa humana. Desse modo, podemos afirmar que a dignidade da pessoa humana é fonte direta do conteúdo dos direitos fundamentais, principalmente dos direitos à vida, à integridade física, à honra, à liberdade, à igualdade, entre outros; mas, em relação a outros direitos fundamentais apresenta-se essa conexão – melhor dizendo, vinculação – em menor grau os direitos sociais, econômicos e culturais presentes em nossa Carta Maior. Nesse sentido, ao sustentar que existe grau de vinculação dos direitos fundamentais ao princípio da dignidade da pessoa humana, ensina José Carlos Vieira de Andrade (2004, pp. 102-103) que parte dos direitos fundamentais é identificada como “explicitações de primeiro grau da ideia de dignidade”, a qual conforma toda a substância deles, como o direito à vida, à identidade e à integridade pessoal, à liberdade física e de consciência, por exemplo, tal qual, em termos gerais, os direitos pessoais consubstanciam em atributos jurídicos primordiais da dignidade do homem em toda sua concretude. Outros direitos derivam-se desse bloco de direitos “fundamentalíssimos”, o que os aproximam dos direitos naturais. Tais direitos também integram como verdadeiras “explicitações de segundo grau”, distadas igualmente pela singularidade das condições estruturais, sociais econômicas, políticas e ideológicas de determinada época. Nesse conjunto, identificam-se os direitos presentes na Constituição Federal de 1988, como: a liberdade de empresa; a participação nos lucros, ou resultados, desvinculada da remuneração, e, excepcionalmente, a participação na gestão da empresa, conforme definido em lei; o salário-família, pago em razão do dependente do trabalhador de baixa renda nos termos da lei; duração do trabalho normal não superior a 8 horas diárias e 44 semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho; direitos à habitação, à saúde, à segurança social, entre outros.

Não há dúvida de que, na Constituição de 1988, o reconhecimento da dignidade humana tem como corolário uma vasta gama de direitos fundamentais, sejam eles os individuais e coletivos presentes no art.

5º; os que versam sobre assistência aos desamparados presentes no art. 6º; os direitos à nacionalidade presentes no art. 12º; os direitos políticos presentes nos arts. 14 a 17; os direitos sociais, presentes nos arts. 6º e 193; os direitos solidários presentes nos arts. 3º e 225; e os que versam sobre a proteção à criança e ao adolescente, previstos no art. 227. Entretanto, não se pode ignorar que as situações subjetivas individuais representam uma projeção direta e imediata de tal princípio, independentemente do fato de se encontrar, de forma mais ou menos clara, um expresse reconhecimento em outras disposições da Constituição. Assim, pode-se afirmar que o direito à vida privada, à intimidade, à honra, à imagem, entre outros direitos individuais, aparece como consequência imediata da consagração da dignidade da pessoa humana.

4. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO PROJEÇÕES JURÍDICAS DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Enquanto o princípio da dignidade da pessoa exerce o papel unificador dos direitos fundamentais e informador da ordem jurídica constitucional e infraconstitucional, entre outros, os direitos fundamentais, em graus variáveis (como já defendido), representam especificações dessa dignidade da pessoa. Nessa medida, os direitos fundamentais apresentam um conteúdo ou, de algum modo, uma extensão da dignidade. Assim, ao se exigir o respeito e a proteção desta, por via de consequência, impõem-se também o respeito e a proteção dos direitos fundamentais. Como bem assinala Ingo Wolfgang Sarlet (2001, p. 88), os direitos fundamentais necessários à proteção desses direitos formam de forma simultânea “pressuposto e concretização direta da dignidade da pessoa [...] Sem liberdade (negativa e positiva), não haverá dignidade, ou, pelo menos, esta não estará sendo reconhecida e assegurada”.

É certo que os direitos fundamentais dependem, para a sua realização, de condições fáticas e jurídicas, consubstanciadas em fatores econômicos, sociais, políticos e históricos, mas essa efetivação não pode ignorar a dignidade da pessoa humana. Assim, quando estivermos diante da aplicação do princípio da igualdade, devemos aplicá-lo, levando-se em conta a dignidade, porque o direito à igualdade inscrito em nossa Carta Constitucional encontra seu fundamento direto na dignidade da pessoa humana, não sendo por outra razão que a Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948) consagrou que

todos os seres humanos são iguais em dignidade e direitos.⁴ Portanto, não há de se proteger apenas a dignidade de uma determinada pessoa, mas a dignidade de toda e qualquer pessoa, de forma isonômica; há de se coibir qualquer espécie de discriminação referente a origem, religião, sexo ou qualquer outro *discrímén* desprovido de razoabilidade, visto que a busca do tratamento isonômico não exclui a possibilidade de tratamento desigual, mas sim a de que este se processe de maneira injustificada e desarrazoada.

Foi através da proclamação da Declaração Universal dos Direitos do Homem, em resposta às atrocidades ocorridas na 2ª Guerra Mundial, que os direitos humanos passaram a ser positivados e consolidados entre os países que integram a Organização das Nações Unidas. Apesar de, originalmente, a declaração apresentar-se como uma norma de valor meramente moral, pois se restringia a indicar diretrizes a serem seguidas nesse assunto pelos Estados, a sua obrigatoriedade foi, posteriormente, consagrada pela Ata Final da Conferência Internacional sobre Direitos Humanos, celebrada em Teerã (1968), quando a Declaração de 1948 foi declarada obrigatória para a comunidade internacional.⁵

Nesses termos, deve a ordem jurídica primar pelo reconhecimento e proteção da igualdade em dignidade de toda e qualquer pessoa, para que se receba, por parte da sociedade, do Estado e de todos os seus órgãos, igual respeito. Preleciona Jesús González Pérez (1986, p. 96) que “tan atentatorio a la dignidad de la persona sería tratar desigualmente a los hombres como hombres, como no respetar las desigualdades que constituyen proyección de su personalidad en el libre ejercicio de los derechos a ella inherentes”.

4 Assim preleciona o preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948): “Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e dos seus direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo”. Já o art. 1º dessa declaração determina que: “Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos e, como são dotados pela natureza de razão e consciência, devem proceder fraternalmente uns para com os outros [...]” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948).

5 A Conferência Internacional de Direitos Humanos, ocorrida em Teerã (Irã) entre 22/4 e 13/5/1968, examinou os progressos alcançados nos 20 anos transcorridos desde a aprovação da Declaração Universal de Direitos do Homem. Declara solenemente que: “[...] 2. A Declaração Universal de Direitos Humanos enuncia uma concepção comum a todos os povos de direitos iguais e inalienáveis de todos os membros da família humana e *a declara obrigatória* para a comunidade internacional” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1968, grifo nosso).

Também se identifica, como explicitação da dignidade, o direito da liberdade. Kant, por diversas vezes, coliga esse direito à liberdade, tanto que pressupõe que o atributo da razão possibilita a liberdade. Dessa forma, a pessoa, por definição racional, é também livre e possui dignidade. O respeito à dignidade humana traduz-se pelo respeito à liberdade, mas aquela não se fundamenta apenas nesta e nos direitos a ela inerentes.

Além dos direitos à igualdade, à liberdade, também os direitos concernentes à integridade física e intelectual, bem como os direitos econômicos, sociais, culturais, os direitos políticos e os direitos de nacionalidade, tornam-se obrigatórios juridicamente, por serem essencialmente explicitações do princípio da dignidade da pessoa humana, que lhes dá fundamento e concreção. Tal afirmação encontra consonância nas lições de Jesús González Pérez (1986, p. 83), quando, ao se referir a quais direitos a dignidade da pessoa humana, positivada no art. 10 da Constituição espanhola de 1978, projeta-se, informa: “Los derechos fundamentales que el artículo 10, 1, considera ‘inviolables’ son inherentes a la dignidad de la persona; en ellos, se traducen y concretan las facultades que vienen exigidas por la dignidad, así como el ámbito que debe garantizarse a la persona para que aquella dignidad sea posible”.⁶ O princípio do respeito à personalidade é subjacente a todo e qualquer direito fundamental. Em todo direito fundamental, projeta-se a dignidade da pessoa humana, não apenas nos direitos que a Constituição qualifica de fundamentais, como aqueles presentes nos arts. 5º ao 17º: gozam da proteção os demais direitos fundamentais presentes nos demais capítulos da Constituição, como o direito à saúde e os direitos sociais (LUCAS VERDÚ, 1984, p. 97).

Nessa acepção, quando se consideram as projeções jurídicas do princípio da dignidade da pessoa humana, consubstanciadas nos direitos fundamentais, está se considerando a dignidade em todas as suas dimensões e em todas as suas especificidades. Com isso, a restrição desprovida de qualquer razoabilidade aos direitos fundamentais das pessoas; ou a lesão indevida que leve à degradação da pessoa a “coisa”; ou, ainda, a utilização da pessoa como “objeto”, encontra limites na dignidade da pessoa humana, que informa o

6 A Constituição espanhola de 1978 preleciona em seu artigo 10 que “La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”.

núcleo irreduzível de cada direito fundamental, pelo que a violação da dignidade da pessoa humana, em muitos casos, é simultaneamente lesão inconstitucional a um direito fundamental particular. Também a violação a um direito fundamental, estando em causa uma afetação significativa ilegítima da igualdade, da liberdade, e da integridade física e intelectual, implica, de alguma forma, lesão ao princípio da dignidade da pessoa humana (NOVAIS, 2004, pp. 62-63).

A Constituição de 1988 destaca-se por construir, em torno da pessoa humana, considerada em sua integridade, um completo mosaico de direitos. O direito à vida é o mais essencial deles, assegurado no art. 5º, *caput*. Integra-se este de elementos materiais (físicos e psíquicos) e imateriais (espirituais). No seu conceito, envolvem-se o direito à privacidade, o direito à integridade físico-corporal, o direito à integridade moral e, especialmente, o direito à existência (SILVA, 2002, p. 197). Quando esses elementos consubstanciadores do direito à vida não são respeitados, a dignidade da pessoa humana é atingida. Assim, tudo aquilo que externa e internamente possa consumir, diminuir, aquebrantar ou destruir a vida –ou, ainda, levar a pessoa a padecer de abalos físicos e psicológicos ou condições econômicas e sociais cruéis – desrespeita a dignidade da pessoa humana.

Esse respeito à dignidade é devido só pelo fato de ser pessoa humana. Em razão desse respeito, decorre a proibição da pena de morte, da tortura, da aplicação de penas corporais e também da utilização da pessoa para experiências científicas. Nesse diapasão, para resguardar a dignidade da pessoa humana, torna-se essencial “não tratar as pessoas de tal modo que se lhes torne impossível representar a contingência do seu próprio corpo como momento de sua própria, autônoma e responsável individualidade” (SARLET, 2001, pp. 89-90).

No tocante aos direitos à intimidade, à vida privada, à honra⁷ e à imagem inscritos no inciso X do art. 5º da Constituição – que se traduzem, respectivamente, na “esfera secreta da vida do indivíduo na qual este tem o poder legal de evitar os demais” (DOTTI, 1980, p. 69) ou no “modo de ser da pessoa que consiste na exclusão do conhecimento de outrem de quanto se refira à pessoa mesma”

7 Edílson Pereira Farias (2000, p. 109) afirma que: “No sentido objetivo, a honra é a reputação que a pessoa desfruta ante o meio social em que está situada: no sentido subjetivo, a honra é a estimação que a pessoa realiza de sua própria dignidade moral”.

(CUPIS, 1969, p. 115); na “vida interior que se debruça sobre a mesma pessoa, sobre os membros de sua família, sobre seus amigos, que integra o conceito de vida privada inviolável nos termos da Constituição” (SILVA, 2002, p. 207);⁸ no crédito e prestígio que cada pessoa deve ter no conceito social, ou seja, no “conjunto de qualidades que caracterizam a dignidade da pessoa, o respeito dos concidadãos, o bom nome, a reputação” (SILVA, 2002, p. 208);⁹ e, por fim, na “tutela do aspecto físico” (SILVA, 2002, p. 208), também há a presença de forma mediata da dignidade. Os fundamentos desses direitos radicam no princípio da dignidade da pessoa humana. De fato, a lesão a eles se traduz na lesão do valor da dignidade humana e representa, em consequência, um limite ao livre exercício dos outros direitos, principalmente os direitos concernentes à liberdade de manifestação do pensamento.

Sob outra perspectiva, esses direitos constituem um limite legítimo ao direito de informação e de manifestação do pensamento, porque não há de se permitir comportamentos suscetíveis de lesionar por si mesmos a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem de uma pessoa, de forma que atentem contra a dignidade. Violam a boa reputação, característica imprescindível do direito à honra de uma pessoa, as expressões, as notícias, por fim as formas de manifestação do pensamento que expressem o descrédito de uma pessoa ou que devam considerar-se meramente ofensivas em si.

Para além desses direitos, encontramos outros que apresentam vínculo direto e indissociável com a dignidade. Assim, se a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito, e

8 José Afonso da Silva (2002, p. 207) aponta que a tutela constitucional visa a proteger as pessoas de dois atentados particulares: “(a) ao segredo da vida privada; e (b) à liberdade da vida privada. O segredo da vida privada é condição de expansão da personalidade. Para tanto, é indispensável que a pessoa tenha ampla liberdade de realizar sua vida privada, sem perturbação de terceiros. São duas variedades principais de atentados ao segredo da vida privada, nota Kaysen: ‘a divulgação, ou seja, o fato de levar ao conhecimento do público, ou a, pelo menos, de um número indeterminado de pessoas, os eventos relevantes da vida pessoal e familiar; a investigação, isto é, a pesquisa de acontecimentos referentes à vida pessoal e familiar; envolve-se aí também a proteção contra a conservação de documento relativo à pessoa, quando tenha sido obtido por meios ilícitos’”.

9 Silva (2002, p. 208), no tocante às qualidades que identificam o direito a honra, acentua que: “É direito fundamental da pessoa resguardar essas qualidades. A pessoa tem o direito de preservar a própria dignidade – adverte Adriano de Cupis – mesmo fictícia, até contra ataques da verdade, pois aquilo que é contrário à dignidade da pessoa deve permanecer em segredo dela própria”.

o direito à dignidade constitui o seu fundamento, há de se respeitar os direitos políticos passivos, ativos, assim como os direitos decorrentes desses, como a nacionalidade e a cidadania respeitados. Assim, afirma Sarlet (2001, p. 94) que “a liberdade pessoal, como expressão da autonomia da pessoa humana (e, portanto, de sua dignidade), reclama a possibilidade concreta de participação na vontade geral”.

Outros direitos fundamentais, é certo, encontram-se de forma mediata ou imediata vinculados à ideia da dignidade da pessoa humana. Não obstante tal fato, sem prejuízo de outros exemplos que poderiam ser colacionados ao presente trabalho – para fins de especificar caso a caso o que representa essa vinculação –, o que importa, nesse momento, é a certeza da existência dessa estreita relação entre eles.

CONCLUSÃO

O reconhecimento, a proclamação e a institucionalização da dignidade da pessoa humana não foram concretizados em um pequeno espaço de tempo. A ideia de que os direitos de alguns deveriam ser direitos de todos demorou muitos séculos para ser interiorizada e aceita pelas sociedades politicamente organizadas, até se tornar um princípio constitucional. Com efeito, em resposta a um aglomerado de fatores de ordem social, moral e política e, principalmente, em face das barbáries praticadas durante a 2ª Guerra Mundial, em 1948 a dignidade da pessoa humana veio a ser proclamada pela Declaração Universal dos Direitos do Homem. Esse direito veio a ser positivado no Brasil como valor e princípio fundamental do Estado Democrático de Direito em 1988, com a Constituição da República, a qual representou um marco na abertura democrática.

A norma na qual se encontra presente o valor da dignidade da pessoa humana é um princípio e, por isso, é passível de ponderação. Sendo assim, pode vir a ser submetida à colisão, o que demonstra a inexistência do seu caráter absoluto.

A dignidade é característica inerente ao ser humano: mesmo quando este não é capaz de exercer a sua autonomia, em potencial possui dignidade. Todos devem receber igual respeito por parte dos demais membros da coletividade, bem como por parte do Estado.

A Constituição de 1988 foi a primeira na ordem constitucional brasileira a inserir “a dignidade da pessoa humana” como princípio fundamental do Estado Democrático de Direito. Seguiu esta

Constituição os paradigmas das constituições de Alemanha, Portugal e Espanha.

A posição do princípio entre os preceitos constitucionais demonstra a projeção da pessoa humana ante o Estado. A dignidade cumpre o papel do princípio, fundamento e guia da ordem constitucional. O respeito à dignidade da pessoa humana consubstancia-se em elemento legitimador da atividade estatal. A norma na qual se encontra inserida a dignidade da pessoa humana assume também o caráter de princípio que atua como um vetor interpretativo, devendo a atividade normativa e jurisprudencial orientar suas atividades em estrita observância a este. Esse princípio não exige somente que o Estado conforme suas ações e interprete as suas normas em consonância com ele; exige, principalmente, o respeito e proteção do ser humano e de seus valores. O princípio da dignidade da pessoa humana funciona, portanto, como limite e parâmetro da atividade estatal, fundamentando a relação entre o Estado e o indivíduo.

As diversas cláusulas constitucionais que compõem os direitos das pessoas humanas representam a maior expressão da dignidade.

Os direitos fundamentais são reconhecidos com o objetivo de proteger a dignidade da pessoa humana, pois representam aspectos específicos da dignidade que atuam perante esses direitos como valor unificador. O caráter primordial da dignidade resta demonstrado também em face da posição em que esta se encontra inscrita na Constituição. Os direitos fundamentais, ainda que em graus variáveis, encontra o seu fundamento na dignidade da pessoa humana. O direito à vida, à integridade física, à honra, à liberdade e à igualdade estão, de forma imediata, vinculados à dignidade. Enquanto princípio, a dignidade exerce o papel de matriz jurídico-positiva dos direitos fundamentais, conferindo-lhes unidade e coerência.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, Curitiba, v. I, 2001.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Malheiros, 2010.

CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CUPIS, Adriano de. Riservatezza e segreto (Diritto a). In: *Novissimo diggesto italiano*. Torino: UTET, 1969.

DOTTI, René Ariel. *Proteção da vida privada e liberdade de informação*. São Paulo: RT, 1980.

FARIAS, Edílson Pereira de. *Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus liberdade de expressão e informação*. 2ª ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000.

KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura e outros textos filosóficos*. São Paulo: Abril Cultural, 1980. Os Pensadores XXV

LUCAS VERDÚ, Pablo. *Estimativa y política constitucionales*. Madrid: Complutense, 1984.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional: Direitos fundamentais*. 3ª ed. Coimbra: Coimbra, 2000. T. IV.

NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais estruturantes da República portuguesa*. Coimbra: Coimbra, 2004.

PÉREZ, Jesús González. *La dignidad de la persona*. Madrid: Civitas, 1986.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. A dignidade humana como valor supremo da democracia. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 212, abr/jun. 1998.

TOBEÑAS, José Castan. *Los derechos del hombre*. 4ª ed. Madrid: Reus, 1992.

VASAK, Karel. *The international dimensions of human rights*. Paris: Unesco, 1982.

SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO: UM ESTUDO À LUZ DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA

Zuenir de Oliveira Neves

Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas);
Especialista em Direito Público pela Associação Nacional dos Magistrados
Estaduais (ANAMAGES) em convênio com o UniCentro Newton Paiva (MG);
Especialista em Direito Processual Civil pelo Centro de Atualização em Direito (CAD)
e Universidade Gama Filho (UGF); Especialista em Direito Constitucional
pelo Instituto de Educação Continuada – IEC PUC Minas.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A relação travada entre o público e o privado não significou carência de divergências, e a História só se fez síntese, porque comportou antíteses. Estas, entretanto, em sua maioria, foram baseadas em teorias unilaterais, que, apesar de importantes, revelaram no embate discursivo verdadeiros “diálogos de surdos”, à medida que valorizavam, ora o interesse dos déspotas (absolutismo), ora o do indivíduo, sem alcançar um “conceito de comunidade enquanto realidade portadora de uma essência, valor e fim superiores ao indivíduo” – liberalismo individualista – (MESSNER *apud* MARTINS FILHO, 2000), ora o da comunidade, sem atingir a “realidade total da pessoa humana, com seus fins suprassociais e o seu valor de ordem suprassocial” – coletivismo. (MESSNER *apud* MARTINS FILHO, 2000)

Nesse trajeto, conceitos jurídicos foram vulnerados e direitos violados em nome da defesa do que se concebia como interesse público. Este mesmo foi considerado como sendo, em determinados momentos, o “da maioria”; em outros, o “do Estado” e “da coletividade”.

Entretanto, atualmente, vozes têm se levantado, no sentido de afirmar que o termo “interesse público”, mesmo se tratando de um conceito jurídico indeterminado, deve ser interpretado a partir da exigência de proteção da pessoa.

Com relação à sua hierarquia, a supremacia e a indisponibilidade, tidas até então por axiomas utilizados em situações de contenção/

suspensão/supressão, enfim, de relativização dos direitos fundamentais pelos poderes estatais, alçados alhures à condição de tutores dos interesses coletivos, têm sido postas à prova por assertivas envolvendo as sub-regras da proporcionalidade do ato administrativo, consistentes na adequação, na necessidade e na proporcionalidade em sentido estrito.

No fluxo desse entendimento, o presente artigo visa a discorrer sobre as implicações trazidas pelo princípio da dignidade humana – por sua vez alçado a fundamento do Estado Democrático de Direito, conforme preleciona o artigo 1º, III, da CR/88 - sobre o conceito de interesse público e o princípio que o alberga, a saber: a supremacia sobre o interesse privado.

2. UMA DICOTOMIA INVENTADA: A CONTRAPOSIÇÃO ENTRE O PÚBLICO E O PRIVADO COMO REFLEXO DA NÃO CONSIDERAÇÃO DO BEM COMUM

A nosso ver, o critério da titularidade do interesse para diferenciar a categoria pública da privada não só nos induz à perigosa conclusão sobre uma contraposição, como também à crença na necessidade de superação de uma dicotomia, que – se considerada a definição desta palavra, pela ciência lógica, como “divisão de um conceito em dois outros, em geral, *contrários*, que lhe esgotam a extensão” (HOLANDA FERREIRA, 1993, p. 185) – não deveria ocorrer.

Caso se insista em definir o interesse público como sendo o “do Estado e das pessoas jurídicas de direito público, bem como o interesse de todos sem ser de nenhum particular” (GUSMÃO, 1995, p. 156), corre-se o risco de incursão no critério excludente de interesses privados, negador, por sua vez, da perspectiva aristotélico-tomista do bem comum, segundo a qual este é “o fim das pessoas singulares que existem na comunidade, como o fim do todo é o fim de qualquer de suas partes” (MARTINS FILHO, 2000).

Quando o Estado, na condição de gestor dos interesses da coletividade, impõe normas de conduta, fá-lo para manter ou restaurar as possibilidades de convivência da comunidade que o alçou a tal missão. Mas isso não o autoriza a, encarnando os interesses da coletividade, furtar-se a conferir aos privados a eficácia pretendida pelo ordenamento, sob o argumento de superioridade do interesse público, pena de arranhadura do bem comum.

Se é correto dizer que cabe ao Estado gerir os interesses da coletividade, impondo condutas para garantia do bem comum, não é razoável pré-admitir-se que aquilo a que correntemente se chama de interesse público seja superior e, dessa forma, possa opor-se ao que se denomina interesse privado, e vice-versa, porque ambos hão de se relacionar de forma inclusiva, ou seja, garantindo-se reciprocamente, a partir das noções elementares do bem comum: a finalidade, a bondade, a participação, a comunidade e a ordem.¹

O contrário disso é interesse egoístico, que não se coaduna com a premissa segundo a qual, desde que o homem existe, coexiste e convive, a viabilidade de qualquer interesse que veicule depende do agir pautado na solidariedade, mínimo *necessário* à existência e à estabilidade de qualquer organismo social e conteúdo objetivo do bem comum².

Conclui-se que a falsa noção de contraposição entre o interesse público e o privado é reflexo do agir não-orientado ou semiorientado à consecução do bem comum. Assim,

Para fundamentar qualquer teoria social, é peça de fundamental importância o Princípio do Bem Comum. Ao contrário do que se possa pensar, não é um princípio meramente formal ou demasiadamente genérico e teórico, sem conteúdo determinado, mas um princípio objetivo, que decorre da natureza das coisas e possui inúmeras consequências práticas para o convívio social (MARTINS FILHO, 2000).

3. A CONSECUÇÃO DO BEM COMUM DEPENDE DO PROCESSO HISTÓRICO

Mas a deficiência no agir em conformidade com o bem comum não poderia constituir negativa ao caráter dinâmico da história e à necessidade de mudanças direcionadas à garantia de novos direitos e, enfim, da dignidade.

Assim, por exemplo, é que o próprio contexto social de insatisfação com os métodos parciais de solução das controvérsias

1 A respeito, ver Martins Filho (2000).

2 Segundo Alceu Amoroso Lima “a alma do Bem Comum é a Solidariedade. E a solidariedade é o próprio princípio constitutivo de uma sociedade realmente humana, e não apenas aristocrática, burguesa ou proletária. É um princípio que deriva dessa natureza *naturaliter socialis* do ser humano” (LIMA *apud* MARTINS FILHO, 2000).

individuais, consistentes na autotutela (ou autodefesa) e na autocomposição (desistência, submissão e transação), presentes desde os primórdios civilizacionais, possibilitou a transição para a justiça pública, cuja legitimidade se estende aos dias atuais. Essa passagem permitiu a atribuição da função ordenadora ao Estado, cuja ingerência nas relações privadas se deu, primeiramente, por meio de árbitros supostamente imparciais, e, num segundo momento, pelo surgimento de legisladores imbuídos da função de formular parâmetros obrigatórios de julgar.

Da mesma forma se deu com o desenvolvimento do individualismo liberal, alicerçado pelo princípio da legalidade, e do regime jurídico-administrativo, calcado no princípio da supremacia do interesse público, que manteve verticalizada a relação entre Administração e indivíduo. O contexto de incontrolável personalização e patrimonialização absolutista do poder desaguou em reações que demandariam maiores garantias dos direitos individuais, mediante a limitação dos poderes do Estado.

Isso não implica dar atestado de perfeição aos novos sistemas que se instalavam – mesmo porque, sob o pálio da justiça pública e do Estado liberal, direitos vários foram violados sob o pretexto de garantia do interesse público –, mas, ao contrário, ressaltar que a relativa dicotomia não significou carência de divergências, e a História só se fez síntese, porque comportou antíteses. Estas, entretanto, em sua maioria, foram baseadas em teorias unilaterais que, apesar de importantes, revelaram, no embate discursivo, verdadeiros “diálogos de surdos”, à medida que valorizavam, ora o interesse dos déspotas (absolutismo), ora o do indivíduo, sem alcançar um “conceito de comunidade enquanto realidade portadora de uma essência, valor e fim superiores ao indivíduo” – liberalismo individualista – (MESSNER *apud* MARTINS FILHO, 2000), ora o da comunidade, sem atingir a “realidade total da pessoa humana, com seus fins suprassociais e o seu valor de ordem suprassocial” – coletivismo. (MESSNER *apud* MARTINS FILHO, 2000)

Por outro lado, por mais procedentes que sejam as críticas que denunciam manobras ideológicas nos dois exemplos acima citados – mormente no segundo, em que a ideia de unitarismo (um interesse, um gestor, um representante da vontade geral etc.) foi marcante – é necessário admitir que tanto a justiça privada quanto o poder absoluto não comportariam a mesma abertura para a defesa da

vida, da liberdade e da integridade físico-psíquica e que, portanto, violavam em maior intensidade o bem comum, porque atentavam contra a própria dignidade.

Por tal razão, cabe-nos, aqui, sem a pretensão de exaustão do tema, ilustrar alguns pontos relativos à conceituação da dignidade da pessoa humana.

4. POR UMA TENTATIVA DE DEFINIÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Primeiramente, a dignidade da pessoa humana, dada a sua abstração, é um conceito jurídico-normativo aberto. Sendo assim, qualquer tentativa de definição sua corresponde a um projeto ambicioso, caso sejam consideradas as mudanças de entendimento que o termo experimenta, dependendo dos tipos de sociedades que o evocam.

Atento a esse detalhe, consistente nas diferenças entre os povos, Boaventura Santos, citado por Sarlet (2007), partindo da premissa segundo a qual nem todas as sociedades vinculam a noção de dignidade à ideia de direitos humanos, afirma a necessidade do “diálogo intercultural a partir de uma hermenêutica diatópica”. Segundo Sarlet (2007), “não se pretende alcançar uma completude em si mesma inatingível, mas sim ampliar ao máximo a consciência da incompletude mútua entre as diversas culturas por meio do diálogo”, no intuito de evitar o que se denomina localismo globalizado, consistente na imposição de valores do ocidente a culturas outras, tais quais a hindu e a muçulmana. Para tanto, faz-se necessário tanto o reconhecimento recíproco, como o direito a ser igual quando a diferença inferioriza e a ser diferente quando a igualdade descaracteriza.

Premidos, porém, pela necessidade de desenvolvermos uma conceituação jurídica para a dignidade da pessoa humana, iniciamos nosso mister admitindo que o conteúdo da Declaração dos Direitos do Homem, embora iniciado há três séculos, com as revoluções burguesas e as declarações que lhes seguiram, transpassa o mundo ocidental. Seu artigo primeiro, segundo o qual “todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos, são dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade”, vem a ser a coroação de um processo transcultural evolutivo inevitável.

Assim é que Ingo Sarlet, após admitir a dificuldade conceitual aqui apontada e a validade das ideias de Boaventura Santos sobre as questões relacionadas à universalidade e ao multiculturalismo dos direitos humanos, define o instituto como sendo:

A qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que proteja a pessoa contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano e venha a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos. (SARLET, 2007)

A definição acima considera a dignidade humana em sua inalienabilidade e não se restringe à tese do homem-objeto. Acolhe a tese kantiana do homem como fim em si mesmo, além de elucidar o instituto nas dimensões ontológica – a dignidade transcendendo o reconhecimento pelo direito, existindo antes dele – e comunitária – a dignidade tendo por núcleo a ideia de pluralidade e de intersubjetividade, o que, segundo Hannah Arendt, citada por Sarlet (2007), constitui “a condição – não apenas a *conditio sine qua non*, mas a *conditio per quam* – de toda a vida política”.

Para José Afonso da Silva, a dignidade da pessoa humana encerra conteúdo normativo-constitucional denso e eficaz, consistindo no “valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida” (SILVA, 2002, p. 105).

André Ramos Tavares (2003), por sua vez, não concebe a existência de um direito fundamental à dignidade, embora vislumbre nesta não só a base dos direitos fundamentais constitucionalmente especificados, como também a fonte daqueles não mencionados no texto maior. Acolhe a tese de Perez Luño sobre os aspectos negativo e positivo do princípio, o primeiro, vedando qualquer tipo de tratamento degradante, o último, garantindo o pleno desenvolvimento da personalidade.

Por fim, Alexandre de Moraes, estribado na inalienabilidade da dignidade, entende-a como:

Um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável

da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos. (MORAES, 2002, p. 50)

Como se percebe, o “termômetro” indicativo da lisura do bem comum relaciona-se com o respeito à dignidade, principalmente nas sociedades ocidentais, onde a expressão encontra relação intrínseca com os direitos fundamentais.

Assim, em corroboração com as teses expostas, entende-se a dignidade da pessoa humana como *a propriedade valorativa inalienável, dotada de densidade e eficácia constitucional, a qual se constitui a base dos direitos fundamentais do indivíduo que vive num ambiente plural e comunitário e ostenta a qualidade de sujeito de direitos e deveres em relação ao Estado e ao corpo social a que pertence.*

5. A IMPORTÂNCIA DA DIGNIDADE HUMANA NO PÓS-POSITIVISMO

Atrelada à apreensão histórica da noção do bem comum, ganha relevância, a partir do constitucionalismo da segunda metade do último século, a influência da perspectiva dita personalista.

Não mais se deve considerar o homem como ser abstrato, autônomo e titular de uma liberdade negativa (concepção liberal), nem animal político, atado a um grupo social – parte de um todo -, que, algures, submetia-se a um poder superior negador do direito à liberdade e à igualdade naturais (concepção organicista aristotélica).

No magistério de Sarmento:

A ótica que prevalece nesta matéria no constitucionalismo contemporâneo é a do personalismo, que busca uma solução de compromisso entre as concepções individualista e coletivista. O ser humano é considerado um valor em si mesmo, superior ao Estado e a qualquer coletividade à qual integre. Mas, de outra banda, o homem que se tem em vista é um ser palpável, histórica e geograficamente situado, que partilha valores e tradições com seus semelhantes e que tem necessidades que devem ser atendidas. É o homem que não apenas vive, mas convive. (SARMENTO, 2003, p. 69)

Assim, o “novo constitucionalismo”, sob os auspícios da doutrina filosófica personalista, passa a encarar o homem como ser concreto, cuja dimensão coletiva, a despeito de autorizar eventuais restrições a direitos reconhecidamente constitucionais, desde que respeitada a proporcionalidade, não o afasta do contexto da máxima eficácia dos direitos e garantias fundamentais, constante do art. 5º, § 1º, da CR/88, que impõe o implemento do mínimo existencial.

Em tais circunstâncias, desponta, no epicentro da discussão, o princípio da dignidade humana, alçado a fundamento do Estado Democrático de Direito, conforme preleciona o artigo 1º, III, da CR/88, embora a preocupação com sua noção remonte à era judaico-cristã³.

Desde então, a pós-modernidade tem presenciado o surgimento de teorias jurídicas que tomam a justiça por fundamento do direito positivo, consentâneas, por sua vez, com as necessidades de um neoconstitucionalismo principialista, adotante do pós-positivismo como paradigma filosófico que confere força normativa à Constituição e supera a legalidade estrita, sem, no entanto, reduzir o direito à moral.

Diz-se, sobretudo, que a neutralidade e a objetividade visadas pelo positivismo kelseniano, pretensamente desvinculado da moral e da política, e equiparador da legitimidade, da validade e da vigência, na busca de certeza jurídica, não contiveram os desmandos hitleristas e fascistas, de ampla justificação legal e apoio popular.

Foi com a derrocada ítala e germânica que, no contexto do pós-guerra, resgatou-se definitivamente o compromisso humanista, assumido pelas revoluções dos setecentos, e se aferiu a necessidade de efetivação dos direitos fundamentais, por sua vez fundados na dignidade humana, fator este atribuidor de justificação ética ao Estado, cujo poder é limitado pela Constituição.

Entre as funções do mencionado princípio, destacam-se a de legitimador ético da Constituição, bem como a de limitador e norteador da atuação do Estado, sem contar o papel hermenêutico unificador da ordem jurídica, que desempenha⁴.

Em razão da importância atualmente conferida ao Princípio da Dignidade Humana na pós-modernidade, tem-se problematizado não só o termo “interesse público”, como também as alegações sobre

3 Segundo Sarmiento, “a ideia de dignidade assenta raízes na tradição do pensamento judaico-cristão, a partir da concepção do homem como ser criado à imagem e semelhança de Deus”. (SARMENTO, 2003, p. 61).

4 A respeito, ver Sarmiento (2003, pp. 70-73).

sua superioridade. As teorias que questionam o conceito de interesse público e a supremacia, tendo em vista o papel desempenhado pelo Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, vêm a ser, sem margem de dúvidas, posturas afinadas com o fenômeno neoconstitucionalista da “filtragem”, segundo o qual procede-se à releitura teleológica e sistêmica do direito – *ex vi* da legalidade enquanto juridicidade, constitucionalidade ou legitimidade, levando-se em conta a força normativa atribuída às bases do regime jurídico administrativo, de cujos princípios implícitos e explícitos decorrem, diretamente, direitos subjetivos.

Se o exposto acima elucidado, em breves linhas, o papel desempenhado pelo princípio da dignidade humana no contexto pós-positivista, pouco esclarece sobre o que vem a ser interesse público. Urge, aqui, buscar a conceituação jurídica do termo, para enfim tratar da relação entre a alegada supremacia e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

6. POR UMA DEFINIÇÃO JURÍDICA DO TERMO “INTERESSE PÚBLICO”

Assim como a dignidade da pessoa humana, o interesse público é, também, um conceito jurídico indeterminado.

A doutrina italiana costuma enumerar duas espécies de interesse público: o primário, cuja titularidade é da sociedade, e o secundário, da administração. A crítica corrente a essa teoria se dá no sentido de que o interesse da administração só se torna público, caso coincida com aquele que é inerente à sociedade. Diz-se que o interesse público só é aferível em cada caso concreto e que sua indisponibilidade há de estar relacionada às demandas do cidadão, cuja satisfação nem sempre se reduz a interesses financeiros. Segundo se afirma, isso não significa que tudo pode ser transacionado, porque o interesse público continua sendo indisponível. O critério a ser utilizado para evitar excessos é a proporcionalidade.

A definição do interesse público como sendo o da sociedade pode conduzir a medidas autoritárias, tornando-se temerária pela possibilidade de desconsideração de interesses individuais específicos.

Alice Gonzalez Borges, na linha de Rousseau, que identifica na vontade geral o que de comum existe entre as vontades individuais, concebe o interesse público como:

Um somatório de interesses individuais coincidentes em torno de um bem da vida que lhes significa um valor, proveito ou utilidade de ordem material ou moral, que cada pessoa deseja adquirir, conservar ou manter em sua própria esfera de valores e que passa a ser público quando dele participa um tal número de pessoas que o mesmo passa a ser identificado como um querer valorativo predominante na comunidade. (BORGES, 2007)

O problema da definição dada acima é o critério adotado, a saber: o da maioria. A autora aproveita o ensejo para citar Hector Jorge Escola e acaba insistindo na definição do interesse público enquanto resultado de uma maioria coincidente, admitindo, inclusive, a imposição do querer valorativo à minoria dissidente, desde que operada a contrapartida pela conversão em outro valor análogo.

Diga-se de passagem que todos os exemplos, por ela fornecidos, de compensação do sacrifício dos interesses particulares, reduziram-se à indenização pecuniária. Ora, o interesse público não pode ser definido como sendo o da maioria, porque a supercomplexidade social e a exigência de defesa e de socialização das minorias não o permitem. Além disso, o sacrifício imposto ao interesse das minorias nem sempre se reduz à pecúnia.

Celso Antônio Bandeira de Mello (2004) nega a possibilidade da existência de antagonismo entre o interesse das partes e o do todo, razão esta que o leva a afirmar que nem todo interesse do Estado é público, além do fato de que os mecanismos de defesa deste poderiam ser acionados pelos particulares.

O interesse público é definido pelo autor como um aspecto do interesse das partes, malgrado a eventualidade de contrariedade sua a um dado interesse individual. Aduz, assim, que o interesse público é o “interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem é interesse do todo” (MELLO, 2004, pp. 50-59).

Porém, verifica-se que, a despeito de o autor pugnar pela inexistência de antagonismo entre o interesse público e o privado, sua definição, assim como a maioria das definições do interesse público, ainda é feita tomando a titularidade por critério, base essa que, por muito tempo, levou ao reiterado entendimento segundo o qual público é o interesse que não é privado.

Trata-se de definições atreladas à função do direito administrativo a partir do Estado liberal que, realmente, não seria capaz de assegurar direitos individuais sem impor limitação e se contrapor a algo, no caso, a supremacia desregrada do poder absoluto. O direito administrativo foi criado para, mediante a limitação de poderes, garantir direitos. Ironicamente, estes, ainda hoje, necessitam ser declarados pelo mesmo Estado, que carrega consigo uma história de opressão...

De fato, o interesse público não pode ser definido como sendo o do Estado, porque este é tão-só um elemento do espaço público, sendo precedido pela existência daquele, cuja satisfação é a sua razão de ser. Além do mais, as instituições estatais não detêm “carta branca” para restringir direitos, dada a ausência de cláusula geral que as permita. Mas, também, não é o fato de uma decisão ser tomada pelos indivíduos, na condição de membros sociais, que torna o interesse público, porque pode acontecer que tal deliberação, ainda que unânime – o que é difícil –, ofenda direitos fundamentais.

Acredita-se ser a atualidade o momento de mitigar o critério da titularidade como parâmetro para a definição do interesse público. Resta, aqui, a proposta de uma releitura pós-positivista do interesse público, que tome a dignidade humana por parâmetro de sua identificação. Assim, na linha do entendimento de Grande Júnior (2006), o interesse público é aquele para o qual a Constituição, cujo núcleo é a dignidade humana, foi projetada a realizar. Não é público porque tal ou qual autoridade disse que é, ou porque a soma das vontades individuais coincidentes ou os indivíduos, na qualidade de membros da sociedade, quiseram que fosse, mas porque fruto do respeito à máxima eficácia dos direitos fundamentais. Por abstrato, parece indeterminável, mas não o é, eis que sua detecção se faz pela análise articulada da realidade com as regras e os princípios próprios da Constituição ou da lei que com ela esteja conforme.

Assim, por que, antes de se pré-conceber a sobreposição do interesse do poder público ou da coletividade ao privado, num procedimento de desapropriação, não se equilibram os interesses dos possíveis beneficiados e daqueles, que, estando na iminência de serem despojados de sua propriedade, podem ter, inclusive, o valor moral que a ela atribuem sobrepujado? Afinal, a indenização constitucionalmente assegurada no artigo 5º, XXIV, ilide, de antemão, a obrigação do Estado de, sob a alegação de interesse social,

necessidade e utilidade públicas, conferir efetividade aos direitos individuais? Certamente que não.

7. A INVIABILIDADE DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO SOBRE O PRIVADO NO CONTEXTO DO ESTADO SOCIAL E DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A supremacia, tida até então por axioma utilizado em situações de contenção/suspensão/supressão, enfim, de relativização dos direitos fundamentais pelos poderes estatais, alçados, alhures, à condição de tutores dos interesses coletivos, tem sido posta à prova por assertivas envolvendo as sub-regras da proporcionalidade do ato administrativo, consistentes na adequação, na necessidade e na proporcionalidade em sentido estrito.

É que a Constituição não hierarquiza direitos fundamentais. Ao contrário, organiza-os sistêmica e harmonicamente, sem desconsiderá-los em suas diferenças, além de reputá-los intangíveis pelo Estado, com quem o homem, na modernidade, rompeu a relação de “vassalagem”, para ocupar a posição de cidadão. A mencionada diferença não comporta a existência de um fundamento absoluto para os direitos fundamentais, razão pela qual são eles considerados heterogêneos, e, assim, dificilmente integralizáveis em sua plenitude.

Sobre o caráter heterogêneo dos direitos fundamentais, vale a lição de Bobbio:

Os direitos sociais, que se realizam mediante obrigações positivas, e as liberdades tradicionais, que exigem obrigações negativas, um não fazer, são antinômicos, no sentido de que o desenvolvimento deles não pode proceder paralelamente, porque a realização integral de uns impede a realização integral dos outros. Dois direitos fundamentais, mas antinômicos, não podem ter, um e outro, um fundamento absoluto, ou seja, um fundamento que torne um direito e o seu oposto, ambos, inquestionáveis e irresistíveis. O fundamento absoluto não é apenas uma ilusão; em alguns casos, é também um pretexto para defender posições conservadoras. (BOBBIO, 1992, p. 33).

Uma vez constatada a antinomia, impõe-se a técnica da ponderação, realizável previamente pela própria Constituição, ou, ainda, mediante conformação legislativa, ou pelo poder judiciário, principalmente quando o órgão legiferante desconsidera princípios constitucionais.

O que não se admite é que haja a supremacia de tal ou qual interesse, porque é a mesma Constituição, que, considerada em sua unidade material e formal (ideias respectivas de relação total e de a-hierarquia entre os dispositivos), impõe uma relativização atenta à máxima eficácia dos direitos fundamentais face à existência do princípio da dignidade da pessoa humana.

Por tal razão, ousa-se discordar de Alice Gonzalez Borges (2007), que defende que a supremacia do interesse público, uma vez que já foi alvo de manipulações autoritárias, ao invés de ser desconstruída, há de ser reconstruída com base nos postulados constitucionais, só porque, segundo afirma, haveria um caos, caso a administração não pudesse se valer da imperatividade, da exigibilidade, da presunção de legitimidade dos seus atos e da auto-executoriedade.

A adoção de um princípio *a priori* da supremacia do interesse público toma a garantia da ordem, e não a dignidade humana, por fundamento da flexibilização dos direitos. A questão não pode se reduzir à reconstrução de uma supremacia. Trata-se da sua desconstrução, através do reconhecimento da possibilidade de flexibilização, não só dos interesses do indivíduo, como também os da coletividade e, inclusive, os do Estado, desde que considerada a dignidade humana como norte, conteúdo e condição dessa flexibilização, que ocorrerá no âmbito do devido processo legal, única circunstância sob a qual se pode atender o interesse público.

Por isso, autores há que negam a superioridade conferida ao interesse público, em verdadeira crítica ao “princípio” correlato⁵, que, segundo se afirma, vem a ser, em verdade, uma regra abstrata de preferência, verificável pela análise conjunta e ponderada com outros interesses. Criticam-no como princípio, dada a sua abstrata indeterminabilidade e incompatibilidade com a proporcionalidade e a concordância prática, bem como a ausência de fundamento de validade de que é acometido.

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A proeminência dos direitos fundamentais no constitucionalismo contemporâneo, porque atribuiu nova roupagem ao conceito de

5 Para mais informações, consultar o ensaio intitulado “Repensando o Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o particular”, de Humberto Ávila, que aponta limites conceituais e normativos ao qualificativo de princípio atribuído à supremacia do interesse público.

interesse público, fez com que este se aproximasse mais da ideia de bem comum, aqui brevemente abordada na perspectiva aristotélico-tomista, segundo a qual o todo e suas partes perseguem o mesmo fim, a felicidade. Fora dessa perspectiva, a relação de oposição não se dá entre os interesses público e privado, e sim entre o interesse egoístico e o bem comum, que foi contrariado em suas noções básicas de finalidade, bondade, participação, comunidade e ordem.

É nesse ponto que o princípio ético do bem comum e o princípio jurídico da dignidade humana convergem para conferir justificação ética ao Estado e não só demonstrar a ausência de superioridade do interesse público sobre o privado, como também a inexistência de dicotomia entre eles.

Se é que se pode dizer que há um titular do interesse público, este é de todos e de ninguém, e qualquer pretensão, seja ela individual, estatal ou coletiva, que não tome a dignidade humana como pauta não concretiza o interesse público.

A despeito de não se ver razão, nem para uma “dicotomia” (entendida como contraposição) entre o interesse público e o privado, e, muito menos, para sua superação, não se ignora a necessidade da técnica da ponderação em casos de colisão, dada a diversidade de fundamentos dos interesses envolvidos, medida essa que se justifica para que a persecução de um interesse não se converta no seu exercício egoístico, violador da noção de comunidade.

Foi atentando para esse detalhe que a Constituição de 1988 erigiu à condição de princípio a máxima eficácia dos direitos e garantias fundamentais, constante do art. 5º, § 1º, da CR/88, e, conforme se notou, torna-se impossível *pré*-afirmar a existência de um “Princípio da Supremacia do Interesse Público”, considerada a noção de unidade material e formal da Constituição (ideias respectivas de relação total e de a-hierarquia entre os dispositivos constitucionais).

Em termos amplos, a questão da dignidade humana e da supremacia do interesse público chega a ter pontos de contato com a discussão sobre a legitimação do poder político pelo direito, ou seja, a relação entre Têmis e Leviaatã, tão bem desenvolvida por Marcelo Neves em sua obra, que coloca a conciliação entre poder eficiente e direito legitimador como um dos problemas do Estado Democrático de Direito⁶.

6 Segundo Neves (2008, p. XVIII), “nesse tipo de Estado, Têmis deixa de ser um símbolo abstrato de justiça para se tornar uma referência real e concreta de

Em termos específicos, lida com a elevação do princípio da dignidade humana à condição de fundamento do Estado Democrático de Direito e a nova roupagem que se dá ao interesse público no constitucionalismo contemporâneo, que se concentra na pessoa concreta.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ÁVILA, Humberto. *Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o particular”*. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, Salvador, n. 11, nov. 2007. Disponível em: < <http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-11-SETEMBRO-2007-HUMBERTO%20AVILA.pdf>>. Acesso em: 05 jan. 2010.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. 240 p.

BORGES, Alice Gonzalez. *Supremacia do interesse público: desconstrução ou reconstrução?* Revista Diálogo Jurídico, Salvador, n. 15, mar. 2007. Disponível em: < <http://www.tudodireito.com.br/cesmac/supremacia.pdf>> Acesso em: 15 dez. 2009.

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

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 17ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2004. 751 p.

GRANDE JÚNIOR, Cláudio. *A proporcionalização do interesse público no direito administrativo brasileiro*. Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Brasília, p. 55-70, v. 18, n. 6, jun. 2006. Disponível em: <<http://www.trf1.gov.br>>. Acesso em: 10 dez. 2009.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução ao Estudo do Direito*. 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. 476 p.

HOLANDA FERREIRA, Aurélio Buarque de. *Minidicionário da Língua Portuguesa*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 1993. p. 185.

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. O princípio ético do bem comum e a concepção jurídica do interesse público. *Jus Navigandi*,

orientação da atividade de Leviatã. Este, por sua vez, é rearticulado para superar a sua tendência expansiva, incompatível com a complexidade sistêmica e a pluralidade de interesses, valores e discursos da sociedade moderna.”

Teresina, ano 5, n. 48, dez. 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11>>. Acesso em: 10 dez. 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 17ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. 960 p.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 12ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2002. 836 p.

NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008. 354 p.

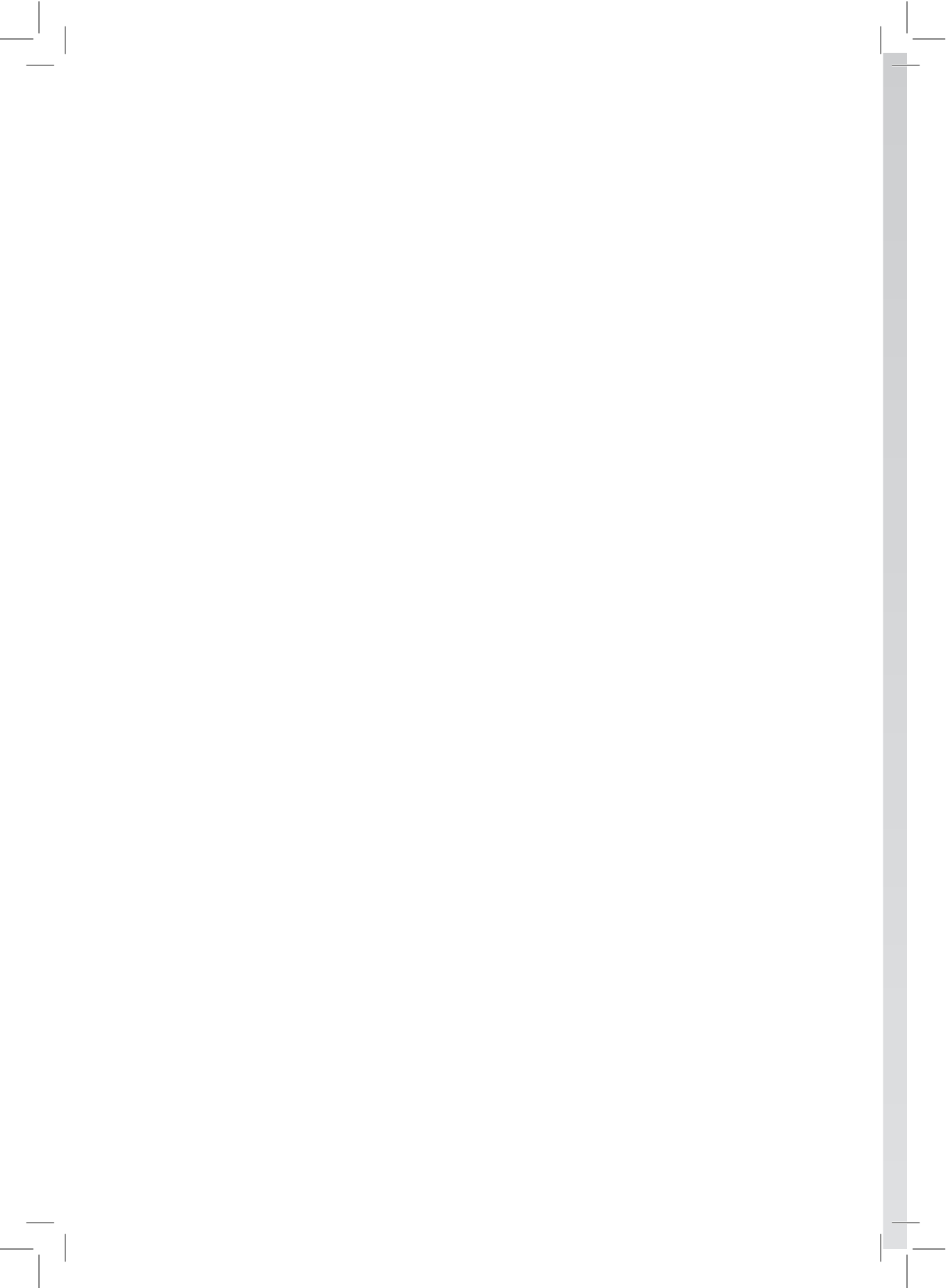
SARLET, Ingo Wolfgang. *As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível*. 2007. Disponível em: <http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-09/RBDC-09-361-Ingo_Wolfgang_Sarlet.pdf>. Acesso em: 15 dez. 2009.

SARMENTO, Daniel. *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2003. 220 p.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 21ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002. 878 p.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003. 1033 p.

ANEXO



DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS

(Adotada e proclamada pela resolução 217 A da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948)

PREÂMBULO

Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo,

Considerando que o desprezo e o desrespeito pelos direitos humanos resultaram em atos bárbaros que ultrajaram a consciência da Humanidade e que o advento de um mundo em que os homens gozem de liberdade de palavra, de crença e da liberdade de viverem a salvo do temor e da necessidade foi proclamado como a mais alta aspiração do homem comum,

Considerando essencial que os direitos humanos sejam protegidos pelo Estado de Direito, para que o homem não seja compelido, como último recurso, à rebelião contra tirania e a opressão,

Considerando essencial promover o desenvolvimento de relações amistosas entre as nações,

Considerando que os povos das Nações Unidas reafirmaram, na Carta, sua fé nos direitos humanos fundamentais, na dignidade e no valor da pessoa humana e na igualdade de direitos dos homens e das mulheres, e que decidiram promover o progresso social e melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla,

Considerando que os Estados-Membros se comprometeram a desenvolver, em cooperação com as Nações Unidas, o respeito universal aos direitos humanos e liberdades fundamentais e a observância desses direitos e liberdades,

Considerando que uma compreensão comum desses direitos e liberdades é da mais alta importância para o pleno cumprimento desse compromisso,

A ASSEMBLEIA GERAL PROCLAMA

A presente Declaração Universal dos Direitos Humanos como o ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações, com o objetivo de que cada indivíduo e cada órgão da sociedade, tendo sempre em mente esta Declaração, se esforce, através do ensino e da educação, por promover o respeito a esses direitos e liberdades, e, pela adoção de medidas progressivas de caráter nacional e internacional, por assegurar o seu reconhecimento e a sua observância universais e efetivos, tanto entre os povos dos próprios Estados-Membros, quanto entre os povos dos territórios sob sua jurisdição.

Artigo I

Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade.

Artigo II

Toda pessoa tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição.

Artigo III

Toda pessoa tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal.

Artigo IV

Ninguém será mantido em escravidão ou servidão, a escravidão e o tráfico de escravos serão proibidos em todas as suas formas.

Artigo V

Ninguém será submetido à tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante.

Artigo VI

Toda pessoa tem o direito de ser, em todos os lugares, reconhecida como pessoa perante a lei.

Artigo VII

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 discriminação.

Artigo VIII

Toda pessoa tem direito a receber dos tributos nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei.

Artigo IX

Ninguém será arbitrariamente preso, detido ou exilado.

Artigo X

Toda pessoa tem direito, em plena igualdade, a uma audiência justa e pública por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir de seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele.

Artigo XI

1. Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.

2. Ninguém poderá ser culpado por qualquer ação ou omissão que, no momento, não constituíam delito perante o direito nacional ou internacional. Tampouco será imposta pena mais forte do que aquela que, no momento da prática, era aplicável ao ato delituoso.

Artigo XII

Ninguém será sujeito a interferências na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataques à sua honra e reputação. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques.

Artigo XIII

1. Toda pessoa tem direito à liberdade de locomoção e residência dentro das fronteiras de cada Estado.

2. Toda pessoa tem o direito de deixar qualquer país, inclusive o próprio, e a este regressar.

Artigo XIV

1. Toda pessoa, vítima de perseguição, tem o direito de procurar e de gozar asilo em outros países.

2. Este direito não pode ser invocado em caso de perseguição legitimamente motivada por crimes de direito comum ou por atos contrários aos propósitos e princípios das Nações Unidas.

Artigo XV

1. Toda pessoa tem direito a uma nacionalidade.

2. Ninguém será arbitrariamente privado de sua nacionalidade, nem do direito de mudar de nacionalidade.

Artigo XVI

1. Os homens e mulheres de maior idade, sem qualquer restrição de raça, nacionalidade ou religião, têm o direito de contrair matrimônio e fundar uma família. Gozam de iguais direitos em relação ao casamento, sua duração e sua dissolução.

2. O casamento não será válido senão com o livre e pleno consentimento dos nubentes.

Artigo XVII

1. Toda pessoa tem direito à propriedade, só ou em sociedade com outros.

2. Ninguém será arbitrariamente privado de sua propriedade.

Artigo XVIII

Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento, consciência e religião; este direito inclui a liberdade de mudar de religião ou crença e a liberdade de manifestar essa religião ou crença, pelo ensino, pela prática, pelo culto e pela observância, isolada ou coletivamente, em público ou em particular.

Artigo XIX

Toda pessoa tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e idéias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras.

Artigo XX

1. Toda pessoa tem direito à liberdade de reunião e associação pacíficas.
2. Ninguém pode ser obrigado a fazer parte de uma associação.

Artigo XXI

1. Toda pessoa tem o direito de tomar parte no governo de seu país, diretamente ou por intermédio de representantes livremente escolhidos.
2. Toda pessoa tem igual direito de acesso ao serviço público do seu país.
3. A vontade do povo será a base da autoridade do governo; esta vontade será expressa em eleições periódicas e legítimas, por sufrágio universal, por voto secreto ou processo equivalente que assegure a liberdade de voto.

Artigo XXII

Toda pessoa, como membro da sociedade, tem direito à segurança social e à realização, pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento da sua personalidade.

Artigo XXIII

1. Toda pessoa tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego.

2. Toda pessoa, sem qualquer distinção, tem direito a igual remuneração por igual trabalho.

3. Toda pessoa que trabalhe 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. Toda pessoa tem direito a organizar sindicatos e neles ingressar para proteção de seus interesses.

Artigo XXIV

Toda pessoa tem direito a repouso e lazer, inclusive a limitação razoável das horas de trabalho e férias periódicas remuneradas.

Artigo XXV

1. Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência fora de seu controle.

2. A maternidade e a infância têm direito a cuidados e assistência especiais. Todas as crianças nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozarão da mesma proteção social.

Artigo XXVI

1. Toda pessoa tem direito à instrução. A instrução será gratuita, pelo menos nos graus elementares e fundamentais. A instrução elementar será obrigatória. A instrução técnico-profissional será acessível a todos, bem como a instrução superior, esta baseada no mérito.

2. A instrução será orientada no sentido do pleno desenvolvimento da personalidade humana e do fortalecimento do respeito pelos direitos humanos e pelas liberdades fundamentais. A instrução

promoverá a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e grupos raciais ou religiosos, e coadjuvará as atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz.

3. Os pais têm prioridade de direito na escolha do gênero de instrução que será ministrada a seus filhos.

Artigo XXVII

1. Toda pessoa tem o direito de participar livremente da vida cultural da comunidade, de fruir as artes e de participar do processo científico e de seus benefícios.

2. Toda pessoa tem direito à proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de qualquer produção científica, literária ou artística da qual seja autor.

Artigo XXVIII

Toda pessoa tem direito a uma ordem social e internacional em que os direitos e liberdades estabelecidos na presente Declaração possam ser plenamente realizados.

Artigo XXIX

1. Toda pessoa tem deveres para com a comunidade, em que o livre e pleno desenvolvimento de sua personalidade é possível.

2. No exercício de seus direitos e liberdades, toda pessoa estará sujeita 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.

3. Esses direitos e liberdades não podem, em hipótese alguma, ser exercidos contrariamente aos propósitos e princípios das Nações Unidas.

Artigo XXX

Nenhuma disposição da presente Declaração pode ser interpretada como o reconhecimento a qualquer Estado, grupo ou pessoa, do direito de exercer qualquer atividade ou praticar qualquer ato destinado à destruição de quaisquer dos direitos e liberdades aqui estabelecidos