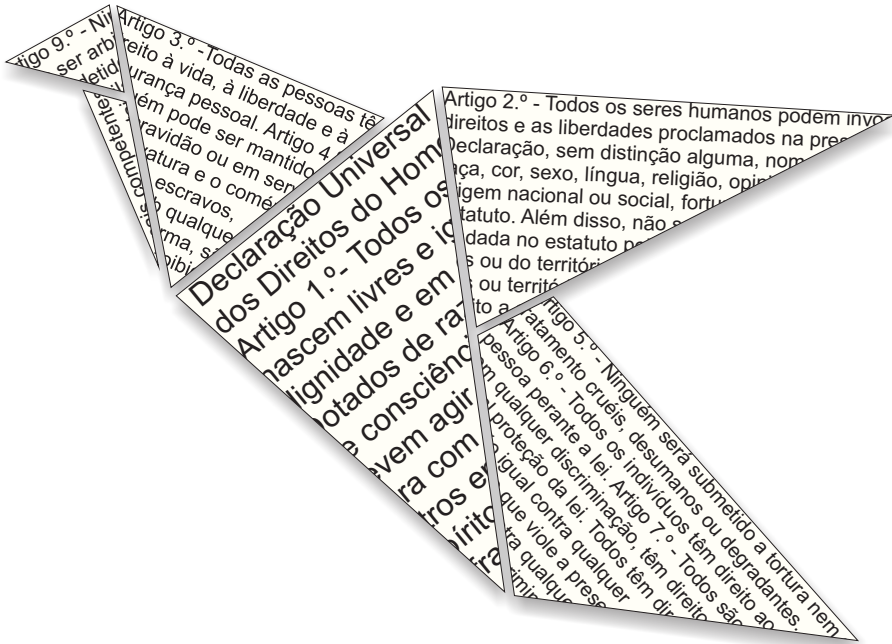


Liliana Lyra Jubilut
Rachel O. Lopes
(Organizadoras)

ISBN: 978-85-60360-62-8



DIREITOS HUMANOS E VULNERABILIDADE EM JUÍZO



UNISANTOS

Universidade Católica de Santos

Chanceler Dom Jacyr Francisco Braidó, CS
Reitor Prof. Me. Marcos Medina Leite
Pró-Reitora Administrativa Prof^ª. Me. Mariângela Mendes Lomba Pinho
Pró-Reitora de Graduação Prof^ª. Me. Roseane Marques da Graça Lopes
Pró-Reitor de Pastoral Prof. Pe. Cláudio Scherer da Silva



*Editora Universitária
Leopoldianum*

Coordenador

Prof. Me. Marcelo Luciano Martins Di Renzo

Conselho Editorial (2014 a 2015)

Prof. Me. Marcelo Luciano Martins Di Renzo (Presidente)
Prof^ª Dr^a Ana Elena Salvi
Prof. Dr. Gilberto Passos de Freitas
Prof. Dr. José Gabriel Perissé Madureira
Prof^ª Dr^a Ligia Maria Castelo Branco Fonseca
Prof. Dr. Luiz Carlos Barreira
Prof. Dr. Luiz Carlos Moreira
Prof. Dr. Luiz Sales do Nascimento
Prof^ª Dr^a Maria Amélia do Rosário Santoro Franco
Prof^ª Dr^a Maria Helena de Moraes Barros Flynn
Prof^ª Dr^a Norma Sueli Padilha
Prof. Dr. Paulo Ângelo Lorandi
Prof. Dr. Rodrigo Christofolletti
Prof. Dr. Sergio Baxter Andreoli

Editora Universitária Leopoldianum
Av. Conselheiro Nébias, 300 - Vila Mathias
11015-002 - Santos - SP - Tel.: (13) 3205.5555
www.unisantos.br/edul

Atendimento
leopoldianum@unisantos.br

Liliana Lyra Jubilut
Rachel de Oliveira Lopes
(Organizadoras)

DIREITOS HUMANOS E
VULNERABILIDADE EM JUÍZO



*Editora Universitária
Leopoldiana*

Santos, SP
2016

Direitos humanos e vulnerabilidade em juízo [e-book]
: Liliana Lyra Jubilut, Rachel de Oliveira Lopes (Organizadoras).
Santos (SP) : Editora Universitária Leopoldianum, 2015.
284 p.

ISBN: 9788560360628

1. Direitos humanos. 2. Direitos fundamentais. 3.
Direito internacional público. 4. Livros eletrônicos.
I. Título.

CDU e-book

Editora Universitária Leopoldianum

Revisão

Julia di Lucca

Planejamento Gráfico / Diagramação / Capa

Elcio Prado

Sobre o Livro

- **Formato:** 160 x 230 mm • **Mancha:** 125 x 192 mm
- **Tipologia:** Goudy Old Style (Textos e Títulos)

Este livro foi publicado em 2016, no formato ebook. Foi feito o depósito legal.



Distribuidora Loyola
Rua São Caetano, 959 (Luz)
CEP 01104-001 - São Paulo - SP
Tel (11) 3322.0100 - Fax (11) 3322.0101
E-mail: vendasatacado@livrarialoyola.com.br

Colabore com a produção científica e cultural.
Proibida a reprodução total ou parcial desta obra sem a autorização do editor.

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO.....9

PARTE 1 - ANÁLISE JURISPRUDENCIAL DE PRINCÍPIOS DOS DIREITOS HUMANOS

Capítulo I - A Judicialização do Direito à Saúde no Brasil: entre vidas e finanças(Comentários ao Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada -175, do Supremo Tribunal Federal).....13

José Carlos Loureiro da Silva

Capítulo II - O Supremo Tribunal Federal e o Princípio Fundamental da Dignidade Humana: efetivação do mínimo existencial.....31

Alexandre Calixto e Rayanna Brito

Capítulo III - ADPF 54 / STF: Vida, Liberdade e Personificação Jurídica no Julgado do Supremo Tribunal Federal sobre a Interrupção da Gestação de Feto Anencéfalo.....45

Luciana Diniz Durães Pereira e Renata de Lima Rodrigues

Capítulo IV - Uso de Máscaras em Protestos no Brasil.....59

Manuela de Carvalho Rodrigues

Capítulo V - Ausência Feminina em Juízo e Licença de Cuidado Familiar: reflexões a partir do Mandado de Segurança 6965-91.2012.4.01.3400.....77

Angela Limongi Alvarenga Alves

Capítulo VI - Anistia, Controle de Convencionalidade e o Brasil perante a Comunidade Internacional após o Caso Lund (Guerrilha do Araguaia).....91

Noara Herculano Morais Travizani e Susana Vieira

PARTE 2 - ANÁLISE JURISPRUDENCIAL DE CASOS ESPECÍFICOS DE PROTEÇÃO

Capítulo I - O Direito a um Meio Ambiente de Trabalho Salubre em Juízo: o caso Shell/Basf.....109

Humberto Lima de Lucena Filho e Marcilio Toscano Franca Filho

Capítulo II - Racismo e Relações de Trabalho na Comissão Interamericana de Direitos Humanos: caso Diniz x Brasil (Decisão, 2006).....125

Roberto Comporto

Capítulo III - A Terra dos Quilombolas: entre a ação direita de inconstitucionalidade 3239 STF e a Arguição de Inconstitucionalidade no TRF4.....143

Nélida Reis Caseca Machado

Capítulo IV - Proibição de Discriminação por Orientação Sexual e Identidade de Gênero no Sistema Europeu de Proteção dos Direitos Humanos.....161

Flávia Piovesan e Akemi Kamimura

Capítulo V -Damião Ximenes Lopes – Caso 12.237.....187

Fernanda de Magalhães Dias Frinhani e Maria Inês Badaró Moreira

Capítulo VI - A Inacessibilidade ao Processo Judicial Eletrônico pelos Advogados Deficientes Visuais: caso Deborah Maria Prates Barbosa perante o Supremo Tribunal Federal (STF).....207

Denyse Moreira Guedes

Capítulo VII - Raposa Serra do Sol A Morada de Makunaima: Cinco anos depois do STF (Decisão, 19 abril 2009).....219

Silmara Veiga de Souza

Capítulo VIII - O Caso Gomes Lund e o Julgamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos.....233

Luis Fernando Paes Cabral

Capítulo IX - A Revista Vexatória na Comissão Interamericana de Direitos Humanos.....243

Gabriela Cunha Ferraz

Capítulo X - Detenção por Razões Migratórias a Proteção dos Direitos Humanos no Brasil.....257

Vivian Holz hacker e Adriana Avelar Tavares

Capítulo XI - Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 101, de 2012, e a Polêmica da Importação de Pneus Usados.....273

Juliana Gerent

APRESENTAÇÃO

A aplicação do Direito pelo Poder Judiciário se constitui em garantia de engajamento estatal e social aos postulados universalmente acolhidos, e, em tempos de globalização, ultrapassa a realização do ordenamento doméstico para auxiliar na implementação dos compromissos internacionais firmados pelos Estados.

Neste sentido, ganha relevo o papel das Cortes de Justiça na implementação e efetivação dos direitos humanos, seja por compelir a ação estatal, seja por influenciar a elaboração de políticas públicas.

Considerada tal relevância, o que se propõe neste livro é o exame da jurisprudência produzida pelos Tribunais internacionais, regionais ou domésticos sobre temas de direitos humanos, a partir de um recorte bifocal: de uma parte, voltando-se à dignidade humana e a princípios tais como a liberdade, a igualdade e a complementaridade, cuja concretização é inspecionada em julgados específicos; e, de outra parte, pelo tratamento de certas vulnerabilidades específicas, cuja falta de amparo também redundou na judicialização aqui analisada.

A obra é produto das atividades do Grupo de Pesquisa “Direitos Humanos e Vulnerabilidades” do curso de pós-graduação *stricto sensu* em Direito Ambiental Internacional da Universidade Católica de Santos, e conta com a contribuição de discentes e docentes do programa, bem como de estudiosos dos direitos humanos convidados.

Os capítulos aqui dispostos são desenvolvidos a partir da análise de casos judiciais paradigmáticos e, muito embora não possam ser alcançados pela generalidade – dada a limitação do próprio método –, auxiliam na compreensão do pensamento que deriva na tomada de decisão pelo aplicador judicial, indicando as possibilidades que decorrem da norma (ou da sua ausência) para a efetiva realização dos direitos humanos.

A pretensão é bem simples: fomentar a crítica e auxiliar na construção do conhecimento e na efetivação sempre mais ampla dos direitos humanos.

Liliana Lyra Jubilut
Rachel de Oliveira Lopes
(Organizadoras)

PARTE 1

**ANÁLISE JURISPRUDENCIAL
DE PRINCÍPIOS DOS DIREITOS
HUMANOS**

Capítulo I

A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE NO BRASIL: ENTRE VIDAS E FINANÇAS (Comentários ao Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada -175, do Supremo Tribunal Federal)

José Carlos Loureiro da Silva¹

Introdução

Julgado pelo Supremo Tribunal Federal (STF), em 17 de março de 2010, o Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº 175 – Ceará² (STA-175) constituiu importante ação no tema relativo ao direito de acesso a medicamentos por via judicial, especialmente pela excelência do voto do seu Relator, o então Presidente do STF Ministro Gilmar Mendes. A tal ponto de o Ministro Ayres Britto consignar ter sido esse voto um “divisor de águas nas decisões da Corte sobre a matéria”,³ o Ministro Eros Grau comentar acerca da “alta qualidade do voto proferido” pelo Relator, “que certamente vai ficar marcado neste Tribunal”⁴ e o Ministro Celso de Mello concluir a sua manifestação votando em idêntico sentido ao do Ministro Gilmar Mendes e, a este se dirigindo, afirmar que assim procedia “considerando, sobretudo, Senhor Presidente, o magnífico voto proferido por Vossa Excelência”.⁵

Ao reconhecer, neste Julgado, o direito de paciente sem condições financeiras, portador de doença rara, ter acesso a medicamento vital à sua sobrevivência, determinando ao Estado o fornecimento do fármaco ao doente, o STF solidificou o respeito ao direito à saúde, norma insculpida no art. 196 da Constituição Federal (CF),⁶ e que não pode deixar de ser efetivado pela inépcia dos gestores públicos na concretização dos impositivos constitucionais. Ademais, a Declaração Universal dos Direitos do Humanos

¹ Doutorando em Direito Ambiental Internacional pela Universidade Católica de Santos. Membro dos Grupos de Pesquisa: Direitos Humanos e Vulnerabilidades, coordenado pela Prof^a Lílíana Jubilut; Direito e Biodiversidade, coordenado pelo Prof. Vladimir Garcia Magalhães; Energia e Meio Ambiente, coordenado pela Prof^a Maria Luíza Granziera; Regimes e Tutelas Constitucionais e Ambientais, coordenado pelo Prof. Marcelo Lamy. Bolsista da CAPES.

² O inteiro teor deste Acórdão (p. 70 a 141) encontra-se disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador-pub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610255>>. Acesso em: 29 mar. 2014.

³ STA-175, p. 70.

⁴ Idem, p. 134.

⁵ Idem, p. 133.

⁶ Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

(DUDH),⁷ a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (DADDH)⁸ e o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC),⁹ tratados internacionais de direitos humanos dos mais relevantes ratificados pelo Brasil e que possuem força cogente,¹⁰ dispõem que o direito à saúde é um direito humano fundamental.

Esse bem intangível, dos mais preciosos do ser humano, indissociável do direito à vida,¹¹ não foi ignorado pelo legislador constituinte brasileiro. Este também o elevou à categoria de direito fundamental na CF, que dispõe, no seu art. 6º,¹² quais os direitos sociais definidos como valores supremos da sociedade no preâmbulo constitucional¹³ e entre eles se encontra o direito à saúde. Tal direito constitui condição sine qua non para o cumprimento do postulado da dignidade da pessoa humana, “o mais importante princípio de direito fundamental constitucionalmente garantido”.¹⁴

Válido salientar, neste ponto, a posição de vanguarda do Brasil: na 57ª Sessão da Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas (CDH/ONU),¹⁵ foi aprovada a Resolução “Acesso a Medicamentos no Contexto de Pandemias como HIV/AIDS”,

⁷ DUDH. Art. 25º. 1. Toda a pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para lhe assegurar e à sua família a saúde e o bem-estar, principalmente quanto à alimentação, ao vestuário, ao alojamento, à assistência médica e ainda quanto aos serviços sociais necessários, e tem direito à segurança no desemprego, na doença, na invalidez, na viuvez, na velhice ou noutros casos de perda de meios de subsistência por circunstâncias independentes da sua vontade.

⁸ DADDH. Art. 10. 1. Toda pessoa tem direito à saúde, entendida como o gozo do mais alto nível de bem-estar físico, mental e social.

⁹ Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Art. 12. 1. Os Estados-Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de desfrutar do mais elevado nível possível de saúde física e mental.

¹⁰ VIEIRA, Marcela Fogaça; REIS, Renata. Justiça e Direitos Humanos - Experiências de assessoria jurídica popular. Litigância estratégica em direitos humanos – a atuação da sociedade civil no acesso a medicamentos no Brasil. Disponível em: <http://www.deolhonaspattentes.org.br/media/file/Artigos/Justi%C3%A7a_DH_Terradedireitos.pdf> Acesso em: 09 abr. 2014.

¹¹ ORDACGY, André da Silva. A tutela de direito de saúde como um direito fundamental do cidadão. Disponível em <http://www.dpu.gov.br/pdf/artigos/artigo_saude_andre.pdf>. Acesso em: 08 abr. 2014.

¹² CF. Título II. Dos Direitos e Garantias Fundamentais. Capítulo II. Dos Direitos Sociais. Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (grifamos)

¹³ CF. Preâmbulo. Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. (grifamos).

¹⁴ NUNES, Luiz Antônio Rizzato. O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana – doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 45.

¹⁵ Ocorrida em Genebra, em 23 de abril de 2001. (GALVÃO, Jane. A política brasileira de distribuição e produção de medicamentos anti-retrovirais: privilégio ou um direito? Cadernos de Saúde Pública. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-311X2002000100022&script=sci_arttext> Acesso em: 09 abr. 2014).

proposta esta feita pela delegação brasileira.¹⁶ Essa aprovação¹⁷ mostra que a CDH/ONU reconhece ser o acesso a medicamentos elemento fundamental à concretização do direito humano à saúde.¹⁸ Por tudo isso se entende totalmente coerente o Judiciário brasileiro determinar a sua efetivação quando a tutela estatal falha.

Os argumentos expendidos pela União neste Agravo foram múltiplos, conforme adiante mencionaremos. Porém, a razão que nos levou a selecioná-lo para a elaboração do presente estudo se prendeu à alegação da agravante de que haveria “grave lesão às finanças e à saúde públicas a determinação de desembolso de considerável quantia para a aquisição do medicamento de alto custo”, já que isto implicaria “deslocamento de esforços e recursos estatais, descontinuidade da prestação dos serviços de saúde ao restante da população e possibilidade de efeito multiplicador”.¹⁹

Este argumento sempre nos causou incômodo pela superficialidade com a qual amiúde é trazido à baila pelo Estado nas lides relativas ao direito à saúde, motivo pelo qual o elegemos para melhor examiná-lo neste trabalho.

Descreveremos os fatos tratados no STA-175 e, em seguida, o fenômeno desencadeador de ações desta espécie no Brasil, denominado judicialização do direito à saúde. O argumento financeiro estatal será então abordado, acompanhado dos excertos dos votos dos Ministros a ele relativos e, finalizando, as nossas conclusões.

Esperamos que as nossas observações contribuam para que o tema seja abordado sob uma perspectiva mais ampla e sem que se olvide das peculiaridades da realidade jurídica brasileira.

1. Os Fatos

O Julgado versa, em síntese, sobre o pedido da paciente Clarice de Abreu de Castro Neves, de 21 anos, ter direito de acesso ao medicamento Zavesca (Miglustat), pelo fato de ser portadora da Síndrome de Niemann-Pick Tipo C.²⁰ Trata-se de doença degenerativa rara, causadora de movimentos involuntários, paralisias progressivas e distúrbios neuropsiquiátricos variados, da qual a autora sofria desde a infância.²¹

A patologia foi comprovada por exames clínicos e laboratoriais e o fármaco prescrito por especialistas de reconhecida rede hospitalar como o único capaz de impedir o progresso da doença, bem como de possibilitar melhora da qualidade de vida da pacien-

¹⁶ Ministério das Relações Exteriores. Aprovação na CDH/ONU de Resolução proposta pelo Brasil sobre “Acesso a Medicamentos no Contexto de Pandemias como o HIV/AIDS”. Disponível em: <<http://www.itamaraty.gov.br/sala-de-imprensa/notas-a-imprensa/2001/04/23/aprovacao-na-comissao-de-direitos-humanos-das>> Acesso em: 07 abr. 2014.

¹⁷ Por 52 votos a favor, nenhum contra e 1 abstenção. Idem.

¹⁸ Ministério das Relações Exteriores. Aprovação na CDH/ONU de Resolução proposta pelo Brasil sobre “Acesso a Medicamentos no Contexto de Pandemias como o HIV/AIDS”. Disponível em: <<http://www.itamaraty.gov.br/sala-de-imprensa/notas-a-imprensa/2001/04/23/aprovacao-na-comissao-de-direitos-humanos-das>> Acesso em: 07 abr. 2014.

¹⁹ STA-175, f. 74-75.

²⁰ STA-175, f. 71-72.

²¹ Idem, f. 72.

te.²² Esta não possuía condições financeiras para arcar com o elevado valor da terapia – R\$ 52.000,00 por mês – motivo que a levou a recorrer ao Poder Judiciário para que este determinasse ao Estado o custeio do seu tratamento.²³

Acórdão da 1ª Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região (TRF5) já havia deferido Tutela Antecipada, reconhecendo haver provas pré-constituídas do estado de saúde da paciente, bem como a necessidade do remédio pleiteado, determinando à União, ao Estado do Ceará e ao Município de Fortaleza o fornecimento do Zavesca em favor da autora.²⁴

A União requereu suspensão da tutela, alegando que o decidido causava grave lesão à ordem, à economia e à saúde públicas.²⁵ A Presidência do STF indeferiu o pedido por não constatar as graves lesões aventadas.²⁶ A União agravou regimentalmente esta decisão, renovando os argumentos anteriormente expendidos na busca de demonstrar as graves lesões já mencionadas, alegando: 1. que a decisão objeto do pedido de suspensão de tutela viola o princípio constitucional de separação de poderes;²⁷ 2. que constitui afronta às normas do Sistema Único de Saúde (SUS);²⁸ 3. representa interferência indevida do Judiciário nas diretrizes das políticas públicas;²⁹ 4. ilegitimidade passiva da União;³⁰ 5. ofensa ao sistema de repartição de competências;³¹ 6. inexistência de responsabilidade solidária entre os integrantes do Sistema Único de Saúde;³² 7. que somente o ente responsável pelo fornecimento do remédio pretendido poderia figurar no polo passivo da ação principal.³³

Em 17 de março de 2010, o Pleno do STF decidiu, por unanimidade, negar provimento ao recurso de Agravo.³⁴ E, como mencionamos alhures, o argumento financeiro da agravante é que será objeto da nossa análise no presente estudo.

Para melhor apreciação do contexto que engloba a celeuma, discorreremos a seguir sobre o fenômeno do qual ela é oriunda.

2. A Judicialização da Saúde no Brasil

De acordo com Luís Roberto Barroso:

Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Ju-

²² Ibidem.

²³ Ibidem.

²⁴ STA-175, f. 72-74.

²⁵ STA-175, f. 71.

²⁶ Ibidem.

²⁷ STA-175, f. 74.

²⁸ Ibidem.

²⁹ Ibidem.

³⁰ Ibidem.

³¹ Ibidem.

³² Ibidem.

³³ Ibidem.

³⁴ STA-175, f. 141.

diciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral.³⁵

Na área da saúde no Brasil, esse fenômeno teve início na última década de 1990, quando o Poder Judiciário se viu provocado por ações de portadores do vírus da imunodeficiência humana (HIV) que pleiteavam o fornecimento de medicamentos antirretrovirais pelos Poderes Públicos.³⁶ Imprescindíveis à garantia de sobrevivência dos imunodeprimidos, tais medicamentos já eram utilizados nos Estados Unidos da América (EUA), porém indisponíveis nas unidades de saúde pública pátrias.³⁷

A princípio em número pequeno,³⁸ o exponencial aumento dessa espécie de demanda serviu para originar acirrada polêmica entre detratores e apoiadores da judicialização na área da saúde brasileira. A tal ponto de ter sido o tema abordado no discurso de posse na Presidência do STF pelo Ministro Gilmar Mendes: “Não há ‘judicialização da política’ pelo menos no sentido pejorativo do termo, quando as questões políticas estão configuradas como verdadeiras questões de direitos”.³⁹

3. Corrente Contrária à Judicialização da Saúde

Seguindo o exemplo retro citado dos portadores de AIDS, outros doentes, sem condições financeiras para o custeio dos seus tratamentos, deram entrada em pleitos semelhantes, não mais visando somente ao acesso a um tipo específico de fármaco, mas também a remédios utilizados no tratamento de moléstias variadas.⁴⁰ Algumas delas raras, tais como Epidermólise Bolhosa Distrófica⁴¹ e status marmóreo,⁴² além de custeio de terapias em outros países para impedir o agravamento de retinose pigmentária⁴³, e também requerimentos diversos, tais como determinar o aumento de Unidade de Terapia Intensiva (UTI) em hospital⁴⁴ e obrigar que o município adotasse medidas adminis-

³⁵ Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>> Acesso em: 30 mar. 2014, p. 3.

³⁶ SCHEFFER, Mário (Org.) Programa Nacional de DST e Sida: o remédio via justiça - Um estudo sobre o acesso a novos medicamentos e exames em HIV/AIDS no Brasil por meio de ações judiciais. Brasília, DF: Ministério da Saúde, 2005, Série Legislação, n. 3, p. 24 e seguintes.

³⁷ Idem, p. 23.

³⁸ SANT'ANA, João Maurício Brambati et al. Essencialidade e assistência farmacêutica: considerações sobre o acesso a medicamentos mediante ações judiciais no Brasil. Revista Panamericana de Salud Pública, v. 29, n. 2. Washington. Feb. 2011. Disponível em: <http://www.scielosp.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1020-49892011000200010> Acesso em: 29 mar. 2014.

³⁹ Posse ocorrida em 23 de abril de 2008. BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>> Acesso em: 30 mar. 2014, p. 32.

⁴⁰ SANT'ANA, João Maurício Brambati et al. Idem.

⁴¹ STF, STA 558-PR, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 02 de setembro de 2011.

⁴² STF, RE 248.304-RS, Rel. Min. Celso de Mello, j. 19 de setembro de 2001.

⁴³ STF, RE 368.564-DF, Rel. Min. Menezes Direito, j. 10 de Agosto de 2011.

⁴⁴ STF, AI 734.487-PR, Rel.ª Min.ª Ellen Gracie, j. 20 de Agosto de 2010.

trativas para melhora de operacionalidade de hospital municipal.⁴⁵

Esses fatos causaram preocupação nos administradores públicos, porque entendem eles que o grande número de decisões judiciais favoráveis à concretização do direito à saúde provoca enorme impacto nas finanças públicas.⁴⁶ E isso repercute negativamente nos planejamentos afetos à área de saúde visando ao atendimento da coletividade.⁴⁷

Tome-se como exemplo os valores gastos pelo Ministério da Saúde somente com o cumprimento de sentenças judiciais determinativas do fornecimento de fármacos de alto custo: 2,24 milhões em 2005, elevando-se para 132,58 milhões em 2010, o que representa um aumento de mais de 5.000% em pouco mais de 5 anos.⁴⁸

Defendendo que com o excesso dessa espécie de decisão judicial se cairá na falta de equidade na organização dos serviços de saúde, já que uns conseguirão até o desnecessário, enquanto outros não poderão obter nem mesmo o essencial,⁴⁹ pregando a análise do direito à saúde através de uma ótica mais realista⁵⁰ e alertando que levar os direitos a sério significa também levar a escassez a sério,⁵¹ a corrente contrária à judicialização da saúde começou a utilizar a teoria denominada reserva do possível para justificar o seu posicionamento.

Dispõe ela acerca da possibilidade e alcance da atuação do Estado concernente à efetivação de certos direitos, como os sociais, entre os quais se encontra o direito à saúde.⁵² De acordo com Daniela Pinto Holtz Moraes, pela citada teoria, “a efetivação dos direitos sociais estaria limitada às possibilidades orçamentárias do Estado”,⁵³ conforme decidiu, no leading case, o Tribunal Constitucional alemão. Noutras palavras: a escassez de recursos econômicos aos quais certas prestações do Estado estão sujeitas “passa a ser considerada verdadeiro limite fático a sua plena concretização”.⁵⁴

⁴⁵ STF, SL 47, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 17 de março de 2010.

⁴⁶ ALCÂNTARA, Gisele Chaves Sampaio. Concretização judicial do direito à saúde: uma reflexão à luz da teoria dos jogos. Disponível em: <http://www.lex.com.br/doutrina_24871775_CONCRETIZACAO_JUDICIAL_DO_DIREITO_A_SAUDE_UMA_REFLEXAO_A_LUZ_DA_TEORIA_DOS_JOGOS.aspx>. Acesso em: 19 abr. 2014.

⁴⁷ Ibidem.

⁴⁸ BASSETTE, Fernanda. Gasto do governo com remédios via ação judicial cresce 5.000% em 6 anos. O Estado de S. Paulo. São Paulo, 28 de abril de 2014. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/impresso,gasto-do-governo-com-remedios-via-acao-judicial-cresce-5000-em-6-anos,711740,0.htm>> Acesso em: 30 mar. 2014.

⁴⁹ SANTOS, Lenir (org.). Direito da saúde no Brasil. Campinas: Saberes Editora, 2010, p. 168-169.

⁵⁰ ALCÂNTARA, Gisele Chaves Sampaio. Judicialização da saúde: uma reflexão à luz da teoria dos jogos. Disponível em: <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/1592/1569>> Acesso em: 30 mar. 2014, p. 93.

⁵¹ No original: Taking rights seriously means taking scarcity seriously. HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass R. The cost of rights: why liberty depends on taxes. New York: W. W. Northon & Company, 2000, p. 44. Tradução livre do autor.

⁵² Constituição Federal, art. 6º.

⁵³ Efetividade dos direitos sociais: Reserva do possível, mínimo existencial e ativismo judicial. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7701>. Acesso em: 05 abr. 2014.

⁵⁴ KELBERT, Fabiana Okchstein. A necessária ponderação entre a teoria da reserva do possível e a

Em idêntico sentido entende Canotilho, para quem a realização plena dos direitos sociais, culturais e econômicos deverá ser analisada em consonância com os parâmetros da “reserva do possível”, já que dependem dos recursos financeiros indispensáveis à sua efetivação. Portanto, a implementação desses direitos estaria sempre subordinada à quantia de recursos que o Estado possa mobilizar para o cumprimento deste propósito.⁵⁵

Na STA-175, sobre este tópico, assim se manifestou o Relator no seu voto:

A dependência de recursos econômicos para a efetivação dos direitos de caráter social leva parte da doutrina a defender que as normas que consagram tais direitos assumem a feição de normas programáticas, dependentes, portanto, da formulação de políticas públicas para se tornarem exigíveis. Nesse sentido, também se defende que a intervenção do Poder Judiciário, ante a omissão estatal quanto à construção satisfatória dessas políticas, violaria o princípio da separação dos Poderes e o princípio da reserva do financeiramente possível.⁵⁶

Portanto, caso a efetivação de quaisquer direitos exija a aplicação de determinado gasto, não poderão eles ser tidos como absolutos, pois sujeitos que estão às restrições de caráter orçamentário.⁵⁷ Sempre válido lembrar que as iniciativas reivindicadas dos Estados, através da prestação dos seus respectivos serviços públicos, são custeadas com os recursos dos contribuintes.⁵⁸ A pressa em implementar certa prestação social, sem que seja considerada qualquer espécie de limites, certamente irá originar o contraproducente efeito de tornar inviável o socorro a outras necessidades da coletividade.⁵⁹ Porque estas já poderiam até contar com um planejamento apropriado, mas que inevitavelmente restará comprometido, pois o aporte financeiro a lhes ser destinado será direcionado para o cumprimento da determinação judicial.⁶⁰

E há decisão do próprio STF nesse sentido:

Verifico estar devidamente configurada a lesão à ordem pública, considerada em termos de ordem administrativa, porquanto a execução de decisões como a ora impugnada afeta o já abalado

proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais, p. 2 e 3. III Mostra de Pesquisa da Pós-Graduação PUCRS. Disponível em: <<http://www.pucrs.br/edipucrs/online/III Mostra/Direito/61738%20-%20FABIANA%20OKCHSTEIN%20KELBERT.pdf>>. Acesso em: 03 abr. 2014.

⁵⁵ CANOTILHO, Joaquim José Gomes; MOREIRA, Vital. Fundamentos da Constituição. Coimbra: Coimbra, 1991, p. 131.

⁵⁶ STA-175, p. 4-5.

⁵⁷ HOLMES, Stephen e SUSTEIN, Cass R. Op. cit., p. 44.

⁵⁸ HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. Op. cit., p. 9.

⁵⁹ OLIVEIRA NETTO, Sérgio de. O princípio da reserva do possível e a eficácia das decisões judiciais. Disponível em: <https://www.mp.go.gov.br/portalweb/hp/2/docs/saude51-principio_da_reserva.pdf> Acesso em 31 mar. 2014.

⁶⁰ Idem, Ibidem.

sistema público de saúde. Com efeito, a gestão da política nacional de saúde, que é feita de forma regionalizada, busca uma maior racionalização entre o custo e o benefício dos tratamentos que devem ser fornecidos gratuitamente, a fim de atingir o maior número possível de beneficiários. Entendo que a norma do

art. 196 da Constituição da República, que assegura o direito à saúde, refere-se, em princípio, à efetivação de políticas públicas que alcancem a população como um todo, assegurando-lhe acesso universal e igualitário, e não a situações individualizadas. A responsabilidade do Estado em fornecer os recursos necessários à reabilitação da saúde de seus cidadãos não pode vir a inviabilizar o sistema público de saúde. No presente caso, ao se conceder os efeitos da antecipação da tutela para determinar que o Estado forneça os medicamentos relacionados “(...) e outros medicamentos necessários para o tratamento (...)” (fl. 26) dos associados, está-se diminuindo a possibilidade de serem oferecidos serviços de saúde básicos ao restante da coletividade.[...].

STA 91 - AL – Rel. Min. Presidente Ellen Gracie - j. 26.02.2007.

Alegam ainda os que comungam desta corrente que, apesar de ser uma das funções do Poder Judiciário a concretização dos direitos sociais, tem ele assumido uma postura individualista nos seus julgamentos, limitando-se à realização da microjustiça nas causas que lhe são submetidas.⁶¹ Necessária seria uma visão mais larga dos julgadores, pois na efetivação dos direitos sociais exige-se a capacidade de avaliar também a realização da macrojustiça, de tal forma que a justiça do caso julgado seja aquela que possa ser assegurada também aos que estão ou possam vir a estar em situação idêntica.⁶² Ademais, sabendo-se que para a implementação dos direitos sociais – entre os quais o direito à saúde – necessária se faz a alocação de recursos sempre limitados, mister tenha o Magistrado clara noção dos impactos que a sua decisão causará nas finanças estatais, o que poderá tornar impossível o atendimento das necessidades básicas da coletividade.⁶³

4. Corrente Favorável à Judicialização da Saúde

Creemos que análises perfunctórias da teoria da reserva do possível estão levando alguns estudiosos⁶⁴ a forçar a sua adequação a realidades jurídicas bem distintas daquela na qual foi concebida e a lhe atribuir características das quais é ela destituída. E para elucidar este último ponto, o elemento histórico revela-se essencial, sendo necessário por menorizar os fatos e melhor esmiuçar a decisão que gerou, na Alemanha, a citada teoria.

A locução “reserva do possível” (Vorbehalt des Möglichen) foi empregada pioneiramente pelo Tribunal Constitucional Federal alemão⁶⁵ na última década de 1970,

⁶¹ ALCÂNTARA, Gisele Chaves Sampaio. Op. cit., p. 91.

⁶² AMARAL, Gustavo. Direito, escassez e escolha. Critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 18.

⁶³ ALCÂNTARA, Gisele Chaves Sampaio. Op. cit., p. 91.

⁶⁴ Tais como: Sérgio de Oliveira Netto, Gisele Chaves Sampaio Alcântara, Lenir Santos, citados neste trabalho.

⁶⁵ NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. A Cidadania Social na Constituição de 1988 – Estratégias de Positiva-

na decisão BVerfGE⁶⁶ 33, 303 (Numerus Clausus). Nela foi analisada a constitucionalidade, em controle concreto, de regras de direito estadual que regulavam o ingresso nos cursos de Medicina em determinadas universidades.⁶⁷

Na ocasião, dois estudantes que prestaram vestibular para Medicina nas universidades de Hamburgo e Bavária, apesar de atingirem a nota necessária para o ingresso, não conseguiram se matricular⁶⁸ devido à política alemã da época, de imposição de limites de vagas em cursos superiores.⁶⁹ Os estudantes reprovados acionaram as Cortes Administrativas, alicerçados no art. 12 da Lei Fundamental germânica que dispõe: “todos os alemães têm direito a escolher livremente sua profissão, local de trabalho e seu centro de formação. O exercício profissional pode ser regulamentado por lei ou com base em lei”.⁷⁰ Portanto, com base neste artigo constitucional, o direito fundamental à liberdade profissional abrange, além do direito de escolha da própria profissão e local de trabalho, ainda o direito de escolher o local onde se deseja obter a formação profissional.⁷¹

Acionadas, as Cortes Administrativas solicitaram à Corte Constitucional que se manifestasse sobre a constitucionalidade ou não da regra do Numerus Clausus. O julgamento ocorreu em 18 de julho de 1972, e os excertos da decisão do Tribunal germânico que interessam a este trabalho são os seguintes:

Matéria

Trata-se do julgamento de dois Controles concretos, apresentados pelos Tribunais Administrativos de Hamburg e da Baviera. Objeto desses processos eram regulamentações de admissão [vestibular] para medicina humana nas universidades de Hamburg e da Baviera, dos anos de 1969 e 1970.

ção e Exigibilidade Judicial dos Direitos Sociais. São Paulo: Verbatim, 2009, p. 173.

⁶⁶ BVerfGE é a abreviação de Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, que significa: decisões do Tribunal Constitucional Federal. FALSARELLA, Christiane. Reserva do possível como aquilo que é razoável se exigir do Estado. Disponível em: <http://www.apesp.org.br/comunicados/images/tese_christiane_mina_out2012.pdf> Acesso em: 12 abr. 2014.

⁶⁷ Idem.

⁶⁸ Idem.

⁶⁹ GRANJA, Cícero Alexandre. O ativismo judicial no Brasil como mecanismo para concretizar direitos fundamentais sociais. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14052&revista_caderno=9> Acesso em: 12 abr. 2014.

⁷⁰ MÂNICA, Fernando Borges. Teoria da reserva do possível: direitos fundamentais a prestações e a intervenção do poder judiciário na implementação de políticas públicas. Revista Brasileira de Direito Público, Belo Horizonte, ano 5, n. 18, p. 169-186, jul./set. 2007, p. 169.

⁷¹ Segundo Konrad Hesse, “o direito fundamental à livre escolha dos centros de formação até agora somente ganhou significado em restrições de admissão absolutas para o acesso ao estudo escolar superior”. Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 321.

Razões

Em dois processos de admissão ao curso de medicina na Universidade de Hamburg e Munique, os juízos e tribunais administrativos competentes requerem a decisão do TCF sobre se certas normas do direito estadual sobre limitações da admissão ao ensino universitário (Numerus Clausus) são compatíveis com a Grundgesetz.⁷² [...] Quando da inserção desse direito na Grundgesetz, e igualmente quando da sua interpretação inicial, pensava-se sobretudo que o Art. 12 I GG garantiria ao indivíduo um direito de resistência (Abwehrrecht) contra as limitações de liberdade junto à formação universitária. Então foi enfatizado, nas discussões da Comissão Principal do Conselho Parlamentar, que se deveria assegurar, sob quaisquer circunstâncias, a liberdade de escolha entre diferentes universidades e a possibilidade de assistir a aulas. [...] Aqui não é necessário decidir se essa questão haveria de ser respondida afirmativamente e se desse mandamento constitucional poderia ser derivado, sob pressupostos especiais, um direito individual do cidadão imponível judicialmente à criação de vagas de estudo. Isso porque só sealaria em consequências constitucionais no caso de evidente violação daquele mandamento constitucional. Hoje, uma tal violação não pode ser verificada na área do estudo de medicina: mesmo na medida em que os direitos sociais de participação em benefícios estatais não são desde o início restringidos àquilo existente em cada caso, eles se encontram sob a reserva do possível, no sentido de estabelecer o que pode o indivíduo, racionalmente falando, exigir da coletividade. [...] Por outro lado, um tal mandamento constitucional não obriga, contudo, a prover a cada candidato, em qualquer momento, a vaga do ensino superior por ele desejada, tornando, desse modo, os dispendiosos investimentos na área do ensino superior dependentes exclusivamente da demanda individual frequentemente flutuante e influenciável por variados fatores. [...] Fazer com que os recursos públicos só limitadamente disponíveis beneficiem apenas uma parte privilegiada da população, preterindo-se outros importantes interesses da coletividade, afrontaria justamente o mandamento de justiça social, que é concretizado no princípio da igualdade. [...] Com base nesses critérios, uma violação constitucional não pode ser constatada.⁷³

⁷² Lei Fundamental. Tradução livre do autor.

⁷³ SCHWABE, Jürgen (coletânea original); MARTINS, Leonardo (org. e introd.). Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão. Trad.: Beatriz Hennig; Leonardo Martins; Mariana Bigelli de Carvalho; Tereza Maria de Castro; Vivianne Geraldês Ferreira. Montevidéu: Konrad-Adenauer-

Portanto, ao decidir, a Corte deixou assentado que o direito ao número de vagas pleiteadas pelos estudantes, uma prestação positiva a ser fornecida pelo Estado, achava-se na dependência da reserva do possível, firmando o entendimento que só se pode reclamar do Estado o que razoavelmente se pode dele esperar, ou seja, o Tribunal Constitucional fundou sua decisão “na razoabilidade da pretensão frente às necessidades da sociedade”.⁷⁴ Dessa forma, mesmo nos casos em que o Estado tenha recursos financeiros e possa dispor destes, não há que se afirmar tenha ele obrigação de prestar algo que não se situe nos lindes da razoabilidade.⁷⁵

O leading case afastou a ideia de que existe obrigação estatal de satisfazer todos os estudantes que quisessem cursar Medicina, o que demonstra que, no seu nascedouro, a reserva do possível não tem relação exclusiva com existência ou não de recursos financeiros para concretização de direitos sociais. A decisão da Corte vincula-se, vale repetir, à razoabilidade da pretensão deduzida em face da sua efetivação.⁷⁶

Ocorre que, ao ser introduzida no nosso país, a citada teoria sofreu alteração interpretativa, perdendo parte do seu sentido original. A tal ponto de se falar em “desinterpretação da ‘reserva do possível’ no Brasil”.⁷⁷ Isso porque a doutrina não costuma fazer menção à razoabilidade da pretensão, mas somente à disponibilidade ou não de recursos financeiros.⁷⁸ Seria, portanto, apenas a reserva do financeiramente possível. Ana Paula Barcellos, por exemplo, assim a define: “De forma geral, a expressão reserva do possível procura identificar o fenômeno econômico da limitação dos recursos disponíveis diante da necessidade quase sempre infinitas a serem por eles supridas”.⁷⁹

Além dessa adulteração interpretativa, há que se considerar também as diferenças entre o ordenamento jurídico alemão – onde a teoria foi criada –, e o brasileiro. Neste ponto, na STA-175, o Relator assim deixou consignado:

Ressalte-se, não obstante, que a questão dos direitos fundamentais sociais enfrenta desafios no direito comparado que não se apresentam em nossa realidade. Isso porque a própria existência de direitos fundamentais sociais é questionada em países cujas Constituições não os preveem de maneira expressa ou não lhes atribuem eficácia plena. É o caso da Alemanha, por exemplo, cuja Constituição Federal praticamente não contém direitos fundamentais de maneira expressa (ALEXY, Robert. Teoria dos Direi-

-Stiftung E.V. 2005, p. 656-667. Disponível em: <http://www.kas.de/wf/doc/kas_7738-544-4-30.pdf> Acesso em: 12 abr. 2014.

⁷⁴ ÁVILA, Kellen Cristina de Andrade. Teoria da reserva do possível. Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3558, 29 mar. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/24062>>. Acesso em: 2 abr. 2014.

⁷⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 3. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 265.

⁷⁶ ÁVILA, Kellen Cristina de Andrade. Op. cit.

⁷⁷ TORRES, Ricardo Lobo. O direito ao mínimo existencial. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 106.

⁷⁸ FALSARELLA, Christiane. Op. cit.

⁷⁹ BARCELLOS, Ana Paula de. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 261.

tos Fundamentais. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 500), e de Portugal, que diferenciou o regime constitucional dos direitos, liberdades e garantias do regime constitucional dos direitos sociais (ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976. 3ª Edição. Coimbra: Almedina, 2004, p. 385). Ainda que essas questões tormentosas permitam entrever os desafios impostos ao Poder Público e à sociedade na concretização do direito à saúde, é preciso destacar de que forma a nossa Constituição estabelece os limites e as possibilidades de implementação deste direito.⁸⁰

Complementa, adiante, asseverando que na Constituição brasileira os direitos sociais, entre os quais se encontra o direito à saúde, são autênticos direitos fundamentais. E que inexistente dúvida que “as demandas que buscam a efetivação de prestações de saúde devem ser resolvidas a partir da análise de nosso contexto constitucional e de suas peculiaridades”.⁸¹ E não da realidade germânica.

Corroborando essa assertiva do Ministro e com a autoridade de quem conhece a realidade do Brasil, onde vive e leciona há quase de 20 anos,⁸² bem como a da Alemanha, onde se graduou e se doutorou,⁸³ o professor Andreas Joachim Krell afirma que existem autores brasileiros que, valendo-se da doutrina constitucional germânica, tentam tornar inviável que os tribunais exerçam um maior controle das políticas sociais. E que invocam os mestres alemães para afirmar que também no Brasil os direitos sociais deveriam ser encarados não como verdadeiros Direitos Fundamentais, mas sim como diretrizes, mandados ou fins do Estado. Sempre afirmando estarem seguindo a linha alemã, esses autores asseveram que, teoricamente, não seria possível construir, a partir de direitos sociais, direitos públicos subjetivos, e ainda que não estaria o Poder Judiciário legitimado para decidir acerca de benefícios individuais. Krell afirma ser essa interpretação duvidosa, sem correspondência com o exigido de um produtivo e cientificamente coerente Direito Constitucional Comparado. E alerta:

Não podemos isolar instrumentos, institutos ou até doutrinas jurídicas do seu manancial político, econômico, social e cultural de origem. Devemos nos lembrar também que os integrantes do sistema jurídico alemão não desenvolveram seus posicionamentos para com os direitos sociais num Estado de permanente crise social e milhões de cidadãos socialmente excluídos. Na Alemanha –

⁸⁰ STA-175, p. 83-84.

⁸¹ STA-175, p. 90.

⁸² Professor Associado concursado de Direito Ambiental e Constitucional da Universidade Federal de Alagoas – UFAL, Maceió – desde 1995. Disponível em: <<http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/visualiza-cv.do?id=P270579#Identificacao>> Acesso em: 19 abr. 2014.

⁸³ Graduado em Ciências Jurídicas (Rechtswissenschaften) pela Freie Universität de Berlim (Alemanha, 1986), onde obteve também o seu título de Doutor em Direito (Doctor Juris, 1993). Idem.

como nos outros países centrais – não há um grande contingente de pessoas que não acham uma vaga nos hospitais mal equipados da rede pública; não há a necessidade de organizar a produção e distribuição da alimentação básica a milhões de indivíduos para evitar sua subnutrição ou morte; não há altos números de crianças e jovens fora da escola; não há pessoas que não conseguem sobreviver fisicamente com o montante pecuniário de ‘assistência social’ que recebem etc. Temos certeza de que quase todos os doutrinadores do Direito Constitucional alemão, se fossem inseridos na mesma situação sócio-econômica de exclusão social com a falta das condições mínimas de uma existência digna para uma boa parte do povo, passariam a exigir com veemência a interferência do Poder Judiciário, visto que este é obrigado de agir onde os outros Poderes não cumprem as exigências básicas da constituição (direito à vida, dignidade humana, Estado Social).⁸⁴

As disparidades legislativas, portanto, bem como as de realidade social existentes entre a Alemanha e o Brasil, também desautorizam a aplicação da reserva do possível ao nosso ordenamento jurídico. Nem na forma como foi ela originalmente concebida, muito menos no modo interpretativo torto que lhe deram certos doutrinadores pátrios.

5. Do Ônus da Prova

Invocando ausência de recursos financeiros para se eximir da obrigação de efetivar direitos fundamentais por meio da utilização de uma teoria totalmente desfigurada e não condizente com a nossa realidade, os entes federativos ainda costumam fazê-lo sem apresentar quaisquer provas do afirmado. E no caso em análise não foi diferente. Olvidando ensinamentos processuais elementares, como o que dispõe que o ônus da prova cabe a quem alega,⁸⁵ se limitou a União a mencionar que o elevado preço do medicamento a ser fornecido à paciente causaria “grave lesão às finanças e à saúde públicas”.⁸⁶

Acontece que esse tipo de comprometimento financeiro “deve sempre ser demonstrado de forma clara e concreta, caso a caso”, consoante lembrou ao agravante o Ministro-Relator Gilmar Mendes.⁸⁷ E o Ministro Celso de Mello no seu voto deixou consignado:

Não deixo de conferir, no entanto, assentadas tais premissas, significativo relevo ao tema pertinente à “reserva do possível” (STEPHEN HOLMES / CASS R. SUNSTEIN, “The Cost of Rights”, 1999, Norton, New York; ANA PAULA DE BARCELLOS, “A

⁸⁴ KRELL, Andreas Joachim. Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des) caminhos de um Direito Constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 107-109.

⁸⁵ Código de Processo Civil, art. 333. O ônus da prova incumbe: I – [...]; II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

⁸⁶ STA-175, f. 74.

⁸⁷ STA-175, f. 86.

Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais”, p. 245/246, 2002, Renovar), notadamente em sede de efetivação e implementação (sempre onerosas) dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige destas prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas. [...] Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível”, - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se, dolosamente, do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade. [...].⁸⁸ (grifamos)

Constata-se, portanto, que o Judiciário não aceita apenas a mera alegação de falta de recursos, exigindo a sua comprovação. Ingo Wolfgang Sarlet, ao comentar prováveis reflexos no orçamento público nas questões afetas ao direito à saúde, refere-se ao Ministro Gilmar Mendes, que lembrou, em recente decisão, existir dever constitucional de investimento de recursos, e até mesmo pisos e limites, na área da Saúde. E complementa:

Há estudos atuais comprovando, categoricamente, que a União não gasta, em nenhuma rubrica orçamentária aquilo que foi disponibilizado pelo orçamento, inclusive na área da saúde. Há provas cabais de Estados e Municípios que não investem naquilo que foi imposto pela União no direito à saúde. Alegar reserva do possível nessas circunstâncias é uma alegação vazia. [...] O ônus da demonstração, o ônus da prova da falta de recursos é do Poder Público; o ônus da necessidade do pedido é do particular.⁸⁹

Ademais, o elevado preço do medicamento não constitui razão para a recorrente se negar a fornecê-lo. Isto porque a Portaria GM nº 1.318, de 23 de julho de 2002,⁹⁰ regulamentou a disponibilização dos medicamentos de dispensação em caráter excepcional. São conhecidos como “excepcionais” os fármacos de elevado preço ou aqueles cujo uso é por tempo prolongado, o que os tornam dispendiosos.⁹¹ O Ministério da Saúde é quem os controla, “sendo alguns deles incluídos na tabela de valores de procedimentos do Sistema de Informações Ambulatoriais do Sistema Único de Saúde - SIA/SUS”.⁹²

⁸⁸ STA-175, f. 112-114.

⁸⁹ STF, Audiência pública: saúde. Brasília: Secretaria de Documentação Coordenadoria de Divulgação e Jurisprudência, 2009, p. 74-81.

⁹⁰ Disponível em: <<http://dtr2001.saude.gov.br/sas/PORTARIAS/Port2002/Gm/GM-1318.htm>> Acesso em: 19 abr. 2014.

⁹¹ BARROS, Jacson Venâncio et al. Sistema de Dispensação de Medicamentos Excepcionais no Estado de São Paulo. Disponível em: <<http://www.sbis.org.br/cbis/arquivos/790.pdf>> Acesso em: 18 abr. 2014.

⁹² Ibidem.

Constata-se, portanto, que a agravante não será surpreendida por um gasto não programado no seu orçamento com o cumprimento da determinação judicial porque já existe, no âmbito do próprio governo federal, uma política voltada para o setor, com recursos provenientes do Ministério da Saúde para a sua efetivação. E disso não olvidou o Ministro-Relator no seu voto na STA-175:

Ressalte-se, ainda, que o alto custo do medicamento não é, por si só, motivo para o seu não fornecimento, visto que a Política de Dispensação de Medicamentos excepcionais visa a contemplar justamente o acesso da população acometida por enfermidades raras aos tratamentos disponíveis.⁹³

E não podemos aqui deixar de mencionar a arguta observação de Américo Bedê Freire Júnior:

Será que é possível falar em falta de recursos para a saúde quando existem, no mesmo orçamento, recursos com propaganda do governo? Antes de os finitos recursos do Estado se esgotarem para os direitos fundamentais, precisam estar esgotados em áreas não prioritárias do ponto de vista constitucional e não do detentor do poder.⁹⁴

Portanto, a mera alegação de falta de recursos financeiros como fundamento para não cumprir determinação judicial de fornecimento de medicamentos a quem deles necessita, desacompanhada de quaisquer provas que atestem a sua veracidade, não merece crédito.

Conclusão

A grande quantidade de indivíduos recorrendo ao Poder Judiciário para ter concretizado o seu direito à saúde por meio do acesso a medicamentos que lhes são vitais representa, para nós, um preocupante indicador da falta de eficácia das políticas públicas no atendimento a direitos fundamentais constitucionalmente garantidos. E em que pese o brilhantismo da decisão da Suprema Corte na STA-175, constatamos que o problema vem se repetindo e continuam a pulular ações em idêntico sentido,⁹⁵ apesar de já haver transcorrido quatro anos do proferimento daquele acórdão.

A questão é extremamente séria, pois envolve vidas, de forma que uma decisão denegatória da concessão de um medicamento de elevado custo, vital para um doente sem condições financeiras para adquiri-lo, representará autêntica sentença com pena de morte. E fica difícil aceitar como justa uma decisão desse jaez, proferida no contexto de um ordenamento jurídico impregnado pelo princípio da dignidade da pessoa humana.

⁹³ STA-175, f. 73.

⁹⁴ O controle judicial de políticas públicas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 74.

⁹⁵ BALBANI, Aracy P. S. Ações judiciais para obtenção de medicamentos. Disponível em: <<http://advivo.com.br/blog/aracy/acoes-judiciais-para-obtencao-de-medicamentos>> Acesso em: 24 mai. 2014.

De forma que beira a irresponsabilidade a tese dos entes federativos da falta de recursos financeiros para o cumprimento das decisões judiciais por meio da utilização de uma versão equivocada da teoria da reserva do possível, desacompanhada de quaisquer provas. A transferência mal feita dessa teoria para a realidade pátria pode resultar na adoção de soluções compatíveis com o contexto socioeconômico europeu, completamente diverso do brasileiro, com o risco de provocar sentenças injustas. E mesmo a reserva do “financeiramente” possível, como querem alguns doutrinadores pátrios, deve estar necessariamente muito bem comprovada para constituir empecilho à concretização de um direito de tamanha relevância.

Entendemos que com a Constituição de 1988 tratando a saúde como direito fundamental, quando houver confronto entre o direito de acesso a medicamentos e a teoria da reserva do possível, dúvidas não há que a opção deva ser pela garantia de acesso ao fármaco, opção essa que privilegia a vida, pressuposto básico de qualquer direito.

Referências

AMARAL, Gustavo. Direito, escassez e escolha. Critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BARCELLOS, Ana Paula de. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes; MOREIRA, Vital. Fundamentos da Constituição. Coimbra: Coimbra, 1991.

HESSE, Konrad. Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass R. The cost of rights: why liberty depends on taxes. New York: W. W. Northon & Company, 2000.

KRELL, Andreas Joachim. Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des) caminhos de um Direito Constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

MÂNICA, Fernando Borges. Teoria da reserva do possível: direitos fundamentais a prestações e a intervenção do poder judiciário na implementação de políticas públicas. Revista Brasileira de Direito Público, Belo Horizonte, ano 5, n. 18, p. 169-186, jul./set. 2007.

NUNES, Luiz Antônio Rizzato. O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana – doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2002.

NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. A Cidadania Social na Constituição de 1988 – Estratégias de Positivização e Exigibilidade Judicial dos Direitos Sociais. São Paulo: Verbatim, 2009.

SANTOS, Lenir (org.). Direito da saúde no Brasil. Campinas: Saberes, 2010.

SCHEFFER, Mário (Org.) Programa Nacional de DST e Sida: o remédio via justiça - Um estudo sobre o acesso a novos medicamentos e exames em HIV/AIDS no Brasil por meio de ações judiciais. Brasília, DF: Ministério da Saúde, 2005, Série Legislação, n. 3.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 3. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

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

Capítulo II

O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O PRINCÍPIO FUNDAMENTAL DA DIGNIDADE HUMANA: EFETIVAÇÃO DO MÍNIMO EXISTENCIAL

Alexandre Calixto¹
Rayanna Brito²

Introdução

Em um primeiro momento, proteção e promoção da dignidade humana foram consideradas tarefas exclusivas dos poderes políticos do Estado, ou seja, dos Poderes Executivo e Legislativo³.

Não demorou muito, entretanto, para que essas metas políticas e valores morais inscritos na dignidade migrassem para o Direito⁴, o que conseqüentemente levou a Corte Suprema a enfrentar pleitos que objetivam a concretização de comandos constitucionais definidores de direitos fundamentais sociais, ante a omissão estatal na consecução de políticas públicas que possibilitem sua fruição.

O presente trabalho procura abordar o posicionamento da Corte Suprema na concretização do direito fundamental à educação, por meio da análise do acórdão n.º 639.337, no qual foi reconhecida a existência de direitos mínimos, fundados no princípio fundamental da dignidade humana.

Iniciaremos por uma breve descrição do caso, destacando os principais pontos utilizados pela Corte Suprema, na concretização do direito social à educação.

O objetivo deste trabalho não é abordar todos os fundamentos utilizados no acórdão, mas sim versar sobre o argumento que reconheceu a existência de direitos mínimos do indivíduo, fundados no princípio da dignidade da pessoa humana, que no caso concreto prevaleceram sobre o argumento estatal baseado na escassez de recursos financeiros, como justificativa para omissão na efetivação de políticas públicas definidas no próprio texto constitucional.

¹ Mestre em Direito Ambiental pela Universidade Católica de Santos. Professor universitário. Advogado em Santos/SP.

² Mestre em Direito Ambiental pela Universidade Católica de Santos. Professora universitária – Fpbe. Docente nos cursos preparatórios para concurso público e exame da OAB – Atual concursos e Aprova concursos. Advogada.

³ BARROSO, Luís Roberto. A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013, p.62.

⁴ Idem *Ibidem*

1. Descrição do Caso

A escolha do caso a ser analisado deu-se em razão da abordagem de princípios que, ao serem efetivados no ordenamento jurídico tanto interno quanto internacional, tornam possível a concretização da dignidade da humana.

Trata-se da aplicação da teoria do mínimo existencial em face da teoria da reserva do possível.

O município de São Paulo foi acionado para garantir, com base legal, o que reza o artigo 208, IV da Constituição Federal (CF), com redação dada pela Emenda à Constituição nº 53, de 2006, combinado com a previsão do artigo 211, parágrafo 2º, o dever prestacional à Educação Infantil, para crianças com até cinco anos de idade, em creches e pré-escolas localizadas nas proximidades do domicílio do menor, ou no caso de impossibilidade, do trabalho da responsável.

A sentença proferida em primeira instância de julgamento decidiu pela imediata ação do Poder Público municipal no sentido de acolher a pretensão da ação, garantindo o Direito à Educação e cominando multa diária no caso de descumprimento da ordem judicial.

Os autos subiram ao Supremo Tribunal Federal (STF), em razão de Recurso Extraordinário interposto pela Procuradoria-Geral do Município de São Paulo, fundado na alegada falta de constitucionalidade do ato do juiz monocrático, ao versar sobre assuntos de competência exclusiva do Poder Executivo, transgredindo, assim, o postulado da separação de poderes.

Também alega a Procuradoria, em defesa do município, o instituto da reserva do possível. Atribuindo à falta de previsão orçamentária, o fundamento da omissão estatal na prestação do serviço educacional.

O voto do Ministro Celso de Mello, por todos os fundamentos apresentados pela municipalidade, foi no sentido de negar provimento ao recurso, mantendo a decisão atacada, pelos fundamentos a seguir sintetizados.

O Direito à Educação, mais especificamente às crianças, é consagrado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal⁵ como um dos Direitos Sociais mais expressivos pertencentes à categoria dos direitos de segunda geração ou dimensão.⁶ Seu adimplemento se revela por uma prestação positiva do Estado, que assume o papel de garantir o acesso pleno de seus titulares ao sistema educacional.

Para bem fundar a posição da Corte, o relator colaciona no julgado os ensinamentos de Celso Lafer⁷, no sentido de que:

[...] É por essa razão que os assim chamados direitos de segunda geração, previstos pelo ‘welfare state’, são direitos de crédito do indivíduo em relação à coletividade. Tais direitos – como o di-

⁵ AI 474.444 – AgR/SP, Rel. Min. Marco Aurélio – RE 410.715 – AgR/SP, Rel. Min. Celso de Mello, v.g.

⁶ RTJ 164/158-161.

⁷ LAFER, Celso. A Reconstrução dos Direitos Humanos. São Paulo: Companhia das Letras, 1998, p.127,130 e131.

reito ao trabalho, à saúde, à educação – tem como sujeito passivo o Estado porque, na interação entre governantes e governados, foi a coletividade que assumiu a responsabilidade de atendê-los. O titular desse direito, no entanto, continua sendo, como nos direitos de primeira geração, o homem na sua individualidade. Daí a complementaridade, na perspectiva ‘ex parte populi’, entre os direitos de primeira e de segunda geração, pois estes últimos buscam assegurar as condições para o pleno exercício dos primeiros, eliminando ou atenuando os impedimentos ao pleno uso das capacidades humanas. Por isso, os direitos de crédito, denominados direitos econômicos, sociais e culturais, podem ser encarados como direitos que tornam reais direitos formais: procuram garantir a todos o acesso aos meios de vida e de trabalho num sentido amplo [...].

Com isso, objetiva o legislador constituinte, no que diz respeito à educação infantil, exatamente por constar no texto da Lei Fundamental da República, a necessidade de implantação de políticas públicas que objetivem cessar as desigualdades de acesso as creches e pré-escolas. Traduzindo assim, omissão⁸ censurável ao Poder Público, sua não realização.

O STF se posiciona no sentido de não poder, considerada a dimensão política da jurisdição constitucional àquela Corte outorgada, demitir-se do dever de tornar efetivos os direitos sociais – enquanto direitos de segunda geração ou dimensão, como é o caso do direito à educação. Sustentando a alegação de que, se assim não o for, resta comprometida a eficácia da própria Constituição por inércia governamental das prestações positivas impostas ao Poder Público⁹.

Salienta o Relator que, conforme já firmado na jurisprudência da Corte¹⁰, não é função ordinária institucional do Poder Judiciário a implementação de políticas públicas¹¹, uma vez que compete primordialmente aos Poderes Legislativo e Executivo.

No entanto, firmou-se a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido da constitucional intervenção do Poder Judiciário, no caso de omissão dos Poderes competentes, justamente para garantir a eficácia de um direito básico de índole social, e integridade dos direitos individuais e/ou coletivos que se revestem de estatura constitucional.

A necessidade institucional do Poder Judiciário de agir – derivada da omissão ou retardo dos órgãos públicos – ocorre, pois, o comportamento da Corte não pode reduzir-se a posição de passividade em face de violação à própria Constituição. Isto,

⁸ Em tema de Descumprimento do processo de concretização das liberdades positivas (Direito Constitucional de Segunda Geração), ver ADPF 45/ DF, Rel. Min. Celso de Mello (Informativo/STF nº 345/2004).

⁹ Em tema de Inconstitucionalidade por omissão, ver RTJ 175/1212-1213, Rel. Min. Celso de Mello.

¹⁰ ADPF 45/DF, Rel. Min. Celso de Mello. (Informativo 345/2004)

¹¹ Sobre competência à implementação de políticas públicas: ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976, Coimbra: Almedina, 1987, p. 207.

pois, conforme magistério doutrinário¹², a inércia do Estado revela-se motivo gerador de processos informais de mudança da Constituição.

A Corte Suprema tem se posicionado com o intuito de neutralizar os efeitos negativos da omissão governamental, o que se revela grave ameaça a direitos básicos assegurados pela própria Lei Fundamental, porém inacessíveis em razão da arbitrária inércia estatal.

O Relator, neste ponto, salienta a importância da norma programática, e alerta quanto à impossibilidade de esta ser transformada em “promessa constitucional inconsequente”, uma vez que estas se revestem de eficácia jurídica e caráter cogente.¹³

No que tange à reserva do possível, objeto de defesa da municipalidade, o acórdão se posiciona no sentido de que a efetivação tanto dos direitos sociais, econômicos e culturais, apresenta determinado vínculo financeiro que inevitavelmente se subordina ao orçamento do Estado. No entanto, não poderá se valer o ente estatal, em face deste cenário, de limitações manejadas com o intuito de frustrar o acesso e a preservação de condições materiais mínimas de existência da pessoa como indivíduo e dos cidadãos.¹⁴

Neste ponto, reconhece o Relator a escassez dos recursos públicos para a execução de políticas públicas previstas na Lei Fundamental, assim como para a implementação dos direitos sociais no mesmo diploma assegurado. Cenário que faz com que o Estado, ao sopesar determinados valores, em detrimento de outros na mesma medida relevantes, seja compelido a tomar as doutrinariamente¹⁵ reconhecidas “escolhas trágicas”.

Para o Relator, tais escolhas devem ser fundadas na dignidade da pessoa humana, sob a perspectiva do mínimo existencial com o fim de efetivar o texto das normas programáticas previstas na CF.

Isto, pois, a observação do mínimo existencial, não só garante como decorre da dignidade humana,¹⁶ assegurando a todas as pessoas, sejam consideradas em sua indivi-

¹² FERRAZ, Ana Cândida da Cunha. Processos informais de mudança da Constituição. 5. ed., São Paulo: Max Limonad, 1986, p. 230/232. MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. 2. ed., Tomo II/406 e 409, Coimbra: Ed. Coimbra, 1988. CANOTILHO, Gomes; MOREIRA, Vital. Fundamentos da Constituição. Coimbra: Coimbra, 1991, p.46.

¹³ Sobre normas programáticas, a Min. Cármen Lúcia fez constar na decisão do AI 583.136/SC que: “Ao contrário do que decidido pelo Tribunal ‘a quo’, no sentido de que a manutenção da sentença provocaria ingerência de um outro poder, a norma do art. 227 da Constituição da República impõe aos órgãos estatais competentes – no caso integrantes da estrutura do Poder Executivo – a implementação de medidas que lhes foram legalmente atribuídas. Na espécie em pauta, compete ao Estado, por meio daqueles órgãos, o atendimento social às crianças e aos adolescentes vítimas de violência ou exploração sexual. Tanto configura dever legal do Estado e direito das vítimas de receber tal atendimento. [...] É competência do Poder Judiciário, vale dizer, dever que lhe cumpre honrar, julgar as causas que lhe sejam submetidas, determinando as providências necessárias à efetividade dos direitos inscritos na Constituição e em normas legais [...]”.

¹⁴ Neste sentido, o posicionamento do STF no julgamento da ADPF 45/DE, Rel. Min. Celso de Mello, Informativo/STF nº. 345/2004.

¹⁵ CALABRESI, Guido; BOBBIT, Philip. Tragic Choices - The Conflicts society confronts in the allocation of tragically scarce resources, W.W. Norton & Company Inc., 1978. CASTRO, Gustavo Almeida Paolinelli, Direito à segurança pública: Intervenção, Escassez e Escolhas Trágicas. FLEURY, Sônia. Direitos Sociais e Restrições Financeiras: escolhas trágicas Belo Horizonte, Parlatorium, 2007.

¹⁶ Sobre reserva do possível e mínimo existencial: AI 583.553/SC, Rel. Min. Celso de Mello: “Impossibili-

dualidade, bem como a toda a coletividade, prestações positivas originárias do Estado, de onde decorre a fruição de direitos sociais básicos, como é o caso da Educação.

Neste ponto, o Relator colaciona o mandamento contido na Declaração Universal dos Direitos Humanos¹⁷, que bem fundamenta o posicionamento da Corte:

Artigo XXV – 1. Todo homem 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 em circunstâncias fora de seu controle.

2. A maternidade e a infância têm direito a cuidados e assistência especiais. Todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozarão da mesma proteção social.

Desta feita, conclui o Relator que a cláusula da reserva do possível não pode sobrepor-se à aniquilação de direitos previstos na Lei Fundamental; resultando que os Municípios, agentes competentes pela atuação no ensino fundamental e infantil¹⁸, não poderão sob quaisquer hipóteses se exonerar da responsabilidade imposta pela Constituição.¹⁹ Isto, pois, em razão de sua previsão constitucional, assumem caráter juridicamente vinculante, impondo aos entes municipais limitação à discricionariedade político-administrativa²⁰.

Por todos os motivos expostos acima pelo Relator e pela jurisprudência²¹ firmada pelo Supremo Tribunal Federal, em matéria de discricionariedade político-administrativa, bem como sobre a alegação da municipalidade e seus fundamentos à reserva do possível, conclui ao final inacolhível a pretensão da recorrente.

Salienta neste ponto o Relator, o respeito ao princípio da proibição do retrocesso²²

dade de invocação pelo Poder Público, da cláusula da reserva do possível sempre que puder resultar, de sua aplicação, comprometimento do núcleo básico que qualifica o mínimo existencial (RTJ 200/191 -197).

¹⁷ Promulgada em Paris, em 10 de dezembro de 1948.

¹⁸ Conforme disposição do Artigo 211, parágrafo 2º, CF.

¹⁹ Artigo 208, IV da CF.

²⁰ FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. Políticas Públicas – A Responsabilidade do Administrador e o Ministério Público. São Paulo: Max Limonad. 2000, pag. 200.

²¹ AI 455.802/SP, Rel. Min. Marco Aurélio – AI 475.571/SP, Rel. Min. Marco Aurélio – RE 401.673/SP, Rel. Min. Marco Aurélio – RE 410.715 – AgR/SP, Rel. Min. Celso de Mello – RE 411.518 – AgR/SP, Rel. Min. Marco Aurélio – RE 595.595 ç AgR/SC, Rel. Min. Eros Grau – RE 436.996/SP, Rel. Min. Celso de Mello.

²² A doutrina se manifesta no mesmo sentido do voto do Relator quanto à aplicação do princípio do retrocesso em matéria de direitos sociais: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais. 1. ed./2. tir. Brasília: Brasília Jurídica. 2002 p.127/128; CANOTILHO, J.J Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra: Almedina, 1998, p.320/322; KRELL, Adreas Joachim. Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha. Porto Alegre: Fabris Editor, 2002, p. 40; SARLET, Ingo W. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1998.

que, em matéria social, significa dizer que, uma vez alcançados direitos, veda-se a redução ou supressão destes pelo Estado, excetuando-se casos em que medidas compensatórias sejam impostas pelo governo.

Para bem fundar o posicionamento da corte, colaciona as palavras de J.J. Gomes Canotilho²³ em tema de vedação ao retrocesso social:

O princípio da democracia econômica e social aponta para a proibição de retrocesso social.

A ideia aqui expressa também tem sido designada como proibição de ‘contra-revolução social’, ou da ‘evolução reaccionária’. Com isto quer dizer-se que os direitos sociais e econômicos (ex.: direito dos trabalhadores, direito à assistência, direito à educação), uma vez obtido um determinado grau de realização, passam a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjectivo. A ‘proibição de retrocesso social’ nada pode fazer contra as recessões e crises econômicas (reversibilidade fáctica), mas o princípio em análise limita a reversibilidade dos direitos adquiridos (ex.: segurança social, subsídio de desemprego, prestações de saúde), em clara violação do princípio da protecção da confiança e da segurança dos cidadãos no âmbito económico, social e cultural, e do núcleo essencial da existência mínima inerente ao respeito pela dignidade da pessoa humana. O reconhecimento desta protecção de direitos prestacionais de propriedade, subjectivamente adquiridos, constitui um limite jurídico do legislador e, ao mesmo tempo, uma obrigação de prossecução de uma política congruente com os direitos concretos e as expectativas subjectivamente alicerçadas. A violação no núcleo essencial efectivado justificará a sanção de inconstitucionalidade relativamente a normas manifestamente aniquiladoras da chamada justiça social. Assim, por ex., será inconstitucional uma lei que extinga o direito a subsídio de desemprego ou pretenda alargar desproporcionadamente o tempo de serviço necessário para a aquisição do direito à reforma (...). De qualquer modo, mesmo que se afirme sem reservas a liberdade de conformação do legislador nas leis sociais, as eventuais modificações destas leis devem observar os princípios do Estado de direito vinculativos a actividade legislativa e o núcleo essencial dos direitos sociais. O princípio da proibição de retrocesso social pode formular-se assim: o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efectivado através de medidas legis-

²³ FERRAZ, Ana Cândida da Cunha. Processos informais de mudança da Constituição. 5. ed., São Paulo: Max Limonad, 1986, p. 230/232. MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. 2. ed., Tomo II/406 e 409, Coimbra: Ed. Coimbra, 1988. CANOTILHO, Gomes; MOREIRA, Vital. Fundamentos da Constituição. Coimbra: Coimbra, 1991. p. 320/321.

lativas ('lei da segurança social', 'lei do subsídio de desemprego', 'lei do serviço de saúde') deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo 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 de conformatação do legislador e inerente auto-reversibilidade têm como limite o núcleo essencial já realizado.

Superado mediante ilustre magistério colacionado, o tema do princípio do retrocesso social, passa o Relator à análise da multa diária imposta a municipalidade no caso de descumprimento da ordem judicial.

Defende ele, ser este ato revestido de legitimidade, tendo em vista o papel de coibir o poder público no descumprimento da obrigação, forçando-o assegurar o direito social à Educação ao qual é competente por força da Constituição.

Invocando a previsão do artigo 461, parágrafo 5º do Código de Processo Civil²⁴, o Relator salienta que inexistem obstáculos jurídicos-processuais que impeçam a aplicação da determinada multa às entidades de direito público.

No mesmo sentido se manifesta a doutrina²⁵ e a jurisprudência²⁶ ao afirmar que a "astreinte" tem força coercitiva e visa obrigar a parte acionada, ainda que se trate do Poder Público, a cumprir os mandamentos da sentença judicial. Sendo assim, afirma o Relator ser o ato do magistrado, ao cominar multa à municipalidade por criança não atendida, revestido de plena legalidade.

De toda análise do acórdão, ao final, por unanimidade a Turma negou provimento ao recurso do Município de São Paulo, nos termos do voto do Relator, o Senhor Ministro Celso de Mello.

2. Direito Fundamental Social à Educação e o Mínimo Existencial

O impacto da industrialização e os graves problemas sociais e econômicos que a acompanharam, as doutrinas socialistas e a constatação de que a consagração formal de

²⁴ Redação do artigo 461, parágrafo 5º do Código de Processo Civil: "Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial."

²⁵ CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Algumas Questões sobre as Astreintes (multa cominatória). Revista Dialética de Direito Processual nº 15. p.95/104, item n.7, junho-2004; AMARAL, Guilherme Rizzo. As Astreintes e o Processo Civil Brasileiro: multa do artigo 461 do CPC e outras, [Porto Alegre: Livraria do Advogado 2004, p.99/103; TALAMINI, Eduardo. Tutela Relativa aos Deveres de Fazer e não Fazer: e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC arts. 461 e 461-A; CDC, art. 84), 2. ed, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 246/247.

²⁶ RT 808/253-256 - RF 370/297-299 - RE 495.740 - TAR/DF, Rel. Min. Celso de Mello - Resp nº 201.378/SP, Rel. Min. Fernando Gonçalves - Resp nº 784.188/RS, Rel. Min. Teori Albino Zavascki - Resp nº 810.017/RS, Rel. Min Francisco Peçanha Martins.

liberdade e igualdade não gerava a garantia do seu efetivo gozo acabaram, já no decorrer do século XIX, gerando amplos movimentos reivindicatórios e o reconhecimento progressivo de direitos atribuindo ao Estado comportamento ativo na realização da justiça social, acarretando no surgimento dos direitos sociais e econômicos²⁷.

Segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho²⁸:

O aparecimento dos 'direitos econômicos e sociais' ao lado das 'liberdades' nas Declarações é o fruto de uma evolução que se inicia com a crítica logo feita pelos socialistas ao caráter 'formal' das liberdades consagradas nos documentos individualistas. Essas liberdades seriam iguais para todos, é certo; mas a maioria, porém, seriam sem sentido porque a ela faltariam os meios de exercê-los. De que adianta a liberdade de imprensa para todos aqueles que não têm os meios para fundar, imprimir e distribuir um jornal? Destarte, a atribuição em realidade para todos do direito de exercer esses direitos fundamentais implicaria uma reforma econômico-social, ou ao menos, uma intervenção do Estado para que o mínimo fosse assegurado à maioria.

As lutas sociais que emergiram tais direitos sociais à condição de direitos humanos, não serão abordadas no presente texto, tendo sido mencionadas pela importância no contexto do reconhecimento universal desses direitos, na concretização do ideal do respeito à dignidade humana.

Dentre os direitos sociais positivados na Carta Política de 1988, o direito à educação tem assumido importância predominante para a concretização dos valores tutelados pela Constituição e, principalmente, para a construção de patamar mínimo de dignidade para os cidadãos.²⁹

Neste ponto, é interessante ressaltar o papel desempenhado por uma educação de qualidade na completa eficácia dos direitos políticos dos cidadãos, principalmente no que se refere aos instrumentos de participação direta, como o referendo e o plebiscito. Isto porque as falhas na formação intelectual da população inibem sua participação no processo político e impedem o aprofundamento da democracia.³⁰

A efetividade do direito à educação, como direito fundamental social, será analisado no presente texto sob a ótica da concretização deste, para tanto utilizaremos a definição dada por Luís Roberto Barroso³¹, para quem a efetividade "simboliza a aproximação,

²⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 51.

²⁸ FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 276-277.

²⁹ BRANCO, Paulo Gustavo; MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 654.

³⁰ Idem, p. 655.

³¹ BARROSO, Luís Roberto. O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996, p. 83

tão íntima quanto possível, entre o dever ser normativo e o ser da realidade social.”

Em que pese a Constituição Federal dispor que o direito à educação é um dever do Estado³², Gilmar Ferreira Mendes atesta que a dependência de recursos financeiros para a efetivação dos direitos de caráter social leva parte da doutrina a defender que as normas consagradoras desses direitos têm feição programática³³, dependendo de formulação de políticas públicas para se tornarem exigíveis³⁴, o que acabaria por inviabilizar a atuação do Poder Judiciário na concretização de direito social fundamental, quando diante de uma omissão estatal.

Nessa perspectiva, também se defende que a intervenção do Poder Judiciário, ante a omissão estatal quanto à construção satisfatória dessas políticas, violaria o princípio da separação dos poderes.³⁵

O presente estudo não irá abordar a temática da suposta violação à teoria da separação de poderes, entretanto, ressalta-se que, para os defensores da atuação do Poder Judiciário na concretização dos direitos sociais, em especial do direito à saúde e à educação, argumentam que tais direitos são indispensáveis para a realização da dignidade da pessoa humana. Assim, ao menos o mínimo existencial de cada um dos direitos, exigência lógica do princípio da dignidade da pessoa humana, não poderia deixar de ser objeto de apreciação judicial.³⁶

Afastando-se a alegada violação da separação dos poderes, tem-se que observar que, pelo fato de os direitos sociais fundamentais exigirem prestações do Estado, diretamente vinculadas à destinação, distribuição (redistribuição), bem como à criação de bens materiais, aponta-se com propriedade para sua dimensão economicamente relevante.³⁷

No que diz respeito aos direitos sociais a prestações, seu “custo” assume especial relevância no âmbito de sua eficácia e efetivação, significando, pelo menos para grande parte da doutrina, que a efetiva realização das prestações reclamadas não é possível sem que se aloque algum recurso, dependendo, em última análise, da conjuntura econômica, já que aqui está em causa a possibilidade de os órgãos jurisdicionais imporem ao Poder Público a satisfação das prestações reclamadas.³⁸

Dessa forma, conclui-se que a dimensão econômica dos direitos sociais fundamentais é um dos argumentos utilizados pelos defensores da impossibilidade do Poder Judiciário, em sua função típica, dar efetividade aos comandos constitucionais, quando

³² Cf. artigo 208, da CF.

³³ Normas programáticas são aquelas que estatuem programas a serem desenvolvidos pelo Estado. BULOS, Uaddi Lammêgo. Curso de Direito Constitucional. 6. Ed., São Paulo: Saraiva, 2011, p.474.

³⁴ BRANCO, Paulo Gustavo; MENDES, Gilmar Ferreira, Op. cit. p.608.

³⁵ Idem, ibidem.

³⁶ Idem, ibidem.

³⁷ SARLET, Ingo Wolfgang, Op. cit., p. 263.

³⁸ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direito à Saúde: algumas aproximações. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n. 24, jul. 2008. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo_mariana.html>. Acesso em: mar.2014.

diante de uma omissão estatal.

Neste passo, a dita justiciabilidade dos direitos fundamentais passou a estar relacionada ao que se convencionou chamar “reserva do possível”, isto é, a disponibilidade fática e jurídica de recursos para efetivação desses direitos, bem como a proporcionalidade e razoabilidade da prestação exigida.³⁹

Argumenta-se que o Poder Judiciário, o qual estaria vocacionado a concretizar a justiça do caso concreto (microjustiça), muitas vezes não teria condições de, ao examinar determinada pretensão à prestação de um direito social, analisar consequências globais da destinação de recursos públicos em benefício da parte com invariável prejuízo para o todo.⁴⁰

Robert Alexy, fundamentando seu pensamento na ponderação de princípios, assevera que a força do princípio da competência orçamentária do legislador não é ilimitada. Ele não é um princípio absoluto. Direitos individuais podem ter peso maior do que razões político-financeiras.⁴¹

No acórdão ora analisado, em que a Corte Suprema determinou que o Poder Executivo concretizasse ao comando constitucional esculpido no artigo 208, IV, CF, a dignidade humana é tida como um princípio⁴², e seu conteúdo essencial é fonte direta de direitos e deveres⁴³, possibilitando a identificação do núcleo mínimo dos direitos fundamentais e consequentemente sua exigibilidade.

A previsão do princípio da dignidade humana como princípio fundamental do Estado Democrático de Direito (artigo 1o, III, CF) revela que legislador constituinte deixou transparecer de forma clara e inequívoca a sua intenção de outorgar aos princípios fundamentais a qualidade de normas embasadoras e informativas de toda ordem constitucional, e especialmente das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais⁴⁴.

O valor da dignidade humana impõe-se como núcleo básico e informador de todo o ordenamento jurídico, como critério e parâmetro de valoração a orientar a interpretação e compreensão do sistema constitucional.⁴⁵

Intenta-se a reaproximação da ética e do direito, e, neste esforço, surge a força normativa dos princípios, especialmente do princípio da dignidade humana⁴⁶.

O Ministro Celso de Mello, em seu voto, extrai do princípio da dignidade humana

³⁹ VEÇOSO, Fabia Fernandes Carvalho. O Poder Judiciário e os Direitos Humanos: um panorama sobre a discussão relativa à justiciabilidade desses direitos. In: AMARAL JUNIOR, Alberto do; JUBILUT, Liliana Lyra (organizadores). O STF e o Direito Internacional dos Direitos Humanos. São Paulo: Quatier Latin, 2009, p. 86.

⁴⁰ BRANCO, Paulo Gustavo; MENDES, Gilmar Ferreira, Op. cit., p. 608.

⁴¹ ALEXY, Robert, Teoria dos Direitos Fundamentais. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p.513.

⁴² “Princípio são mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas”. ALEXY, Robert, op. cit., p. 90.

⁴³ BARROSO, Luís Roberto, Op. cit. p. 65 e 66.

⁴⁴ SARLET, Ingo Wolfgang, Op. cit., p. 82.

⁴⁵ LUNÓ, Antônio Enrique Pérez, apud PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. 13. ed. São Paulo: Saraiva. p. 292.

⁴⁶ PIOVESAN, Flávia, Op. cit., p. 292.

(artigo 1º, III e artigo 3º, III, ambos da CF) o conteúdo mínimo do direito fundamental à educação, para afastar o argumento estatal da impossibilidade financeira, asseverando que a cláusula da reserva do possível encontrará, sempre, insuperável limitação na exigência constitucional de preservação do mínimo existencial que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanação direta do postulado da dignidade da pessoa humana, tal como tem sido reconhecido pela jurisprudência constitucional desta Suprema Corte.⁴⁷

Luís Roberto Barroso define o mínimo existencial:

como pressuposto necessário ao exercício da autonomia, tanto pública quanto privada. Para poder ser livre, igual e capaz de exercer plenamente a sua cidadania, todo indivíduo precisa satisfazer as necessidades indispensáveis à sua existência física e psíquica. O mínimo existencial corresponde ao núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais e seu conteúdo equivale às pré-condições para o exercício dos direitos individuais e políticos, da autonomia privada e pública.⁴⁸

Ingo Sarlet adverte que:

[...] de qualquer modo, tem-se como certo que a garantia efetiva de uma existência digna abrange mais do que a garantia da mera sobrevivência física, situando-se, portanto, além do limite da pobreza absoluta. Sustenta-se, nesta perspectiva, que se uma vida sem alternativas não corresponde às exigências da dignidade humana, a vida humana não pode ser reduzida à mera existência.⁴⁹

Pode-se asseverar que a dignidade humana, como alicerce do Estado Democrático de Direito, acarreta de forma imperiosa o reconhecimento ao indivíduo de direitos mínimos, exigíveis subjetivamente, na consecução de oportunidades igualitárias de desenvolvimento. No acórdão analisado no presente texto, o Pretório Excelso afasta os argumentos atinentes à reserva do possível e da ingerência indevida do Poder Judiciário no Poder Executivo, invocando o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, enaltecendo sua centralidade no ordenamento jurídico:

A noção de mínimo existencial, que resulta, por implicitude, de determinados preceitos constitucionais (CF, art. 1º, III, e art. 3º, III), compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à

⁴⁷ AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 639.337 SÃO PAULO, pág.154.

⁴⁸ BARROSO, Op. cit., p. 276.

⁴⁹ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner, Op. cit..

moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança.⁵⁰

Conclusão

Apesar da possibilidade de se questionar a vinculação direta de todos os direitos sociais consagrados na Constituição Federal com o princípio da dignidade humana, não há como desconsiderar ou mesmo negar tal conexão para a efetiva fruição de uma vida com dignidade⁵¹.

Conforme assinala Luís Roberto Barroso, na Constituição Federal de 1988 a dignidade da pessoa humana foi elevada ao patamar de fundamento do Estado Democrático de Direito. Uma vez situado como princípio basilar, o legislador constituinte brasileiro conferiu à ideia de dignidade da pessoa humana a qualidade de norma embasadora de todo sistema constitucional (Artigo 1o, III).⁵²

Pode-se afirmar que a Carta Política de 1988 elegeu o valor da dignidade humana como valor essencial, que lhe dá unidade de sentido, informando toda a ordem constitucional⁵³.

A Corte Suprema, ao dar efetividade ao direito fundamental social positivado no artigo 208, IV, CF, aponta para a centralidade da dignidade humana como vetor interpretativo da Lei Maior, revelando a natureza jurídica de princípio da dignidade humana, de forma que deve se sobrepor à discricionariedade do administrador público, notadamente na efetivação de direitos sociais mínimos, em respeito ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, positivado no artigo 1o, III, da Lei Maior.

Referências

ALEXY, Robert, Teoria dos Direitos Fundamentais. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p.513.

AMARAL, Guilherme Rizzo. As Astreintes e o Processo Civil Brasileiro: multa do artigo 461 do CPC e outras. Porto Alegre: Livraria do Advogado 2004, p.99-103.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976. Coimbra: Almedina, 1987, p. 207.

BARROSO, Luís Roberto. O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996, p. 83

_____. A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

⁵⁰ AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 639.337 SÃO PAULO. p.156.

⁵¹ SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. 9. ed. (digital). Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2011, p.82.

⁵² BARROSO, Luís Roberto. A nova interpretação constitucional. Apud SOARES, Ricardo Maurício Freira. O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana. São Paulo: Saraiva, 2013, p.135.

⁵³ PIOVESAN, Op. cit., p.84.

BRANCO, Paulo Gustavo; MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BULOS, Uaddi Lammêgo. Curso de Direito Constitucional. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CALABRESI, Guido; BOBBIT, Philip. Tragic Choices - The Conflicts society confronts in the allocation of tragically scarce resources. W.W. Norton & Company Inc., 1978.

CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital. Fundamentos da Constituição, Coimbra: Coimbra, 1991.

CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra: Almedina, 1998.

CASTRO, Gustavo Almeida Paolinelli de. Direito à segurança pública: intervenção, escassez e escolhas trágicas. Parlatorium, Belo Horizonte, 01 nov. 2007.

FERRAZ, Ana Cândida da Cunha. Processos informais de mudança da Constituição. 5. ed. São Paulo: Max Limonad, 1986.

FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1984.

FLEURY, Sônia. Direitos Sociais e Restrições Financeiras: Escolhas Trágicas sobre Universalização. Ciência & Saúde Coletiva, v. 16, n. 1, p. 18-30, 2001.

KRELL, Adreas Joachim. Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha. Porto Alegre: Fabris Editor. 2002.

LAFER, Celso. A Reconstrução dos Direitos Humanos. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais. 1. ed.2. tir. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. 2. ed., Tomo II/406 e 409. Coimbra: Coimbra, 1988.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

SARLET, Ingo W. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1998. Panóptica, Vitória, ano 1, n. 4, dez. 2006, p. 1-22. Disponível em: <<http://www.panoptica.org>>. Acesso em: mar.2014.

_____. A eficácia dos direitos fundamentais. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do Possível, Mí-

nimo Existencial e Direito à Saúde: algumas aproximações. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n. 24, jul. 2008. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo_mariana.html>. Acesso em: mar. 2014.

SOARES, Ricardo Maurício Freira. O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana. São Paulo: Saraiva, 2013.

TALAMINI, Eduardo. Tutela Relativa aos Deveres de Fazer e não Fazer: e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC arts. 461 e 461-A; CDC, art. 84). 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

VEÇOSO, Fabia Fernandes Carvalho. O Poder Judiciário e os Direitos Humanos: um panorama sobre a discussão relativa à justiciabilidade desses direitos. In: AMARAL JUNIOR, Alberto do; JUBILUT, Liliana Lyra (organizadores). O STF e o Direito Internacional dos Direitos Humanos. São Paulo: Quatier Latin, 2009.

Capítulo III

ADPF 54 / STF: VIDA, LIBERDADE E PERSONIFICAÇÃO JURÍDICA NO JULGADO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE A INTERRUPTÃO DA GESTAÇÃO DE FETO ANENCÉFALO¹

Luciana Diniz Durães Pereira²
Renata de Lima Rodrigues³

Introdução

Este capítulo objetiva, por inserir-se em obra destinada à discussão dos Direitos Humanos nos tribunais pátrios e internacionais, analisar, entre alguns dos julgados modernos do Supremo Tribunal Federal (STF) de importância e repercussão jurídicas nacionais, tanto em matéria acadêmico-doutrinária como em relação à prática forense, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 54⁴, conhecida amplamente como ADPF 54 e/ou ADPF da Anencefalia⁵.

Estrutura-se o trabalho, assim, em dois pilares fundamentais, quais sejam, i) a ex-

¹ Feto Anencéfalo e Feto Anencefálico são expressões sinônimas quando do debate a respeito da Anencefalia. São igualmente e corriqueiramente utilizadas, seja na literatura médica, seja na literatura jurídica. Inclusive, não há obstáculo e/ou eleição formal de uma destas pelo Conselho Federal de Medicina (CFM) que, em seus documentos oficiais a respeito como, por exemplo, na Resolução CFM nº 1.989/2012, não privilegia, elege ou mesmo aponta a correção ou incorreção de ambas. Este trabalho utilizar-se-á da primeira, constante em seu título, por uma opção pessoal das autoras que a privilegia por maior comodidade semântica e técnica.

² Doutoranda em Direito Público na Faculdade de Direito da UFMG, Mestre em Direito Internacional pela PUC Minas e Especialista em Direito Internacional pelas Faculdades Milton Campos. Atualmente, é professora nos cursos de Direito da Universidade FUMEC e do Centro Universitário UNA, no qual é, igualmente, membro da equipe da Coordenação Acadêmica.

³ Doutoranda em Direito Privado na PUC Minas, Mestre em Direito Privado pela PUC Minas e Especialista em Direito Civil pelo IEC PUC Minas. Advogada e membro de IBDFAM é, também, professora universitária no curso de Direito do Centro Universitário UNA.

⁴ Disciplinada pela Lei Federal 9.882/99, a ADPF é uma ação ajuizada exclusivamente no STF e que visa reparar e/ou evitar lesão a preceito constitucional e, em natureza quase idêntica à Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), a questionar a constitucionalidade de norma perante a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88). Para mais e detalhadas informações acerca da ADPF, consultar: <<http://www.stf.jus.br/portal/glossario/verVerbete.asp?letra=A&id=481>>. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 11 mar. 2014.

⁵ A interrupção da gestação de feto anencéfalo começou a ser debatida no STF em 2008, quando da ocorrência de Audiências Públicas sobre o tema. O julgamento da ADPF 54 pelo Pleno do STF, por sua vez, iniciou-se em 11 de abril de 2012, encerrando-se no dia seguinte, em 12 de abril de 2012.

posição e apreciação das questões relacionadas aos direitos humanos fundamentais⁶ à vida e à liberdade junto à CRFB/88 e aos Sistemas Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos e; ii) o debate acerca do conteúdo jurídico do julgado em questão, isto é, o exame dos argumentos apreciados e considerados pelos Ministros do STF para a motivação de seus respectivos e livres convencimentos, bem como aqueles levantados pelas demais partes envolvidas na ADPF 54 que, em tese vencedora por 8 (oito) votos a 2 (dois), pugnou pela constitucionalidade da interrupção de gravidez de feto anencéfalo. Buscar-se-á, neste sentido, permitir ao leitor uma visão jurídica ampla da decisão do Supremo Tribunal Federal e, conseqüentemente, de seus desdobramentos no Direito brasileiro.

1. Vida e Liberdade no Ordenamento Jurídico Pátrio e nos Sistemas Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos

A vida, desde tempos remotos da História do Direito, talvez em decorrência de sua própria condição natural e instintiva ligada à necessidade de sobrevivência e correlata existência dos seres humanos no plano individual e coletivo, isto é, de seus indivíduos e sociedades, respectivamente, possui importância jurídica relevante, quicá primordial. Nas primeiras e mais antigas legislações produzidas pela humanidade, como o Código de Hammurabi⁷ e o Livro de Deuteronômio⁸, por exemplo, sua tutela estava presente, tanto em esfera positiva como negativa, ou seja, como bem jurídico a ser preservado, mas, também, como bem jurídico objeto da aplicação da sanção – uma vez que o corpo físico do condenado, no todo (pena de morte)⁹ ou em parte (penas de mutilações, tor-

⁶ Como apregoam Bernardo Gonçalves Fernandes, Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco em seus manuais de Direito Constitucional, quais sejam, respectivamente, Curso de Direito Constitucional (FERNANDES, Bernardo G. Curso de Direito Constitucional. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011 p. 229-233) e Curso de Direito Constitucional (MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo G. Curso de Direito Constitucional. 8. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013), a expressão direitos humanos fundamentais seria de utilização técnica possível e acertada, uma vez que a distinção entre a nomenclatura dos direitos como humanos ou fundamentais acontece, verdadeiramente, apenas no plano de sua positivação (nacional ou internacional), isto é, no sentido de serem os direitos fundamentais frutos de processos de constitucionalização/incorporação de direitos humanos existentes e garantidos, histórico, político e filosoficamente, no sistema internacional.

⁷ O Código de Hammurabi é uma legislação cuneiforme babilônica datada do século XVIII a.C., quando o governo da cidade-estado da Babilônia, localizada na região da antiga Mesopotâmia (território atual dos Estados do Iraque e do Irã), estava centralizado na figura do soberano rei Hammurabi (GILISSEN, John. Introdução Histórica ao Direito. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995, p. 63-66).

⁸ Deuteronômio é um dos cinco livros que compõem a Torá ou Pentateuco, texto sagrado e basilar da religião judaica. Igualmente, compõe a Bíblia cristã como um dos livros do Antigo Testamento. Possuía, juntamente com o Livro do Êxodo e outros textos esparsos do judaísmo, caráter jurídico-normativo fundamental à estrutura, aplicação e interpretação do Direito Hebraico antigo (SOUZA, Marcos Antônio de. O Direito Hebraico Antigo. In: WOLKMER, Antônio Carlos (Org.). Fundamentos de História do Direito. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 54).

⁹ Livro de Deuteronômio, 22/22: “Quando um homem for achado deitado com mulher que tenha marido, então ambos morrerão; O homem que se deitou com a mulher e a mulher; Assim tirarás o mal de Israel” (BÍBLIA SAGRADA, 2002).

turas e castigos cruéis e degradantes)¹⁰, podia ser atingido diretamente, em resposta e à serviço da realização da justiça¹¹. Como tais ordenamentos antigos relacionavam umbilicalmente direito e religião em suas expressões de normatividade, a possibilidade de a vida ser encerrada pela brutalidade de dispositivos oriundos da vontade do soberano e/ou do profeta escolhido pelos deuses era algo aceitável e suportado socialmente. Mesmo em textos legais da Grécia Antiga e dos períodos da República e do Império Romano¹², nos quais reflexões jurídico-filosóficas mais sofisticadas são encontradas, a vida humana permaneceu sendo considerada mais como uma dádiva divina do que propriamente como um direito. Por conseguinte, e até este momento histórico, objeto indiscutivelmente passível de ser penalizado quando da ocorrência/autoria de certos ilícitos.

Apenas com o advento das discussões acadêmico-filosóficas da Modernidade¹³, especialmente no tocante ao empoderamento dos indivíduos enquanto sujeitos de direitos em dimensão antropocêntrica, sobremaneira com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789)¹⁴ que inaugurou a Idade Contemporânea, é que o tratamento da vida passou, formal e materialmente – e em primeiro lugar na França para, posteriormente, universalizar-se e se espalhar pelo globo –, a ser compreendido como um direito básico de todo cidadão. Neste sentido, garantida, a priori, a vida humana, o direito à liberdade, bem como outros intitulados direitos de primeira geração¹⁵, quais sejam, “direitos civis e políticos que inaugurariam o constitucionalismo do Ocidente, no final do século XVIII e início do XIX”¹⁶, passaram a ser tutelados e garantidos pelos Estados.

¹⁰ Artigo 218 do Código de Hammurabi: “Se um médico trata alguém de uma grave ferida com a lanceta de bronze e o mata ou lhe abre uma incisão com a lanceta de bronze e o olho fica perdido, se lhe deverão cortar as mãos” (PINSKY, Jaime (Org.). 100 Textos de História Antiga. Volume 1. São Paulo: Contexto, 2003. Coleção Textos e Documentos.).

¹¹ Válida e ilustrativa, neste diapasão, a leitura da clássica obra de Cesare Beccaria datada de 1764, *Dos Delitos e das Penas*, em especial de seus itens II, XIII, XVII e XXIII. In: Edição eletrônica Ed. Ridendo Castigat Mores; Disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/delitosB.pdf>> Acesso em: 14 mar. 2014.

¹² A exemplo, *Ética a Nicômaco*, de Aristóteles (384-322 a.C.); *De Legibus*, de Marco Túlio Cícero (106-43 a.C.) e alguns textos do imperador Marco Aurélio (121-180), sobretudo *Meditações*.

¹³ Um dos grandes expoentes da Modernidade no que concerne à defesa da emancipação humana enquanto sujeito de direito e, neste sentido, um dos primeiros autores a mencionar a dignidade como um princípio geral das relações humanas e da compreensão jurídica do indivíduo, foi Giovanni Pico Della Mirandola, especialmente com a publicação de sua obra *Discurso sobre a Dignidade do Homem*, datada do final do século XV. (PICO DELLA MIRANDOLA, Giovanni. *Discurso sobre a Dignidade do Homem*. Tradução e Introdução de Maria de Lurdes Sirgado Ganho. Lisboa: Edições 70, 2001).

¹⁴ Declaração criada e adotada, em 26 de agosto de 1789, pela Assembleia Nacional francesa que, desde o dia 14 de julho de 1789, após a tomada da prisão da Bastilha, governava a França e se posicionava contra Luís XVI e o Absolutismo.

¹⁵ Sobre as gerações e/ou dimensões de direitos, essencial a leitura da obra *A Era dos Direitos do pensador, filósofo e historiador italiano Norberto Bobbio* (BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.).

¹⁶ FERNANDES, Bernardo G. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 233.

Assim, o Estado Liberal, implantado desde então em contraposição direta às opressões e ilegalidades do *ancien régime*¹⁷, isto é, do Estado Absolutista, passa a materializar e a considerar, por meio de três grandes divisões constitucionais do poder (Poder Executivo, Poder Legislativo e Poder Judiciário)¹⁸, o indivíduo como detentor e titular de direitos. Logo, possuirá o Estado o dever de se abster à realização de qualquer ato que viole ou ameace violar os direitos fundamentais de seus cidadãos e, em perspectiva mais profunda e ampliada, deverá criar mecanismos administrativos e jurisdicionais efetivos para garanti-los e protegê-los.

Os direitos à vida e à liberdade, neste sentido, e, em especial, em decorrência das interpretações jurídico-filosóficas de seus respectivos significados no decorrer dos séculos XVIII a XX, hodiernamente só podem ser considerados em conexão e à luz do princípio da dignidade da pessoa humana. Então, de Kant¹⁹ às vigentes Constituições, bem como aos atuais e diferentes tratados que objetivam a proteção regional e/ou internacional da pessoa humana²⁰, a dignidade humana tem sido elevada a especial vetor de compreensão e esclarecimento hermenêutico para o Direito, sobretudo nos casos que envolvem direitos humanos e fundamentais, direta ou indiretamente.

A saber, em perspectiva internacional, e igualmente sob o prisma da dignidade da pessoa humana, a vida e a liberdade estão protegidas em quase todos os tratados e sistemas protetivos do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Este amplo campo do Direito Internacional Público, vinculado claramente à proteção internacional da pessoa humana, compõe-se pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos *stricto sensu*

¹⁷ Expressão francesa que significa “antigo regime” e que passou a ser utilizada, a partir de 1789, pelos deputados da Assembleia Nacional da França para designar, em conotação negativa, o regime monárquico anteriormente vigente no país. Disponível em: < http://www.toupie.org/Dictionnaire/Ancien_regime.htm > Acesso em: 22 mar. 2014.

¹⁸ Para mais informações acerca da clássica teoria de Montesquieu sobre a divisão dos poderes, descrita em sua obra *L'Esprit des Lois*, de 1748, consultar a publicação intitulada *Politics and History: Montesquieu, Rousseau and Marx (Radical Thinkers)* (ALTHUSSER, Louis. *Politics and History: Montesquieu, Rousseau and Marx (Radical Thinkers)*. Boston: Harvard Book Store, 2007).

¹⁹ Immanuel Kant, em obras como, por exemplo, *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, expressamente defende e consagra o homem como ser dotado de autonomia moral e, neste sentido, o considera como a finalidade maior das relações humanas. (KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, [20-]). Disponível em: <http://www.xr.pro.br/IF/KANT-Fundamentacao_da_Metafisica_dos_Costumes.pdf> Acesso em: 23 de mar. de 2014. Assim, deve ser o ser humano reconhecido, tanto individual como coletivamente, em todas as suas dimensões de singularidade e, portanto, dignidade, pelos ordenamentos jurídicos. É o que pugnam, até o presente, os juristas constitucionalistas inspirados não só em Kant, mas, ainda, em outros filósofos que o sucederam.

²⁰ Tratados multilaterais como a Carta das Nações Unidas (1945), a Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (1950), conhecida também como Convenção Europeia de Direitos Humanos, e a Convenção Americana de Direitos Humanos (1969), coloquialmente intitulada Pacto de San José da Costa Rica, são robustos exemplos de documentos internacionais protetivos da pessoa humana, o primeiro em âmbito universal e os dois últimos em perspectiva regional. Ainda, a resolução 217 A III da Assembleia-Geral da Organização das Nações Unidas (1948), conhecida como Declaração Universal dos Direitos Humanos, apesar de não ser tecnicamente um tratado é, talvez, o documento universal de maior importância jurídica e histórica em relação ao respeito aos direitos humanos.

(DIDH), pelo Direito Internacional Humanitário (DIH) e pelo Direito Internacional dos Refugiados (DIR) – entendidos como áreas complementares e convergentes de proteção dos indivíduos²¹. Neste sentido, o DIDH possui atuação universal, por meio da Organização das Nações Unidas (ONU) e de seus órgãos e agências especializadas, como a Assembleia-Geral²², o Conselho de Direitos Humanos²³ e o Escritório do Alto Comissário das Nações Unidas para Direitos Humanos²⁴. Em âmbito regional, por sua vez, três são os sistemas existentes, quais sejam, o Sistema Europeu de Proteção dos Direitos Humanos²⁵, o Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos²⁶ e o Sistema Africano de Proteção dos Direitos Humanos²⁷, todos dotados de jurisdição específica, ou seja, Cortes regionais com competência contenciosa para julgar atos de violação às garantias e direitos humanos fundamentais.

Já em âmbito nacional, a vigente Constituição do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988, elenca a vida e a liberdade humanas como direitos fundamentais, res-

²¹ Segundo Antônio Augusto Cançado Trindade, jurista brasileiro de destaque internacional, ex-juiz da Corte Interamericana de Direitos Humanos e atual juiz da Corte Internacional de Justiça, a simbiose entre estes três campos de proteção da pessoa humana dá-se em decorrência do propósito e objeto específico que possuem, isto é, a finalidade precípua de proteção da pessoa humana em toda e qualquer circunstância, tendo-a, conseqüentemente, como destinatário final de suas normas processuais e substantivas. Neste sentido, indicada a leitura de sua obra *A Humanização do Direito Internacional*. (CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *A Humanização do Direito Internacional*. Belo Horizonte: Livraria e Editora Del Rey, 2006).

²² Para mais informações, consultar: <<http://www.un.org/en/ga/>>.

²³ Para mais informações, consultar: <<http://www.ohchr.org/en/hrbodies/hrc/pages/hrcindex.aspx>>.

²⁴ Para mais informações, consultar: <<http://www.ohchr.org/EN/Pages/WelcomePage.aspx>>.

²⁵ O Sistema Europeu de Proteção dos Direitos Humanos ou Sistema de Estrasburgo originou-se no seio do Conselho da Europa, em 1949, e que tem como objetivos principais, descritos nos artigos 1 a 3 de seu tratado constitutivo, a cooperação intergovernamental baseada nos princípios do direito, da salvaguarda de ideais comuns e na proteção e promoção dos direitos humanos no continente europeu.

²⁶ O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos caracteriza-se por ser um sistema de origem dupla e convergente. Por um lado, encontra-se fundamentado na Carta de Bogotá, de 1948, que dá criação à Organização dos Estados Americanos (OEA). Este instrumento dispôs, em seu artigo 3, I, sobre o compromisso dos Estados americanos com a proclamação dos “[...] direitos fundamentais da pessoa humana, sem fazer distinção de raça, nacionalidade, credo ou sexo”.

²⁷ A origem deste sistema encontra-se nos debates ocorridos no seio da XVI sessão ordinária da Assembleia de Chefes de Estado e Governo da antiga Organização da Unidade Africana (OUA). Ao fim dos trabalhos, em julho de 1979, a Assembleia requisitou ao Secretário-Geral o início formal das atividades de elaboração de um projeto para uma futura Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos (CADHP). Neste sentido, em junho de 1981, o projeto da Carta Africana foi votado, aprovado e assinado pelos membros da Organização. Cinco anos mais tarde, em 21 de outubro de 1986, após atingir o número mínimo de ratificações necessárias, a Carta entrou em vigência.

guardando-os tanto em seu preâmbulo²⁸, como no caput do célebre artigo 5º²⁹. Assim, a princípio, todas as ações humanas, normas jurídicas e/ou decisões dos tribunais pátrios que forem contrárias à vida e à liberdade, no todo ou em parte, devem ser consideradas inconstitucionais e, respectivamente, objeto de sanção pelo Estado brasileiro, expurgadas do ordenamento jurídico em vigor e, finalmente, não vinculantes à solução de casos concretos.

É por esta razão que o Código Penal Brasileiro (CP)³⁰, quando do início de sua parte especial, ao tratar dos crimes contra a pessoa, precisamente no capítulo I intitulado “Dos Crimes contra a Vida”, prevê, em seus artigos 124 a 127, o crime do aborto. Neste diapasão, criminalizou-se a interrupção da gravidez, em outras palavras, a retirada da vida do feto, seja tal ato provocado pela própria gestante, com o seu consentimento e/ou por terceiros. Até o advento da ADPF 54, julgada, em 2012, pelo STF, as duas únicas hipóteses lícitas de interrupção da gravidez, inclusive consideradas causas especiais de exclusão da ilicitude, eram as previstas nos incisos I e II do artigo 128 do CP quando não há punição ao aborto realizado por médico “se não há outro meio de salvar a vida da gestante” (aborto necessário)³¹ e se a gravidez resulta de estupro e há o consentimento prévio da gestante ou, se esta é incapaz³², de seu representante legal³³. Além disso, e neste mesmo norte de proteção absoluta da vida, o ordenamento jurídico brasileiro, a partir do disposto no artigo 2º do Código Civil de 2002 (CC), protege, desde a concepção, os direitos do nascituro.

Todavia, até a decisão da ADPF 54, eventual licitude da interrupção da gestação de feto anencéfalo era matéria polêmica no Direito brasileiro. Em linhas gerais, as quais serão pormenorizadas no próximo tópico deste artigo, os argumentos levantados pela doutrina e pela jurisprudência, sejam a favor ou contra o direito da mulher de interromper tal gestação, colocavam em questão dois direitos igualmente fundamentais, pois constitucionalmente protegidos: a vida e a liberdade. O que deveria prevalecer? A liberdade da mulher de dispor sobre o próprio corpo, uma vez que sabia que o feto por

²⁸ Preâmbulo da CRFB/88: “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 25 mar. 2014.

²⁹ Artigo 5º, caput, da CRFB/88: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes...”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 25 mar. 2014.

³⁰ Decreto-Lei 2.848 de 07 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm> Acesso em: 27 mar. 2014.

³¹ Artigo 128, I do CP.

³² A incapacidade da gestante mencionada no artigo 128, II do CP deve ser compreendida de acordo com os artigos 3º e 4º do Código Civil de 2002, ou seja, Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm Acesso em: 28 mar. 2014.

³³ Artigo 128, II do CP.

ela gerado não sobreviveria ao parto, ou então a vida fetal em questão (e, neste ponto, todo o debate a respeito da definição da vida para o Direito pátrio), considerando-se sua proteção pela CRFB/88 e pela legislação civil no sentido dos direitos do nascituro?

Esperava-se, entretanto, que qualquer que fosse a decisão final, apurados os votos dos Ministros do STF, que esta se vincularia à interpretação da relação existente, neste caso, entre os direitos à vida e à liberdade – como de fato aconteceu – sob o enfoque da dignidade da pessoa humana, isto é, de duas, digamos, dignidades em aparente conflito: a da gestante, que desejava ser livre para interromper, se quisesse, a gestação; e a do feto anencéfalo que possuía o direito de nascer e viver, ainda que por ínfimo espaço de tempo. Como a dignidade da pessoa humana fundamenta o Estado Democrático de Direito brasileiro, por força expressa do artigo 1º, inciso III da CRFB/88, funciona, em casos complexos como este, tanto como princípio norteador da decisão, como um direito individual protetivo³⁴. Além disso, a dignidade da pessoa humana é vista, pela maioria da doutrina constitucionalista interna e internacional, como o princípio de grande, quiçá maior, importância hermenêutica:

Partindo das noções afirmadas pela teoria constitucional majoritária – ainda que pesem as críticas feitas, bem como as incoerências internas a essa teoria – com fortes heranças germânicas e bases axiológicas, a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III da CR/88) é erigida à condição de metaprincípio. Por isso mesmo, esta irradia valores e vetores de interpretação de todos os demais direitos fundamentais, exigindo que a figura humana receba sempre um tratamento moral condizente e igualitário, sempre tratando cada pessoa como fim em si mesma, nunca como meio (coisas) para satisfação de outros interesses ou de interesses de terceiros. Sendo assim, para os teóricos do constitucionalismo contemporâneo, direitos – como vida, propriedade, liberdade, igualdade, dentre outros –, apenas encontram uma justificativa plausível se lidos e compatibilizados com o postulado da dignidade humana³⁵.

Nos termos expostos, passa-se ao debate crítico dos mais relevantes argumentos jurídicos discutidos no processo da ADPF 54 e que, por sua vez, embasaram os convencimentos ministeriais quando da decisão.

2. ADPF 54 / STF

A condição jurídica do embrião humano e do nascituro é uma das questões prementes que subjazem ao debate sobre a possibilidade de realização do aborto do feto anencéfalo, ou daquilo que parte da doutrina costuma denominar antecipação terapêu-

³⁴ MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais – Teoria Geral*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 46.

³⁵ FERNANDES, Bernardo G. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 45.

tica do parto do feto anencefálico. A definição da condição jurídica do nascituro, ou seja, se consiste ou não em ente personificado, apto a transitar pelas relações jurídicas e se colocar como centro de imputação de direitos e deveres, implica a discussão se este estaria apto a ser titular de direitos fundamentais, como, inclusive, o próprio direito à vida.

Para enfrentar a questão, o debate não pode se descuidar de analisar as tradicionais teorias que informam o chamado processo de personificação do ser humano, quais sejam, a teoria natalista e a teoria concepcionista, não obstante reconheçamos que nenhuma delas constitua a melhor resposta, pois compartilhamos da crença de que o problema não se relaciona com o momento da personificação, mas sim no modo como a personalidade jurídica é operacionalizada³⁶.

Neste sentido, necessário abandonarmos a concepção abstrata e oitocentista de personalidade e de atribuição de personalidade, como categoria jurídica estanque, ou seja, uma qualificação que deve acompanhar o sujeito por toda sua existência. Deste modo, é possível atribuir titularidade a seres com natureza humana, como o nascituro e o morto, apenas em determinadas situações jurídicas, diante de sua análise concreta³⁷. A exemplo, a positivação em lei, no Direito brasileiro, do direito a alimentos gravídicos em favor do nascituro. Ao fazê-lo, o legislador atribuiu personalidade jurídica ao nascituro em uma situação específica, transformando-o em um referencial de imputação correspondente ao reconhecimento de uma esfera de liberdades e de não liberdades, analisada concretamente diante de determinada situação jurídica³⁸.

Fato é que direitos e deveres somente podem ser pensados concretamente, a partir de um discurso de aplicação, uma vez que seus respectivos reconhecimentos obrigam

³⁶ Para aprofundamento da questão, interessante consulta ao trabalho intitulado *Por uma Nova Forma de Atribuição de Personalidade Jurídica ao Nascituro – Análise do Confronto entre a Titularidade dos Alimentos Gravídicos e a Polêmica da Antecipação Terapêutica do Feto Anencefalo* publicado na obra *O Direito das Famílias – Entre a Norma e a Realidade*. (RODRIGUES, Renata de Lima; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Por uma Nova Forma de Atribuição de Personalidade Jurídica ao Nascituro: Análise do Confronto entre a Titularidade dos Alimentos Gravídicos e a Polêmica da Antecipação Terapêutica do Feto Anencefalo*. In: *O Direito das Famílias entre a Norma e a Realidade*. São Paulo: Atlas, 2010).

³⁷ Há muito, a inteligência de Kelsen já preconizava tal ideia ao mencionar que se determinado indivíduo é sujeito de certos direitos, tal fato significa, apenas, que uma conduta sua é objeto de direito e conteúdo de uma norma. Todavia, o fato de tal conduta estar encampada por uma norma jurídica determina apenas que esse indivíduo deve agir ou se omitir de certa maneira, segundo determinada esfera de liberdade ou não liberdade, mas isso não implica, de modo algum, sua existência jurídica definitiva, ou seja, sua personalidade jurídica definitiva. (KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2005).

³⁸ É o que leciona Lúcio Antônio Chamon Júnior ao dizer que atribuir personalidade jurídica significa tão somente considerar algo ou alguém como “referencial de imputação de direitos e deveres”, ou seja, de liberdades e não liberdades, pois, partindo da teoria discursiva como marco teórico, o autor ensina que não há personalidade ou atribuição de personalidade fora da argumentação. Segundo ele “...o que se deve reconhecer é que a “personalidade” há que ser tomada em conta enquanto centrada em, e referida a, uma situação tematizada e problematizada. Não há qualquer “personalidade” fora da argumentação. [...] Não podemos concordar com leituras demasiadamente funcionalizadas que vão interpretar a noção de pessoa como um feixe de “papéis institucionalizados” pronta para, a partir de então, fazer decorrer determinadas consequências”. (CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria Geral do Direito Moderno. Por uma Reconstrução Crítico-Discursiva na Alta Modernidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 145).

considerar uma práxis jurídica legitimamente reconstruída. Consequentemente, tendo em conta o pressuposto de que a personalidade seria referencial de imputação de direitos e deveres, a definição de pessoa só poderia se dar na argumentação e não ex ante, de maneira abstrata.

A teoria parece sobreviver a testes de verificação ao confrontarmos a titularidade de alimentos gravídicos prevista na Lei 11.804, de 5 de novembro de 2008, com a possibilidade de aborto do feto anencéfalo, ou mesmo com outras modalidades de aborto excluídos do âmbito da ilicitude, como são o aborto terapêutico/necessário e o aborto sentimental, previstos no artigo 128 do CP, conforme debatido anteriormente. No mesmo sentido, ainda é perceptível como é diferenciado o trato jurídico direcionado ao nascituro em outras circunstâncias concretas: ele pode receber doações (artigo 542 do CC), herança (artigo 1798 do CC), mas não se apresenta apto a titularizar outras situações de direitos disponíveis na ordem jurídica.

O debate travado no STF, por ocasião do julgamento da ADPF 54³⁹, partiu, em grande medida, da discussão em torno da personalidade e da dignidade humana do feto anencéfalo, como amplamente exposto na parte 2 deste capítulo, para determinar, por consequência, se o feto seria titular do direito fundamental à vida.

Nesta seara, antes da apresentação e mencionado debate de tal julgado, mister esclarecer o que é, precisamente, a condição fetal anencéfala. A anencefalia apresenta-se como doença irreversível, caracterizada pela ausência de estruturas cerebrais (hemisférios e córtex cerebrais), apenas estando presente, na estrutura fisiológica do feto, o tronco cerebral. É conhecida, igualmente, como a anomalia da ausência de cérebro e, portanto, impeditiva da vida extrauterina. Há ausência de todas as funções superiores do sistema nervoso central, centro responsável pela consciência, cognição, vida relacional, comunicação, afetividade e emotividade dos seres humanos. Restam ao feto, então, e infelizmente, apenas funções vegetativas que controlam parcialmente a respiração, e as funções vasomotoras e dependentes da medula espinhal.⁴⁰ Trata-se de uma das maiores causas de má-formação do feto no primeiro trimestre de gestação, justificando a relevância do debate. Assim sendo, por ocasião do julgamento, o Ministro Carlos Ayres Britto baseou seu voto no entendimento de faltar ao anencéfalo os hemisférios cerebrais, que seriam “a parte vital do cérebro”, conforme Resolução nº 1.752/2004 do Conselho Federal de Medicina.

Como antecipado, a questão da interrupção de fetos nesta condição foi posta perante o Supremo Tribunal Federal, através da ADPF 54, ajuizada pela Confederação

³⁹ ESTADO – LAICIDADE. O Brasil é uma república laica, surgindo absolutamente neutro quanto às religiões. FETO ANENCÉFALO – INTERRUPÇÃO DA GRAVIDEZ – MULHER – LIBERDADE SEXUAL E REPRODUTIVA – SAÚDE – DIGNIDADE – AUTODETERMINAÇÃO – DIREITOS FUNDAMENTAIS – CRIME – INEXISTÊNCIA. Mostra-se inconstitucional a interpretação de que a interrupção da gravidez de feto anencéfalo seja conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal. (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, STF, Relator Ministro Marco Aurélio Mello, j. 12/04/2012, p. 30 de abril de 2012).

⁴⁰ DINIZ, Débora; RIBEIRO, Diaulas Costa. Aborto por Anomalia Fetal. Brasília: Letras Livres, 2003.

Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS)⁴¹, e por meio da qual foi pleiteada autorização com efeitos erga omnes para que as mães pudessem livremente decidir sobre a manutenção ou não da gravidez de fetos anencéfalos. Segundo a argumentação ali estabelecida, apresentada no pedido, não se trata de questão jurídica vinculada à prática do aborto, pois, no entendimento dos autores da ação, a inviabilidade da vida extrauterina do feto descaracterizaria totalmente a tipicidade do crime de aborto, entendimento este encampado pelo voto do Ministro Ayres Britto, que afirmou que “não é aborto, em linguagem depuradamente jurídica, por não corresponder a um fato alojado no mundo do dever-ser em que o Direito consiste”.

Logo, a questão localiza-se em suposto conflito existente entre a tutela da saúde psicofísica e da correlata liberdade de escolha da genitora e a tutela da vida do feto, tornando-se obrigatória a discussão da atribuição do direito à vida ao feto, como centro de imputação de direitos e deveres, ou seja, um ente personalizado com aptidão para ser titular de tal direito, o que obstaculizaria a escolha da mãe em submeter-se à realização do aborto.

Deste modo, os argumentos favoráveis à interrupção de gestações ligadas à condição de anencefalia fetal, expostos na ADPF 54, basearam-se nos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da intimidade, da liberdade de opção e da liberdade de crença, do direito à saúde e à proteção da maternidade, equiparando, ainda, a imposição da manutenção da gravidez de um anencéfalo à tortura, tratamento proibido em nosso ordenamento jurídico, uma vez que a gestante teria a ciência de que seu filho seria natimorto ou, se nascesse com vida, sobreviveria pouco tempo fora do útero materno. A manutenção da gravidez seria tratada, então, como dever jurídico imposto à mãe, não obstante a ausência de possibilidade de sobrevivência do feto. Os argumentos contrários à interrupção da gravidez fundaram-se, eminentemente, no direito à vida do feto, bem jurídico tutelado pelo ordenamento pátrio, vedado, assim, o aborto.

Dentro desta perspectiva, devemos concentrar nossos argumentos na seguinte pergunta: um feto anencéfalo, que não tem possibilidade de vida extrauterina, é um centro de imputação de direitos fundamentais? Se a resposta for positiva, ele terá direito à vida e, por consequência hermenêutica lógica, de fato, existirá uma concorrência de direitos fundamentais entre o feto e a mãe, a qual foi apresentada ao STF por ocasião do julgamento da ADPF 54. Porém, se a resposta for negativa, não há que se falar em conflito, uma vez que o feto não terá personalidade jurídica e, por isso, não estará sujeito a direitos e/ou a deveres perante a legislação brasileira e, por conseguinte, o único bem jurídico a ser tutelado é a saúde psicofísica da mãe, bem como sua autodeterminação e liberdade, com todos os seus consectários.

Em consonância com os marcos teóricos expostos acima, o feto anencéfalo não se constituiria em um centro de imputação de direitos e deveres, já que, diante da certeza da não sobrevivência, não há que se falar em iguais liberdades fundamentais entre ele e a mãe, a qual passa, inclusive, por grande sofrimento ao ser obrigada a levar adiante uma

⁴¹ Para mais informações acerca da CNTS, acessar o website da instituição. Disponível em: <<http://www.cnts.org.br/>>. Acesso em: 24 mar. 2014.

gravidez que não é marcada pela viabilidade real da vida. Não há, por isso, em termos técnico-jurídicos, razões suficientes para impor a esta mãe o dever jurídico de manter a gravidez, justamente por não estarmos diante de uma situação de não liberdade, uma vez que a inviabilidade fetal não justifica o sofrimento materno. Não sendo o feto anencéfalo um centro de imputação, não há conflito jurídico algum entre ele e a genitora, uma vez que o bem jurídico protegido é a saúde da mãe, que, como portadora de liberdades fundamentais, pode ter o direito de escolher pela manutenção ou não da gravidez, de acordo com suas próprias concepções pessoais, íntimas.

Partindo, justamente, de diferentes premissas teóricas em torno do processo de personificação do nascituro, os ministros do Supremo Tribunal Federal decidiram, em 12 de abril de 2012, pela possibilidade de interrupção da gravidez de feto anencéfalo, determinando inconstitucional a interpretação de que esta interrupção da gestação se caracterizasse como conduta ilícita tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal.

Ainda, afirmando se tratar o Brasil de um Estado laico, cuja estrutura político-jurídica deve apresentar-se neutra em relação à dogmas religiosos dos mais variados credos, o STF decidiu, por maioria de votos (oito a dois), pela tutela da liberdade sexual e reprodutiva da mulher e pela tutela de sua saúde, dignidade e possibilidade de autodeterminação. Na ocasião, foram favoráveis os Ministros Ayres Britto, Cármen Lúcia, Celso de Mello, Gilmar Mendes, Joaquim Barbosa, Luiz Fux, Marco Aurélio Mello e Rosa Maria Weber e, contra, pugnando pela improcedência dos pedidos, Ricardo Lewandowski e o então Presidente da Corte, Cezar Peluso.

A seu turno, Ricardo Lewandowski entendeu que não se trataria de “interrupção de gravidez de anencéfalo”, mas sim de aborto em uma condição não prevista pelo Código Penal. Tratando-se, portanto, de conduta criminosa que violaria o direito à vida do nascituro. Por sua vez, Cezar Peluso alegou que o fato se equiparava à imposição de pena de morte e à eutanásia, e, a seu ver, “só coisa é objeto de disposição ou de direito alheio. O ser humano é sujeito de direitos”. Ao contrário, em um dos trechos de seu voto, o Ministro Relator do processo, Marco Aurélio Mello, afirmou:

O anencéfalo jamais se tornará uma pessoa. Em síntese, não se cuida de vida em potencial, mas de morte segura. O fato de respirar e ter batimento cardíaco não altera essa conclusão, até porque, como acentuado pelo Dr. Thomaz Rafael Gollop, a respiração e o batimento cardíaco não excluem o diagnóstico de morte cerebral. E mais: o coração e a respiração dos anencéfalos perduram por pouco tempo – 75% não alcançam o ambiente extrauterino. Dos 25% restantes, a maior parte tem cessado a respiração e o batimento cardíaco nas primeiras horas, e os demais nas primeiras semanas após o parto. Ainda que exista alguma controvérsia quanto a esses percentuais, haja vista o que exposto pela Dra. Ieda Therezinha na Audiência Pública, é indubitável que os anencé-

falos resistem muito pouco tempo fora do útero. [...] Da leitura, destaco dois trechos. No primeiro, este Supremo Tribunal proclamou que a Constituição “quando se reporta a ‘direitos da pessoa humana’ e até dos ‘direitos e garantias individuais’ como cláusula pétrea está falando de direitos e garantias do indivíduo-pessoa, que se faz destinatário dos direitos fundamentais ‘à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade’”. É certo, Senhor Presidente, que, no caso do anencéfalo, não há, nem nunca haverá, indivíduo-pessoa. (Grifos nossos).

Diante da ausência de uma pessoa como centro de imputação de direitos fundamentais, o Ministro Relator concluiu pela tutela dos direitos fundamentais da gestante, permitindo a realização da interrupção da gravidez, entendimento que prevaleceu por oportunidade do julgamento, em 2012, e que prevalece no Brasil até a atualidade. Desde então, na prática, as mulheres surpreendidas com o diagnóstico da anencefalia de seus bebês não mais são obrigadas a dar prosseguimento à gestação, tendo, pois, o direito de, se desejarem, submeterem-se ao lícito procedimento médico de interrupção da gravidez. Neste sentido, e no âmbito da proteção à liberdade e à dignidade feminina, como expressamente atestou a Ministra Rosa Weber em seu voto, a decisão do STF preservou muitas brasileiras de gerarem “o filho para assistir à sua Missa de Sétimo Dia”.

Conclusão

Entende-se, conclusivamente, que a decisão proferida pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal no tocante à ADPF 54 foi acertada. Considerou-se a melhor exegese constitucional acerca dos direitos fundamentais à vida e à liberdade em suas múltiplas dimensões, a condição laica do Estado brasileiro, bem como a questão central da personificação jurídica, tudo sob o prisma do metaprincípio da dignidade da pessoa humana. Assim, expostos os mais relevantes argumentos históricos, filosóficos e jurídicos relacionados ao caso em tela, tanto os levantados pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde, quando do início da ação, como aqueles que embasaram os oito Ministros favoráveis ao pedido a efetivamente se posicionarem a favor da liberdade materna em contraposição à ínfima possibilidade de vida extrauterina do feto anencéfalo, justo e harmônico o fechamento do presente trabalho com as poéticas palavras do Ministro Ayres Britto a respeito do certame, proferidas ao longo da leitura de seu voto, no Plenário do STF, em 12 de abril de 2012⁴²: “Metaforicamente, o feto anencéfalo é uma crisálida que jamais chegará ao estado de borboleta, porque não alçará voo jamais”.

Referências

ALTHUSSER, Louis. *Politics and History: Montesquieu, Rousseau and Marx (Radical Thinkers)*. Boston: Harvard Book Store, 2007.

⁴² Folha de S. Paulo / UOL. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidiano/36836-stf-libera-aborto-de-fetos-anencefalos.shtml>>. Acesso em: 24 mar. 2014.

BECCARIA, Cesare. Dos Delitos e das Penas. Edição eletrônica da Ed. Ridendo Castigat Mores. Disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org>> Acesso em: 14 mar. 2014.

BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental Nº. 54. Relator Ministro Marco Aurélio Mello. Brasília, Distrito Federal, 12 de abril de 2012.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. A Humanização do Direito Internacional. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2006.

CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. Teoria Geral do Direito Moderno. Por uma Reconstrução Crítico-Discursiva na Alta Modernidade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CONSELHO DE DIREITOS HUMANOS DAS NAÇÕES UNIDAS. Disponível em: <<http://www.ohchr.org/en/hrbodies/hrc/pages/hrcindex.aspx>> Acesso em: 28 mar. 2014.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução CFM nº 1.989/2012. Publicada no Diário Oficial da União em 14 de maio de 2012, Seção I, p. 308-309. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2012/1989_2012.pdf> Acesso em: 14 mar. 2014.

DEUTERONÔMIO. In: Bíblia Sagrada. São Paulo: Paulinas, 2002.

DINIZ, Débora; RIBEIRO, Diaulas Costa. Aborto por Anomalia Fetal. Brasília: Letras Livres, 2003.

FERNANDES, Bernardo G. Curso de Direito Constitucional. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FOLHA DE S. PAULO / UOL. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidiano/36836-stf-libera-aborto-de-fetos-anencefalos.shtml>>. Acesso em: 24 mar. 2014.

GILISSEN, John. Introdução Histórica ao Direito. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995.

KANT, Immanuel. Fundamentação da Metafísica dos Costumes. São Paulo: Companhia Editora Nacional, [20-].

KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo G. Curso de Direito Constitucional. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MORAES, Alexandre de. Direitos Humanos Fundamentais – Teoria Geral. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

PERLINGIERI, Pietro. Direito Civil na Legalidade Constitucional. Rio de Janeiro: Re-

novar, 2008.

_____. Perfis do Direito Civil – Introdução ao Direito Civil Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PICO DELLA MIRANDOLA, Giovanni. Discurso sobre a Dignidade do Homem – Tradução e Introdução de Maria de Lurdes Sirgado Ganho. Lisboa: Edições 70, 2001.

PINSKY, Jaime (Org.). 100 Textos de História Antiga. Volume 1. São Paulo: Contexto, 2003. (Coleção Textos e Documentos)

RODRIGUES, Renata de Lima; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Por uma Nova Forma de Atribuição de Personalidade Jurídica ao Nascituro: Análise do Confronto entre a Titularidade dos Alimentos Gravídicos e a Polêmica da Antecipação Terapêutica do Feto Anencéfalo. In: O Direito das Famílias entre a Norma e a Realidade. São Paulo: Atlas, 2010.

SOUZA, Marcos Antônio de. O Direito Hebraico Antigo. In: WOLKMER, Antônio Carlos (Org.). Fundamentos de História do Direito. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

USO DE MÁSCARAS EM PROTESTOS NO BRASIL

Manuela de Carvalho Rodrigues¹

Introdução

Em 3 de setembro de 2013, a 27ª Vara Criminal da Comarca do Rio de Janeiro decidiu que a polícia poderia fazer a identificação, tanto civil quanto criminal, dos participantes de protestos e manifestações pelas ruas da cidade. Oito dias depois, o Estado do Rio de Janeiro aprovou a Lei 6.528, de 2013, que expressamente proíbe o uso de máscaras nos protestos². Em seguida, no mês de outubro, tanto a Ordem dos Advogados do Brasil Seccional do Estado do Rio de Janeiro (OAB/RJ) quanto o Partido da República (PR) impetraram representações de inconstitucionalidade contra a mencionada Lei.

Assim, em menos de um mês o uso das máscaras em protestos e manifestações populares chegou três vezes ao Poder Judiciário brasileiro. A primeira ação corre em caráter sigiloso³, as demais ainda aguardam julgamento⁴. Contudo, está levantada a questão: É ou não admissível a vedação ao uso de máscaras nas manifestações?

A resposta, seja ela positiva ou negativa, perpassa, necessariamente, o tema dos Direitos Humanos. De início é possível perceber que se está diante de um problema de limitação dos direitos humanos. Em primeiro plano, a questão coloca em destaque a limitação da liberdade de reunião, constante do art. 5º, XVI da Constituição Federal e, também, a liberdade de manifestação do pensamento, estabelecida no artigo 5º, IV, também da Constituição Federal.

Assim, abordar o caso da proibição do uso das máscaras auxilia na compreensão

¹ Manuela de Carvalho Rodrigues. Professora do Instituto Federal de Minas Gerais no Campus Formiga-MG. Mestre em Direito pela Faculdade de Direito do Sul de Minas.

² Cabe mencionar que há variados projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional relativos, cujo objeto é a regulamentação das manifestações, tendo em vista especialmente a inibição da violência que em alguns casos se manifesta. A regulamentação do direito de reunião e do direito de manifestação tem sido uma tendência e pode-se colher legislação restritiva destes direitos em países como Espanha, Austrália, Turquia, Ucrânia, entre outros. Muitas limitações admitidas nestes países constam de leis recentemente aprovadas e foram motivadas por ocorrências de violência em protestos nestes países. Vale dizer também que a Anistia Internacional alerta para o fato de que muitas vezes as restrições contidas podem realmente significar um cerceamento dos Direitos Humanos e que todas essas legislações têm em comum o objetivo de dificultar as manifestações. Sobre isso cf. AFFONSO, Julia. Leis “anteprotesto” emperram no Brasil; xingar policial na Espanha dá multa. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2014/06/01/um-ano-apos-inicio-de-protestos-leis-contra-manifestacoes-estao-paradas.htm>>. Acesso em: 1 jun. 2014.

³ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Justiça autoriza policiais a abordarem manifestantes mascarados. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/web/guest/home/-/noticias/visualizar/134603>>. Acesso em: 15 jan. 2014

⁴ Processo nº: 0052756-30.2013.8.19.0000 e Processo nº. 0053071-58.2013.8.19.0000.

das fundamentações para a regulação e/ou limitação dos direitos humanos, assim como na compreensão do conteúdo material da proteção do direito de reunião e do direito a livre manifestação do pensamento, permitindo delinear com mais certeza a distinção entre estas liberdades, bem como perceber as relações entre ambas.

O intuito do presente capítulo é, portanto, percorrer esse itinerário, que se inicia com o relato do caso, passa à delimitação dos conteúdos dos direitos acima mencionados e depois aos posicionamentos jurisprudenciais e doutrinários a respeito das vedações e limitações a estes direitos, no intuito de fornecer subsídios à resposta da pergunta que inicialmente se formulou: É ou não admissível a vedação ao uso de máscaras nas manifestações, no direito pátrio?

1. O Relato do Caso: o contexto que levou à vedação do uso de máscaras

A primeira decisão que teve como tema a limitação do uso das máscaras aconteceu em 3 de setembro de 2013. A decisão foi da 27ª Vara Criminal da Comarca do Rio de Janeiro, permitindo que a polícia pudesse fazer a identificação civil e criminal das pessoas que participassem das manifestações usando máscaras, baseando-se na Lei 12.037, de 2009, conhecida como Lei da identificação criminal do civilmente identificado⁵.

A decisão insere-se no cenário das manifestações que, desde o mês de junho de 2013, tomaram o país⁶. Inicialmente motivadas pelo aumento das tarifas de ônibus, as manifestações se espalharam por todo país, na velocidade dos tweets, likes e dislikes das redes sociais, com demandas tão variadas quanto amplas que se abrigaram bem sob os slogans: “ Não são só R\$ 0,20 centavos” e “O Gigante Acordou”⁷.

O noticiário da época destacava com frequência que as manifestações eram primordialmente pacíficas, excetuando pequenos grupos que estouravam bombas ou depredavam propriedades⁸. Conforme prosseguiram ocorrendo estas manifestações, contudo, as notícias de violência foram se tornando mais frequentes. Primeiro a violência policial foi mais noticiada, depois identificou-se um grupo específico de manifestantes que, vestindo máscaras, agia com violência nas manifestações, autodenominados Black Blocs⁹.

⁵ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Justiça autoriza policiais a abordarem manifestantes mascarados. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/web/guest/home/-/noticias/visualizar/134603>>. Acesso em: 15 jan. 2014.

⁶ O acompanhamento dos protestos no Brasil está sendo feito por vários sites, com infográficos e notícias dia a dia. Cf. Infográfico Uol protestos pelo Brasil. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/infograficos/2013/06/21/protestos-pelo-brasil.htm?v52>>. Acesso em: 27 mar. 2014.

⁷ FELIPPE, Luciana. O gigante acordou: manifestações no Rio de Janeiro. Dicas do mundo. 18.jun.2013. Disponível em: <<http://dicasdomundo.com.br/c/gigante-acordou-manifestacoes-rio-de-janeiro.html>>. Acesso em: 28 mar. 2014.

⁸ FELIPPE, Luciana. O gigante acordou: manifestações no Rio de Janeiro. Dicas do mundo. 18.jun.2013. Disponível em: <<http://dicasdomundo.com.br/c/gigante-acordou-manifestacoes-rio-de-janeiro.html>>. Acesso em: 28 mar. 2014. SILVA, Samantha. Manifestação pacífica reúne gente de todas as idades em Varginha, MG. G1 Sul de Minas. 21 de junho de 2013. Disponível em: <<http://g1.globo.com/mg/sul-de-minas/noticia/2013/06/em-manifestacao-pacifica-cerca-de-10-mil-caminham-por-varginha-mg.html>>. Acesso em: 29 mar. 2013.

⁹ Manifestação contra reajuste de passagem se transforma em protesto violento na central. O Globo Online.

Este cenário foi visto em muitas cidades do país, principalmente nas capitais dos Estados¹⁰. No Rio de Janeiro, especificamente, as manifestações tomaram cada vez mais o caráter de manifestações contra o governo do Estado. Muitas das ocorrências foram em frente ao palácio do governo, marcando o descontentamento dos manifestantes com a condução do governo do Estado¹¹.

Inserida neste contexto, a decisão judicial ocorreu em uma ação cautelar. O pedido foi da Comissão Especial de Investigação de Atos de Vandalismo em Manifestações Públicas (Ceiv), formada por representantes das polícias Civil e Militar (PM), Secretaria de Segurança e Ministério Público (MP) do Rio. Contudo, conforme notícia do próprio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, o processo corre em sigilo¹², de forma que as informações a respeito da decisão e do processo, que constam neste texto, são aquelas constantes dos informes do Tribunal ou aquelas vinculadas pela mídia nacional.

Desde esse momento as opiniões a respeito da decisão se dividiram. Alguns consideraram que foi uma restrição injustificada ao direito de reunião, além da criminalização de uma conduta sem que exista tipo penal correspondente¹³. Outros disseram que foi uma medida necessária à manutenção da ordem pública e garantia de responsabilização dos infratores¹⁴.

Apenas um mês após a divulgação da decisão judicial, o uso das máscaras voltou a ser um assunto discutido pelo Judiciário. Isso ocorreu em 25 de setembro de 2013 e em 26 de setembro de 2013, quando, respectivamente, o PR e a OAB/RJ impetraram representações de inconstitucionalidade contra a Lei Estadual 6.528, de 2013, que no seu art. 2º dispõe: “É especialmente proibido o uso de máscara ou qualquer outra forma

14.fev.2014. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/rio/manifestacao-contra-reajuste-de-passagens-se-transforma-em-protesto-violento-na-central-11527254>>. Acesso em: 25 mar. 2014. Black Blocs incendiam ônibus e atacam consulado americano no Rio. Correio do Povo Online. 07.out.2013. Disponível em: <<http://www.correiodopovo.com.br/Noticias/?Noticia=509340>>. Acesso em: 25 mar. 2014. Sobre os Black Blocs cf. Entenda o ativismo Black Bloc. Folha de São Paulo Online. Especial País em Protesto. 11 de julho de 2013. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2013/07/1309858-entenda-o-que-e-o-ativismo-black-bloc-presente-nas-manifestacoes.shtml>>. Acesso em: 29 maio 2013.

¹⁰ Cabral diz que manifestações contra ele fazem parte do jogo. Portal Terra. Seção Cidades. Disponível em: <<http://noticias.terra.com.br/brasil/cidades/cabral-diz-que-manifestacoes-contra-ele-fazem-parte-do-jogo,c3e67d5318eb0410VgnCLD2000000ec6eb0aRCRD.html>>. Acesso em: 27 mar. 2014.

¹¹ Cabral diz que manifestações contra ele fazem parte do jogo. Portal Terra. Seção Cidades. Disponível em: <<http://noticias.terra.com.br/brasil/cidades/cabral-diz-que-manifestacoes-contra-ele-fazem-parte-do-jogo,c3e67d5318eb0410VgnCLD2000000ec6eb0aRCRD.html>>. Acesso em: 27 mar. 2014.

¹² TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Justiça autoriza policiais a abordarem manifestantes mascarados. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/web/guest/home/-/noticias/visualizar/134603>>. Acesso em: 15 jan. 2014.

¹³ ROSA, Emanuel Motta da. A identificação criminal dos mascarados. Blog atualidades do direito. Disponível em: <<http://atualidadesdodireito.com.br/emanuelmotta/2013/09/09/a-identificacao-criminal-do-mascarados/>>. Acesso em: 05 fev. 2014.

¹⁴ Justiça do Rio restringe uso de máscaras por manifestantes. O Povo Online. Disponível em: <<http://www.opovo.com.br/app/opovo/brasil/2013/09/04/noticiasjornalbrasil,3123112/justica-do-rio-restringe-uso-de-mascaras-por-manifestantes.shtml>>. Acesso em: 05 fev. 2014.

de ocultar o rosto do cidadão com o propósito de impedir-lhe a identificação”¹⁵.

Em ambas as ações acima citadas, a constitucionalidade da Lei 6.528, de 2013, é posta em dúvida, sob a alegação de violar à Constituição do Estado do Rio de Janeiro. As duas ações foram apensadas, tendo em vista que têm objetos idênticos, e julgadas improcedentes na data de 22 de julho de 2015. Houve recurso extraordinário, mas não foi admitido¹⁶, e desta decisão houve recurso que segue em julgamento. Não foi possível o acesso total aos autos para verificar quais os argumentos pela constitucionalidade da lei defendidos pelo Estado. Alguns deles foram podem ser lidos no acórdão decisório. Contudo, foi possível ter acesso à petição inicial da representação feita pela OAB/RJ, assim como ao parecer do IAB (Instituto dos Advogados Brasileiros). Também pôde ser acessado o acórdão com a decisão e o voto vencido do Relator Sérgio Verani. É com base nos argumentos lançados nestes documentos que se fará a discussão que virá a seguir.

Os argumentos pela inconstitucionalidade da Lei 6.528, de 2013, conforme redação da petição inicial da OAB/RJ, são: a afronta aos art. 9º, §1º¹⁷, art. 23¹⁸, caput e parágrafo único, art. 72¹⁹ e art. 98²⁰ todos da Constituição Estadual. É questionada por

¹⁵ RIO DE JANEIRO. Lei nº 6528, de 11 de setembro de 2013. Regulamenta o art. 23 da Constituição do Estado. Legislação Estadual. Disponível em: <<http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/contlei.nsf/69d90307244602bb032567e800668618/95394833846e60a583257be5005ec84a?OpenDocument>>. Acesso em: 29 mar. 2014.

¹⁶ Recurso Extraordinário 0052756-30.2013.8.19.0000. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=201525251637>> . Acesso em: 19 ago. 2015.

¹⁷ Art. 9º - O Estado do Rio de Janeiro garantirá, através de lei e dos demais atos dos seus órgãos e agentes, a imediata e plena efetividade dos direitos e garantias individuais e coletivos, mencionados na Constituição da República, bem como de quaisquer outros decorrentes do regime e dos princípios que ela adota e daqueles constantes dos tratados internacionais firmados pela República Federativa do Brasil.

§ 1º - Ninguém será discriminado, prejudicado ou privilegiado em razão de nascimento, idade, etnia, raça, cor, sexo, estado civil, trabalho rural ou urbano, religião, convicções políticas ou filosóficas, deficiência física ou mental, por ter cumprido pena nem por qualquer particularidade ou condição.

¹⁸ Art. 23 - Todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo exigido apenas prévio aviso à autoridade. Parágrafo único - A força policial só intervirá para garantir o exercício do direito de reunião e demais liberdades constitucionais, bem como para a defesa da segurança pessoal e do patrimônio público e privado, cabendo responsabilidade pelos excessos que cometer

¹⁹ Art. 72 - O Estado exerce todas as competências que não lhe sejam vedadas pela Constituição da República.

§ 1º - As competências político-administrativas do Estado são exercidas com plenitude sobre as pessoas, bens e atividades em seu território, ressalvadas as competências expressas da União e dos Municípios.

²⁰ Art. 98 - Cabe à Assembleia Legislativa com a sanção do Governador do Estado, não exigida esta para o especificado nos artigos 99 e 100, legislar sobre todas as matérias de competência do Estado, entre as quais: I - sistema tributário, arrecadação e distribuição de rendas; II - plano plurianual, diretrizes orçamentárias, orçamento anual, operações de crédito e dívida pública; III - planos e programas estaduais de desenvolvimento, em conformidade com os planos e programas nacionais; IV - normas gerais sobre exploração ou concessão dos serviços públicos, bem como encampação e reversão destes, ou a expropriação dos bens de concessionárias ou permissionárias e autorizar cada um dos atos de retomada ou intervenção; V - criação, transformação e extinção de cargos, empregos e funções públicas, fixação dos respectivos vencimentos ou remuneração; VI - normas gerais sobre alienação, cessão, permuta, arrendamento ou aquisição de bens públicos; VII - transferência temporária da sede do Governo; VIII - organização e fixação dos efetivos da

um lado a competência do Estado para legislar sobre material bélico, já que a lei também define que tacs, bastões e outros materiais serão considerados armas. Por outro lado, há também o argumento de afronta à liberdade de expressão do pensamento (art. 9º, §1º) e à liberdade de reunião (art. 23), já que a legislação estadual proíbe expressamente o uso de máscaras e ainda determina que a reunião para manifestação do pensamento somente possa ocorrer com o aviso à autoridade policial, como já se disse.

Para o presente texto, o que importa são os argumentos relativos às restrições das liberdades. Quanto a este aspecto, poder-se-ia dizer que a vedação ao uso das máscaras ou, ainda, a obrigatoriedade de aviso à autoridade policial, tornam a lei inconstitucional porque, (i) estes dois requisitos não fazem parte do texto da Constituição Estadual, ou da Constituição Federal, e também porque, (ii) na realidade visam inibir o direito de reunião uma vez que as máscaras fazem parte da formação de “uma identidade única” entre os manifestantes, e finalmente porque (iii) não respeitam os princípios da proporcionalidade e da adequação, já que o direito pátrio tem meios de vedar os abusos nas manifestações e de garantir a identificação dos mascarados, de modo que a vedação do anonimato, que restringe a liberdade de expressão do pensamento (art. 5, IV, CF), não é suficiente para fundamentar a vedação do uso das máscaras.

O IAB chamado a funcionar como *amicus curae*, deu parecer pela inconstitucionalidade da lei. Considerou que o direito de reunião foi arbitrariamente restringido, pois as restrições apostas pela lei estadual fogem àquelas autorizadas pela própria Constituição. Neste ponto de vista, considerou que se trata de uma norma de eficácia plena e aplicabilidade imediata²¹ e, por essa razão, somente pode sofrer as restrições que já foram de início estabelecidas no texto constitucional. No parecer do IAB aparece também a distinção entre a liberdade de reunião e a liberdade de expressão. Aduz-se que a necessidade de identificação, que é condição para o exercício lícito do direito de manifestação do pensamento, não é pertinente para justificar a vedação ao uso das máscaras. Considera-se, também, que a vedação ao anonimato relaciona-se mais à expressão individual do pensamento do que aos casos de expressão coletiva, como se verifica com o direito de reunião.

Finalmente, na decisão que reconheceu a constitucionalidade da Lei, foram julgados improcedentes todos os pedidos, e todos os argumentos lançados pelos representados foram considerados desarrazoados. Por maioria dos votos, os ministros do

Polícia Militar e do Corpo de Bombeiros Militar, observadas as diretrizes fixadas na legislação federal; IX - organização administrativa, judiciária, do Ministério Público, da Procuradoria-Geral do Estado, da Defensoria Pública, do Tribunal de Contas do Estado e do Conselho Estadual de Contas dos Municípios; IX - organização administrativa, judiciária, do Ministério Público, da Procuradoria-Geral do Estado, da Defensoria Pública e do Tribunal de Contas do Estado; X - criação, incorporação, fusão e desmembramento de Municípios; XI - exploração direta ou mediante concessão a empresa estatal em que o Poder Público estadual detenha a maioria do capital com direito a voto, com exclusividade de distribuição de serviços de gás canalizado; XII - instituição de regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões; XIII - criação, estruturação e atribuições das Secretarias de Estado e entidades da administração pública indireta.

²¹ Cf. Parecer do IAB no processo 0053071-58.2013.8.19.0000. p. 2-3. Disponível em: <<http://www.iabnacional.org.br/IMG/pdf/doc-15434.pdf>> Acesso em: 28 mar. 2013.

Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, fundamentando-se na teoria externa dos limites aos direitos fundamentais, consideraram que a proibição ao uso das máscaras era não só justificada, como também era a medida adequada e proporcional do direito de reunião e também dos demais direitos fundamentais individuais²². No voto vencido, contudo, o Ministro Sergio Veranni destaca a abusividade da Lei atacada e discorda de todos os argumentos que sustentam a decisão final²³.

2. Direito de Livre Manifestação do Pensamento e Direito de Reunião: diferenças e aproximações

Um dos fundamentos para sustentar inconstitucionalidade da vedação do uso de máscaras é uma possível violação da liberdade de reunião. Por outro lado, um dos fundamentos para se instituir tal vedação parece ser a proibição do anonimato, restrição constitucional à liberdade de manifestação do pensamento.

O art. 2º da Lei 6.528, de 2013, que em seu caput estabelece a vedação ao uso das máscaras, dispõe, no parágrafo único, que: “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”²⁴. Percebe-se, pois, que a fundamentação pretendida para a vedação ao uso das máscaras é a vedação ao anonimato, que por sua vez é uma restrição ao direito de livre manifestação do pensamento. A justificativa para a proibição do uso de máscaras estaria, então, na proibição do anonimato, prevista no art. 5º, IV da Constituição Federal, motivo pelo qual não se poderia afirmar a inconstitucionalidade da Lei.

Alguns artigos da mídia geral publicados na época da aprovação da Lei 6.528, de 2013, frisaram que havia uma confusão legislativa entre o direito de livre manifestação do pensamento e o direito de reunião. Segundo essa forma de argumentação, a restrição que pode ser aposta ao direito de livre manifestação do pensamento não pode ser aposta ao direito de reunião, que é efetivamente o direito que está sendo diretamente restringido no caso²⁵.

Na petição inicial do processo iniciado pela OAB/RJ consta o argumento de que garantia de liberdade de manifestação do pensamento tem em mira a manifestação individual do pensamento, muito mais do que a manifestação coletiva. Significa dizer que a vedação ao anonimato está a garantir de um lado direito a eventual dano moral e, de outro, o direito de resposta²⁶. No acórdão decisório, o argumento acima mencionado foi

22 Processo nº 0052756-30.2013.8.19.0000 e Processo nº 0053071-58.2013.8.19.0000. fls. 247 a 271. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/numeracaoUnica/faces/index.jsp?numProcesso=0052756-30.2013.8.19.0000>>. Acesso em: 19 ago.2015.

23 Processo nº 0052756-30.2013.8.19.0000 e Processo nº 0053071-58.2013.8.19.0000. fls. 274 a 282.

24 RIO DE JANEIRO. Lei nº 6.528, de 11 de setembro de 2013. Regulamenta o art. 23 da Constituição do Estado. Legislação Estadual. Disponível em: <<http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/contlei.nsf/69d90307244602bb032567e800668618/95394833846e60a583257be500Sec84a?OpenDocument>> Acesso em: 29 mar. 2014.

25 ROSA, Emanuel Motta da. A identificação criminal dos mascarados. Blog atualidades do direito. Disponível em: <<http://atualidadesdodireito.com.br/emanuelmotta/2013/09/09/a-identificacao-criminal-do-mascarados/>>. Acesso em: 05 fev. 2014.

26 Processo 0053071-58.2013.8.19.0000, fl. 23. Disponível em: <<http://www.iabnacional.org.br>> . Acesso

rechaçado. Segundo o entendimento da maioria dos Ministros, o direito de reunião é a expressão coletiva do direito de reunião. Dessa forma, a vedação ao anonimato é válida tanto em relação a um quanto em relação a outro direito fundamental²⁷.

Diante destes posicionamentos, é preciso tentar estabelecer quais são as diferenças e semelhanças entre tais liberdades, e é a isto que se presta a presente seção. Diante disso, uma primeira discussão que se coloca é a de saber qual o conteúdo material de proteção de cada um destes direitos, delimitando o mais possível o âmbito de proteção pretendido por cada um deles e verificando as inter-relações e confluências entre eles.

O direito de livre manifestação do pensamento assim como o direito de reunião são ambos considerados Direitos Humanos de Primeira Dimensão. Isto significa que são frutos da Revolução Francesa e da Revolução Americana, ao menos no que se considera a acepção moderna dos Direitos Humanos. Significa também que são, em primeira instância, direitos que demandam uma postura de abstenção do Estado em relação às condutas dos particulares²⁸.

As proximidades não terminam aí. Como informa Celso de Mello, ambos os direitos foram objeto de previsão legal da Primeira Emenda à Constituição Americana de 1787. Entendidos como direitos que salvaguardavam, em última instância, a segurança e a propriedade, conferem uma proteção com limites amplos, como meio de garantir o direito do povo de discordar e de manifestar tal discordância coletivamente e, ainda, conferindo ao Estado o dever de não interferir em seu exercício e de proteger o manifestante²⁹.

Outros documentos internacionais referentes à proteção dos Direitos Humanos também fazem menção a ambas liberdades. A liberdade de reunião está assegurada no art. XX da Declaração Universal dos Direitos Humanos e nos art. 21 e art. 15 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, respectivamente. A liberdade de manifestação do pensamento está expressa nestes mesmos documentos nos art. XIX, art. 19 e art.13, respectivamente.

Ao falar sobre o direito à livre manifestação do pensamento, José Afonso da Silva alerta para o fato de que, tanto se pode aludir à manifestação de pensamento entre ausentes, quanto entre presentes. Quando se fala de comunicação entre presentes, pode-se aí perceber a proximidade entre o direito de reunião e o de livre manifestação do pensamento: a manifestação do pensamento de uma pessoa para outras é protegida pelo direito de livre manifestação do pensamento, contudo, a garantia de reunião das várias

em: 20 mar. 2013.

²⁷ “Ora, se a Constituição é um todo uno e harmônico, a ser interpretado sistematicamente, não restam dúvidas de que o direito de reunião é o próprio direito de manifestação de pensamento, só que exercido coletivamente, ao qual está também vedado o anonimato. E igualmente incontestado que tal vedação é concretizada e devida e formalmente regularizada pela vedação ao uso de máscaras. Processo nº 0052756-30.2013.8.19.0000 e Processo nº 0053071-58.2013.8.19.0000. fls. 270.

²⁸ OLIVEIRA RAMOS, Maria Lúcia de. O direito de manifestação. Revista de História da Faculdade de Letras da Universidade do Porto, v. 9, 1989, p. 354

²⁹ Abe Frotas apud MELLO FILHO, José Celso de. O direito constitucional de reunião. Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, v. 12, n. 54, p. 19-23, set.-out. 1978, p.164.

peças para compartilhar essa manifestação do pensamento é dada pelo direito de reunião³⁰. Neste sentido, o autor salienta que a liberdade de reunião é um tipo de “liberdade-condição”³¹, uma liberdade de cuja garantia depende também o exercício de outras liberdades, como a liberdade de locomoção, de crença religiosa política e filosófica e, também, a liberdade de manifestação do pensamento³².

Em sentido semelhante, Celso de Mello salienta que o direito de reunião deve ser entendido como “um instrumento do direito de livre manifestação do pensamento”³³. Em sendo assim, conclui este autor que o direito de reunião é um instrumento de liberdade, no sentido amplo da palavra, e deve abarcar, portanto, a possibilidade de crítica e de protesto.

A importância do direito de manifestação do pensamento e de reunião para a exposição de ideias contrárias ao sistema vigente foi debatida em dois julgamentos recentes do STF. No primeiro caso, o STF considerou inconstitucional uma lei que proibia o uso de carros de som em manifestações na Praça dos Três Poderes, na cidade de Brasília. Ressaltou-se a inter-relação entre o conjunto de liberdades fundamentais e sua importância para a construção da concepção moderna de democracia, bem como a importância do respeito a cada uma delas individualmente para a configuração do Estado Democrático de Direito³⁴. Este posicionamento foi reafirmado no julgamento da ADPF187/DF (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental), em que se decidiu pela constitucionalidade da Marcha da Maconha, quando o Min. Celso de Mello declarou em seu voto que: “[...] **busca-se**, na presente causa, **proteção** a duas liberdades individuais de **caráter fundamental**: de um lado a liberdade de reunião e, de outro, o direito a **livre manifestação do pensamento**, em cujo núcleo acham-se compreendidos os direitos de petição, de crítica, de protesto, de discordância e de livre circulação de ideias”³⁵. Na decisão que afirmou a constitucionalidade da Lei 6528/2013, entendeu-se que o precedente do STF não guarda correlação com o caso das máscaras, porque naqueles casos discutidos impede em absoluto o direito de reunião, pois “espanca qualquer dúvida acerca dos líderes e da organização da manifestação”³⁶.

Especificamente no Direito Brasileiro, os direitos de liberdade ganham destaque no contexto de construção e afirmação da democracia após o Golpe e a ditadura militar. Nesta época, os direitos de liberdade, embora fossem garantidos na Constituição, não eram garantidos na prática. Esta questão, ainda que não tenha aparecido especificamente no caso que se discute, tem aparecido em decisões recentes do STF sobre os direitos de reunião e manifestação do pensamento³⁷.

³⁰ SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 19.ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 268

³¹ Ibidem.

³² Ibidem.

³³ MELLO FILHO, José Celso de. Op.cit., p. 163

³⁴ ADI 1969/DF. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. DJ, 28 de junho de 2007.

³⁵ ADPF187/DF. Rel Min. Celso de Mello. DJ, 15 de junho de 2011.

³⁶ Processo nº 0052756-30.2013.8.19.0000 e Processo nº 0053071-58.2013.8.19.0000. fls. 270.

³⁷ ADI 1969/DF. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Dj 28/06/2007 e ADPF187/DF. Rel Min. Celso de

É certo, no entanto, que existem diferenças. Isto fica claro quando se verifica o objeto de proteção de cada um dos direitos. O direito de reunião pode ser definido como: “a aproximação – espacialmente considerada – de algumas, ou de muitas pessoas, com o fim de informar-se, de esclarecer-se ou de adotar opinião”³⁸. Esta definição evidencia que o objeto da proteção é o agrupamento temporário de pessoas com a finalidade de expressar o pensamento, ou de informar-se³⁹.

O direito de livre manifestação do pensamento, por sua vez, apresenta a seguinte definição: direito de trazer ao conhecimento do público qualquer ideia, independentemente de ela ser considerada “boa” à luz de qualquer dogma sagrado, oráculo ou doutrina⁴⁰. Percebe-se assim que o que se protege é o direito de trazer a público (ou não) uma ideia, o que pode ocorrer em manifestações coletivas tal qual passeatas, protestos ou, de outro modo, por meio de manifestações individuais. A partir destes conceitos, fica mais clara a relação de instrumentalidade que o direito de reunião apresenta em relação ao direito de livre manifestação do pensamento.

Finalmente, é importante verificar as diferenças entre os dois direitos no que toca às restrições que o texto da Constituição Federal ou os textos dos tratados internacionais trazem a cada um destes direitos. Inicialmente, cabe uma ressalva: a questão relativa a regulamentações infraconstitucionais será objeto da próxima seção. O que se pretende desde logo é indicar os contornos exatos de cada um destes direitos de acordo com os textos legislativos que os contemplam.

O direito de reunião, de acordo com a redação dada ao art. 5º, XVI da Constituição Federal Brasileira, apresenta-se da seguinte forma: “todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independente de autorização, exigível prévio aviso à autoridade e desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local”. Celso de Mello em seu voto em julgamento a respeito da Constitucionalidade da Marcha da Maconha destaca que a partir da Constituição Federal de 1988, há apenas um requisito essencial ao direito de reunião: que esta seja sem armas⁴¹. A exigência de aviso prévio à autoridade competente não configura um requisito, conforme explica José Afonso da Silva. Trata-se, segundo este autor, de simples comunica-

Mello. Dj. 15 de junho de 2011.

³⁸ Pontes de Miranda apud MELLO FILHO, José Celso de. Op. cit, p. 159.

³⁹ Celso de Mello identifica 5 elementos essenciais ao direito de reunião: (i) o elemento pessoal que identifica os sujeitos do direito de reunião como sendo os brasileiros e os estrangeiros aqui residentes, (ii) o elemento temporal, que diz respeito ao momento de ocorrência da reunião, que pode ser de dia ou de noite, desde que transitória; (iii) o elemento espacial que determina que a reunião deva ocorrer em espaço delimitado, seja ele público ou interno; (iv) o elemento formal que exige uma organização e direção ainda que precária e finalmente o elemento intencional que se perfaz na comunhão de objetivos e finalidades que une os participantes. Idem, Op. cit., p.161

⁴⁰ CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. Liberdade de expressão e manifestação do pensamento, censura e repressão ao abuso do poder econômico. Espaço Jurídico Joaçaba, v. 13, n. 1, p. 67-90, jan/jun. 2012.

⁴¹ Voto Celso de Mello p. 17 Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/voto-celso-mello-adpf-187-merito.pdf>. Acesso em: 29 maio 2014. Registre-se aqui a visão de José Afonso da Silva, destacando que a proibição do uso de armas contempla não só as armas de fogo, mas também armas brancas que denotem qualquer atitude belicosa. SILVA, José Afonso da. Op. cit., p. 268

ção, cujo intuito é o de propiciar a proteção devida ao direito de reunião⁴².

Quanto ao direito de manifestação, pode-se verificar pelo menos dois limites que decorrem do texto da Constituição Federal. O primeiro é a vedação ao anonimato que consta do próprio art. 5, IV, da Constituição Federal. O outro é a censura, conforme previsão do art. 220, § 2º da Constituição Federal.

É o primeiro requisito que parece servir de fundamento para as decisões que proíbem o uso de máscaras, assim como para a Lei 6.528, de 2013, do Rio de Janeiro, conforme já se explicou. Isto se depreende também do Projeto de Lei Federal nº 7.393, de 2010, que pretende proibir o uso de capuzes e afins em manifestações. Lê-se, na justificativa do projeto: “A Constituição Federal, em seu art. 5.º, IV, assegura a livre manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”⁴³.

A vedação ao anonimato, segundo Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino, visa garantir dois outros direitos: de um lado o direito à indenização por danos morais e materiais e, de outro, a direito de resposta, ambos constitucionalmente assegurados⁴⁴. Alguns países, como Alemanha e Estados Unidos, não mencionam a vedação ao anonimato no texto constitucional. Alguns, como é o caso dos Estados Unidos, têm uma tradição jurisprudencial de defesa do anonimato em determinados tipos de casos, considerando-se que o anonimato pode ser essencial ao livre exercício do direito de manifestação nestes casos, como quando se aceita uma denúncia anônima, ou uma doação anônima⁴⁵.

Na análise de Walter Capanema, o direito ao anonimato deve ser também protegido no Brasil. E, como mostra o autor, isso já ocorre em casos de denúncias anônimas, como vem demonstrando a jurisprudência recente do STF. Contudo, o autor ressalta que se por um lado a vedação ao anonimato não pode ser tal que prejudique ou impeça a liberdade de manifestação do pensamento, de outro o anonimato não deve servir para acobertar a prática de crimes⁴⁶.

No Projeto de Lei 7.393, de 2010, anteriormente mencionado, o voto do Deputado Fernando Marroni expõe de maneira clara a delicadeza do equilíbrio existente entre a vedação ao anonimato e a liberdade de manifestação do pensamento. Fundamentando-se no entendimento de Otávio Luiz Rodrigues Jr., destaca que a finalidade histórica da restrição constitucional se liga à tentativa de coibir denúncias caluniosas e levianas, mas que em determinados contextos de agitação política e social o anonimato transforma-se em um instrumento importante de resistência civil, daí porque essa é uma restrição que

⁴² Idem, p. 267.

⁴³ Este projeto de lei é de autoria do Dep. Marcelo Ortiz do, Partido Verde - SP. Foi apresentado em 26 de maio de 2010 e encontra-se em fase de apreciação pelas Comissões. O relator é o Dep. Paes de Lira. O andamento pode ser consultado pelo endereço: < <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=478771>>.

⁴⁴ Apud CAPANEMA, Walter Aranha. O direito ao anonimato: uma nova interpretação do art. 5º, IV, CF. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang. (coord.). Jurisdição Constitucional, democracia e direitos fundamentais. Salvador: Juspodium, 2012, p. 545

⁴⁵ Idem, p. 550

⁴⁶ CAPANEMA, Walter Aranha. Op.cit., p. 548-549

deve ser interpretada com moderação⁴⁷.

Outra questão importante destacada no voto de Fernando Marroni é que uma restrição não pode ser tal que impossibilite o exercício de um direito, e a questão do uso das máscaras, assim como outros artifícios como uso de cartazes, aparelhos sonoros e pinturas corporais, compõem parte significativa do exercício do direito de manifestação do pensamento em grandes eventos sociais de massa, nos quais a maioria da comunicação pode ocorrer de forma não verbal, caso a que não se aplica a vedação ao anonimato⁴⁸.

O que se evidencia é que os direitos de liberdade são inter-relacionados, assim como são, de modo geral, todos os direitos humanos. Sendo assim, as limitações a um direito podem com frequência interferir na garantia de outro. No caso específico em discussão, ainda que a vedação ao anonimato possa funcionar como fundamento para a proibição do uso de máscaras nas manifestações, resulta também em uma limitação ao direito de reunião. Além disso, pode ser o caso de que nem mesmo a vedação ao anonimato seja aplicável a esse caso específico, já que pode conter uma restrição absoluta ao direito de livre manifestação do pensamento. Cabe discutir, então, se é lícita ou ilícita essa limitação.

3. Identificação Criminal de Mascarados e Vedação a Máscaras: limites lícitos ou ilícitos?

No direito brasileiro, essa pergunta sobre os limites dos direitos e garantias fundamentais costuma ser respondida a partir de duas teorias: (i) aquela que se utiliza da classificação das normas constitucionais em normas de eficácia plena, de eficácia contida ou de eficácia limitada ou (ii) aquela que alude aos princípios da adequação e da proporcionalidade para resolver as situações de choques entre princípios⁴⁹. Ambas as teorias aparecem como argumentos na fundamentação pela inconstitucionalidade da Lei 6.528, de 2013 e, também são a base da decisão pela constitucionalidade da mencionada lei.

Virgílio Afonso da Silva ressalta que ambas as teorias partem de pressupostos distintos. Em primeiro lugar, a teoria da eficácia dos direitos fundamentais só se sustenta quando se compreende que existe uma classe de direitos que são irrestringíveis. No caso da teoria da ponderação dos princípios, essa suposição não pode ser assumida, já que o fundamento é exatamente o oposto: o fato de que os direitos fundamentais são todos restringíveis⁵⁰.

A primeira teoria, a teoria de José Afonso da Silva, é usada como fundamento para afirmar a inconstitucionalidade da Lei 6.528, de 2013 no parecer do IAB, em que se lê que o direito de reunião está garantido por norma de eficácia plena. A segunda, a Teoria da Ponderação de Princípios de Robert Alexy⁵¹, aparece nos argumentos da OAB/RJ,

⁴⁷ Cf. Voto do em separado do Dep. Fernando Marroni. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=478771>>. Acesso em: 10 fev. 2014.

⁴⁸ Ibidem.

⁴⁹ No Brasil tem como expoentes Luiz Roberto Barroso e Ingo W. Sarlet, entre outros.

⁵⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. O conteúdo essencial dos direitos humanos e a eficácia das normas constitucionais. Revista de Direito do Estado, nº 4, p. 25, 2006.

⁵¹ Processo 0053071-58.2013.8.19.0000. Fls. 23-25. Cabe observar que na redação da petição inicial o ad-

que na petição inicial afirma que a vedação ao uso de máscaras é inconstitucional porque, mesmo que se admita sua permissão diante da vedação ao anonimato, a medida é desnecessária, visto que há no ordenamento jurídico outras maneiras menos gravosas aos direitos fundamentais de se garantir a identificação daqueles que agirem violentamente⁵².

A decisão pela constitucionalidade também aparece fundada nas mesmas teorias. De início, o voto da Min. Nilza Bittar faz referência a José Afonso da Silva e diz que não se trata de norma de eficácia plena, mas sim norma de eficácia contida. Sendo assim, é admissível a restrição a esse direito, feita por lei nos limites da Constituição⁵³.

Com efeito, o fundamento da primeira teoria reside na seguinte distinção: normas de eficácia plena são aquelas que podem de imediato produzir efeitos; as normas de eficácia contida são aquelas que podem produzir efeitos desde logo, contudo podem ter seus efeitos restringidos por leis posteriores, e finalmente as leis de eficácia limitada são aquelas que necessitam de lei regulamentadora para que produzam plenos efeitos⁵⁴.

A partir desta ideia, todas as normas constitucionais têm eficácia: ocorre que em alguns casos essa eficácia depende de regulamentação posterior. A partir desta tipologia é possível verificar que as normas constitucionais poderiam ser divididas em grupos: (i) grupo das normas que não podem sofrer restrições posteriores; (ii) normas que podem sofrer restrições posteriores; (iii) normas que prescindem de regulamentação posterior, e (iv) normas que necessitam de regulamentação posterior⁵⁵.

As normas de eficácia plena têm aplicabilidade imediata e integral e, em sendo assim, claramente não necessitam de lei para que sejam regulamentados os direitos por ela conferidos. De outro lado, o mesmo não ocorre com as normas de eficácia limitada, que têm eficácia mediata e aplicabilidade reduzida e, portanto, somente produzem plenos efeitos quando é produzido o ato normativo que a própria Constituição determina como condição de plena eficácia. É assim, por exemplo, no caso dos direitos sociais em que assevera José Afonso, a regulamentação posterior é indispensável, e esta regulamentação estabelecerá então os limites do direito conferido⁵⁶.

Há ainda as normas de eficácia contida. Essas normas, como explica José Afonso da Silva, também têm aplicabilidade imediata, porém não integral. Diferentemente das normas de eficácia plena, podem sofrer restrições posteriores ou dependem de regulamentação posterior que estabeleça os limites de sua eficácia⁵⁷. Segue-se daí o problema de estabelecer quais restrições ou limites podem ser apostos a esses direitos.

Ao explicar a respeito das normas de eficácia contida, o autor esclarece que essas normas podem ser objeto de restrições previstas, ou então de legislações regulamentadoras

vogado fez alusão aos conceitos de Luiz Roberto Barroso.

⁵² Idem.

⁵³ Processo nº 0052756-30.2013.8.19.0000 e Processo nº 0053071-58.2013.8.19.0000. fls. 253.

⁵⁴ SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das normas constitucionais. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p.82-87

⁵⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. Op. cit., p. 26

⁵⁶ SILVA, José Afonso da. Op. cit. p. 83

⁵⁷ Ibidem.

mencionadas na Constituição⁵⁸. Assim, é de se notar que elas a princípio terão a eficácia plena, e assim permanecerão até que venha a lei restritiva. Contudo, os limites que podem ser detalhados ou regulamentados pela lei infraconstitucional são aqueles que atendam ao que determina a própria Constituição.

Os direitos constitucionais de liberdade, segundo José Afonso da Silva, são geralmente direitos garantidos por normas de eficácia plena⁵⁹. Em alguns casos, no entanto, são garantidos por normas de eficácia contida. Os exemplos do autor referem-se, entre outros, ao direito de livre associação, livre exercício profissional e, justamente, o direito de reunião. Para o autor, o direito de reunião sofre, de início, restrições decorrentes do próprio texto constitucional que institui esta liberdade, uma vez que somente é garantido o direito de livre reunião quando esta é pacífica e sem armas, conforme redação do art.5º, XVI, da Constituição⁶⁰. Outras restrições aparecem também ao longo do texto constitucional, em outros dispositivos, como as restrições que são permitidas em caso de guerra declarada e em caso de estado de sítio. Essas possíveis restrições evidenciam que se trata, segundo o autor, de uma norma de eficácia contida⁶¹.

Utilizando este mesmo raciocínio, é possível dizer que o direito de livre manifestação do pensamento também tem eficácia contida, uma vez que a limitação ao anonimato é uma restrição que advém da própria norma conferidora de direitos. Sendo assim, trata-se de uma restrição permitida. Contudo, sobre esse raciocínio devem pesar as palavras do próprio autor quando conclui seu pensamento sobre as restrições e regulamentações às liberdades constitucionais, afirmando que todas as restrições, ainda que constitucionalmente admitidas, não podem levar à exclusão do direito de liberdade, que não poderá ser excluído, seja pela ação do poder de polícia, seja pela ação do poder legislativo⁶².

Verifica-se, com o exposto, que usando como fundamento essa teoria se deve entender que a vedação ao uso de máscaras viola os direitos de liberdade, seja porque leva a uma restrição ao direito de reunião, que não é admitida frente ao texto constitucional, seja porque limita gravemente o direito de manifestação de pensamento, tendo em vista a relação entre ambos os direitos e a importância da linguagem não verbal em manifestações sociais.

Nota-se, no entanto, que tanto a fundamentação constante do parecer da IAB quanto aquela constante no voto vencedor no processo parecem desviar-se do conteúdo exato da teoria dos limites dos Direitos Fundamentais. Diferentemente do que está afirmado no parecer dado pelo IAB, não é certo dizer que se trata o direito de reunião de uma norma de eficácia plena, segundo esse referencial teórico. Ainda que neste caso não se altere a conclusão final a respeito da impossibilidade de limitação a posteriori deste direito. Isto porque, sendo uma norma de eficácia contida, em conformidade com essa teoria, só poderia haver essa limitação a partir do que já existe de previamente determi-

⁵⁸ Idem, p.271-272

⁵⁹ Ibidem.

⁶⁰ Ibidem.

⁶¹ Ibidem.

⁶² Ibidem.

nado e expresso no texto constitucional. Esse não parece ser o caso em relação ao uso de máscaras. Ressalta-se que no voto vencido o direito de reunião é considerado, assim como no parecer do IAB, como um direito expresso em norma de eficácia plena⁶³.

Como já se disse, há outra teoria que também foi mencionada no caso. Trata-se da Teoria de Ponderação dos Princípios de Robert Alexy, que será aqui explicada apenas em suas linhas gerais⁶⁴. A Teoria de Ponderação dos Princípios tem como pressuposto a distinção entre regras e princípios⁶⁵ e não a distinção a priori entre a eficácia e a aplicabilidade dos direitos fundamentais.

As normas que têm estrutura de regras são aplicáveis ou não são aplicáveis ao caso concreto. Significa que, dado um caso hipotético X, determinada norma Y se aplica ao caso, completamente, ou não se aplica absolutamente⁶⁶. A interpretação de normas que têm estrutura de regras obedece assim à dinâmica de subsunção do fato à norma.

Por outro lado, as normas com estrutura de princípios possuem uma estrutura mais ampla e têm caráter mais vago, tratando de direitos de grande importância e de caráter amplo, como é o caso do direito de liberdade ou do direito de igualdade. Consequentemente, essas normas estão mais sujeitas a colisões e, sendo assim, o autor considera que conferem direitos *prima facie*⁶⁷, o que significa que devem ser garantidos na medida mais ampla possível, considerando as circunstâncias do caso concreto. A distinção entre regras e princípios está principalmente no fato de que aqueles são considerados mandados de otimização: devem ser realizados dentro da maior medida possível, considerando as condições de fato e jurídicas existentes⁶⁸. Disto decorre que demandam uma estratégia de interpretação diferente daquela usada para as regras: que é a ponderação.

As normas que exprimem os direitos e garantias fundamentais são normas com estrutura de princípio⁶⁹. Portanto, ainda que todos eles tenham a mesma força, quando abstratamente considerados, diante de uma situação prática, de um caso concreto, pode ser que determinado princípio tenha mais peso que outro e, por isso, determinado princípio deva ser afastado para aplicação de outro⁷⁰. Para encontrar o princípio com maior peso, no caso concreto se utiliza o método da ponderação, a partir da regra da proporcionalidade, que leva em conta: (i) a adequação, (ii) a necessidade e (iii) a proporcionalidade em sentido estrito.

A adequação está relacionada com a realidade fática, ou seja, com os meios práticos adequados para se atingir a maior otimização do princípio considerado. A necessidade, por sua vez, se relaciona a avaliação da necessidade de um determinado meio para reali-

⁶³ Processo nº 0052756-30.2013.8.19.0000 e Processo nº 0053071-58.2013.8.19.0000. fls.277.

⁶⁴ Para maior aprofundamento sobre a metodologia da ponderação de princípios, cf. ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Centro de Estudios Constitucionales: Madrid, 1993.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 81-114

⁶⁶ *Ibidem*.

⁶⁷ *Ibidem*.

⁶⁸ ALEXY, Robert. *Op. cit.*, p. 86

⁶⁹ *Idem*, p. 73

⁷⁰ *Idem*, p. 89

zação da finalidade de um princípio, porque não há outro meio possível (faticamente ou juridicamente). Dessa forma, a necessidade justifica o afastamento de um princípio em relação a outro (ou outros) colidente(s). E, finalmente, não sendo possível resolver-se a colisão nas duas etapas anteriores, a ponderação em sentido estrito determina a imprescindibilidade de uma justificação forte para a escolha do princípio que será afastado na decisão jurídica⁷¹. Desta forma a teoria de Alexy pressupõe que não se pode restringir simplesmente os direitos fundamentais, mas se pode restringi-los toda vez que essa restrição fundamentar-se em uma melhor harmonização entre esses direitos⁷².

No caso aqui tratado, teríamos que nos perguntar, primeiramente, se: a proibição ao uso das máscaras é o meio adequado para garantir a finalidade do princípio que se pretende proteger. Contudo, antes, é preciso determinar qual o princípio que se visa proteger. O intuito da vedação às máscaras é garantir que manifestantes infratores possam ser identificados, para que possa ocorrer a persecução penal e a responsabilização civil, se for o caso. Assim, a vedação a máscaras pretende garantir a responsabilização criminal e civil do manifestante que vier a cometer crime ou causar dano a outrem⁷³.

Uma vez que a metodologia da ponderação somente se aplica no caso de colisão de princípios, é preciso ainda determinar se a responsabilização criminal e civil são princípios do ordenamento jurídico. Pode-se argumentar que não se trata de princípios, mas sim de regras, uma vez que não devem ser cumpridos na maior extensão possível. Significa dizer: ou se aplica a responsabilização civil e penal ou não se aplica em virtude de uma norma de exceção⁷⁴, por exemplo, o estado de necessidade ou a legítima defesa. É possível, contudo, pensar nos princípios que podem ser garantidos mediante a responsabilização criminal e civil e argumentar, de outra forma, que o Estado visava compatibilizar o direito de reunião com proteção dos direitos fundamentais, tais como o direito à propriedade, à imagem, à integridade física e até à segurança pública e também a livre manifestação do pensamento.

Com efeito, tomando-se a segunda opção, pode-se argumentar que, uma vez proibido o uso de máscaras, torna-se mais fácil a identificação de manifestantes que infringem a ordem jurídica e preserva-se mais facilmente a segurança pública em virtude da possibilidade de punição àqueles que cometerem crimes e, mais ainda, permite-se mais proteção ao direito de propriedade, já que se evita o ataque sem consequências. Sendo assim, percebe-se que o meio parece adequado à finalidade a que se destina. Nota-se, no entanto, que embora aparentemente adequada, esta forma de proteção interfere tanto no direito de reunião como no direito de livre manifestação do pensamento. Desta forma, em razão desta interferência, torna-se um meio inadequado⁷⁵.

Imaginando, porém, que não haja outro meio, mais adequado, diante da circunstância concreta, para garantir os princípios anteriormente mencionados, sem se atingir

⁷¹ Cf. Alexy p. 160

⁷² SILVA, Virgílio Afonso da. Op. cit., p. 26.

⁷³ Cf. Justificação do Projeto de Lei 7393/10. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=478771>>. Acesso em: 20 mar. 2014.

⁷⁴ Sobre as formas de resolução da colisão de regras, cf. ALEXY, Robert. Op. cit., p. 88-89

⁷⁵ ALEXY, Robert. Op. cit., p. 114

os princípios de liberdade tratados neste texto, então, seria o caso de se aplicar o juízo de necessidade. A pergunta que se deve fazer agora é: já que não há como evitar a colisão, será que esse é o meio necessário de proteger os direitos em mira? Haverá outros meios fáticos ou jurídicos de proteger o direito pretendido?

Nesta etapa, o que se percebe é que o argumento lançado pela OAB/RJ é de que existe a Lei (Lei de Contravenções Penais), que em seu art. 68 prevê a pena de multa para quem, quando justificadamente solicitado, recusar-se a identificar-se. No mesmo sentido, indica-se na petição inicial a Lei 12.037, de 2009, que prevê os casos em que a pessoa civilmente identificada será submetida à identificação criminal. Desta forma, para garantir que as pessoas mascaradas que estejam infringindo a ordem jurídica sejam identificadas, é possível lançar mão tanto da identificação civil como criminal. A recusa à identificação já tem consequências definidas, com intuito de impelir a identificação daquele que a rejeite.

Nota-se por essa análise que parece haver subsídios suficientes para afirmar que a vedação ao uso de máscaras não passa incólume pelo juízo de necessidade. Esse argumento parece sólido o suficiente para fundamentar uma decisão de inconstitucionalidade da Lei 6.528, de 2013, seja evidenciando a inadequação da medida restritiva, seja pela sua desnecessidade. O que se viu entretanto na decisão do caso concreto é que o Tribunal também não o acatou, tendo aparecido ele com relevância apenas no voto vencido do Min. Sérgio Verani⁷⁶.

Lembrando que na decisão pela constitucionalidade da lei, destacou-se que a lei é necessária, aludindo-se que isso é assim, pois visa exatamente garantir o próprio direito de reunião, ainda seria necessária a aplicação da proporcionalidade em sentido estrito. Afinal, a metodologia da ponderação trata exatamente de buscar a decisão mais correta por meio da argumentação jurídica, e essa argumentação, como já se disse, deve deixar claro que a restrição é aquela necessária à harmonização dos princípios fundamentais envolvidos e não outra, como, por exemplo, a censura velada ou a repressão de ideias contrárias aos governos.

Todavia, no voto vencido, não parece haver muita clareza na identificação de quais princípios são colidentes no caso. De maneira geral, parece que se considerou que a colisão seria o princípio da livre expressão do pensamento e da ordem. Ao tratar especificamente sobre a adequação da Lei ao fim de proteger o direito em comento, as explicitações têm mais o sentido de esclarecer que não houve vício de competência e que essa limitação poderia ser feita por Lei⁷⁷. Há ainda no texto do voto vencedor alusão à proporcionalidade e à razoabilidade. Quanto à proporcionalidade ficou destacado que a Lei 6528/13 é proporcional, pois é o único meio possível ao fim a que se destina, não constituindo uma vedação em absoluto ao direito de reunião ou à livre expressão do pensamento. Deste ponto de vista, a máscara é tratada como um impeditivo à responsabilização criminal e civil, e sua proibição como a própria garantia ao direito de

⁷⁶ Processo nº 0052756-30.2013.8.19.0000 e Processo nº 0053071-58.2013.8.19.0000 (Voto vencido) fls. 281.

⁷⁷ Processo nº 0052756-30.2013.8.19.0000 e Processo nº 0053071-58.2013.8.19.0000. fls. 264.

reunião⁷⁸. Sob o ponto de vista da razoabilidade, seu juízo também aparece vinculado à noção de impossibilidade de identificação dos indivíduos que comprometerem a ordem⁷⁹.

Conclusão

O presente capítulo teve como foco a vedação do uso de máscaras em manifestações políticas e/ou sociais. Pode-se perceber que esta discussão que se iniciou com uma medida judicial que determinou a identificação criminal dos mascarados e culminou em duas Representações de Inconstitucionalidade, é atual e presente nos tribunais brasileiros, conquanto ainda em aberto.

Além disso, ficou claro que existe uma tendência para a aprovação de leis que visam criminalizar o uso das máscaras, espelhada em projetos de lei em variados estados da federação e também no âmbito federal. Disto se depreende que as decisões que forem tomadas nos processos em curso atualmente no Estado do Rio de Janeiro podem influenciar o entendimento futuro e respeito da compatibilidade da vedação com a ordem jurídica brasileira.

Uma breve análise do caso aponta para o conflito da medida de restrição ao uso das máscaras com os direitos de liberdade de reunião e manifestação do pensamento. As tentativas de solução deste conflito a partir da Teoria da Eficácia dos Direitos Fundamentais de José Afonso da Silva e da metodologia da Ponderação de Robert Alexy apontam para uma solução comum, ainda que essas teorias tenham fundamentos distintos.

A vedação geral ao uso de máscaras pode assim ser vista como uma restrição inconstitucional do ponto de vista de Teoria de José Afonso da Silva, uma vez que se trata de restrição ao direito de reunião não prevista no texto constitucional e deslocada do estado de sítio, no qual poderia excepcionalmente ser admitida. Mais que isso, representa uma restrição imposta pelo poder legislativo que vai de encontro ao princípio geral da liberdade.

Por outro lado, também a Ponderação de Princípios mostra que a vedação geral, ainda que possa por um esforço de argumentação ser considerada adequada, não é necessária à proteção de quaisquer outros direitos que possam estar sendo violados, já que há outros meios jurídicos de se garantir a identificação e responsabilização dos mascarados infratores da ordem jurídica.

Ficaram claras também neste breve estudo as dificuldades que têm sido enfrentadas nos tribunais brasileiros para a aplicação correta da Teoria da Ponderação dos Princípios. Ao menos se levadas em conta as formas de aplicação destacadas por Robert Alexy, conforme explicado. Há pouca precisão quanto à aplicação dos juízos de adequação, necessidade, razoabilidade e proporcionalidade em sentido estrito, cujas fundamentações parecem ter se fundido no voto vencedor. Foi possível também verificar a dificuldade em precisar os princípios que são colidentes no caso em comento.

Finalmente, embora esse argumento haja sido desconsiderado na decisão final, o uso de máscaras e pinturas tem função simbólica importante em atos de protesto

78 Processo nº 0052756-30.2013.8.19.0000 e Processo nº 0053071-58.2013.8.19.0000. fls.267 -268.

79 Processo nº 0052756-30.2013.8.19.0000 e Processo nº 0053071-58.2013.8.19.0000. fls. 268.

e mobilizações sociais de maneira geral, relacionando-se com a formação de uma identidade do movimento, e uma forma de conexão dos manifestantes. Neste sentido, tem grande relevância para o exercício da liberdade de manifestação e reunião, sendo especialmente importante para o exercício da Democracia.

Referências

ALEXY, Robert. Teoria de los Derechos Fundamentales. Centro de Estudios Constitucionales: Madrid, 1993.

CAMARGO, Ricardo Antonio Lucas. Liberdade de Expressão e Manifestação do Pensamento, Censura e Repressão ao Abuso do Poder Econômico. Espaço Jurídico. Joaçaba, v. 13, n. 1, p. 67-90, jan./jun. 2012.

CAPANEMA, Walter Aranha. O direito ao Anonimato: uma nova interpretação do art. 5º, IV, CF. In: LEITE, George Salomão, SARLET, Ingo Wolfgang. (coord.). Jurisdição Constitucional, democracia e direitos fundamentais. Salvador: Juspodium, 2012, p. 543-558.

MELLO FILHO, José Celso de. O direito constitucional de reunião. Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, v. 12, n. 54, p. 159-164, set.-out. 1978.

OLIVEIRA RAMOS, Maria Lidia de. O direito de manifestação. Revista de História da Faculdade de Letras da Universidade do Porto, v. 9, 1989, p. 351-391.

SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das normas constitucionais. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 65- 87.

_____. Curso de direito constitucional positivo. 19.ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

SILVA, Virgílio Afonso da. O Conteúdo Essencial dos Direitos Humanos e a Eficácia das Normas Constitucionais. Revista de Direito do Estado, n. 4, p. 23-51, 2006.

Capítulo V

AUSÊNCIA FEMININA EM JUÍZO E LICENÇA DE CUIDADO FAMILIAR: REFLEXÕES A PARTIR DO MANDADO DE SEGURANÇA 6965-91.2012.4.01.3400

Angela Limongi Alvarenga Alves¹

Introdução

Em trâmite no Tribunal Regional Federal da Primeira Região, o Mandado de Segurança 6965-91.2012.4.01.3400 concedeu a ordem, em primeira instância, a fim de declarar o direito do impetrante, viúvo, servidor público federal, de gozar licença-paternidade nos moldes da licença-maternidade prevista no artigo 207 da Lei 8.112, de 1990², cumulada com o artigo 2º, § 1º, do Decreto 6.690, de 2008³. Atualmente, o feito encontra-se em fase de reexame necessário. E, sem embargo, abre caminho para discussões acerca de direitos humanos constitucionalmente garantidos no Brasil, como o direito de igualdade (artigo 5º, I), a licença-maternidade de cento e vinte dias e a licença-paternidade de cinco (artigo 7º, XVIII e XIX, respectivamente) e o compartilhamento de obrigações entre homens e mulheres na família e no dever de cuidado familiar para com os filhos (artigos 226, §5º e 227, respectivamente).

Ao conceder a ordem para gozo de licença-paternidade equiparada à licença-maternidade de cento e vinte dias (prorrogada por mais sessenta, no caso dos autos por se tratar de servidor público federal), a decisão cuida de realidade fática específica: o direito do pai só foi reconhecido em razão da morte da gestante, conduzindo ao entendimento de que, apenas na ausência da mãe, a licença-paternidade pode sofrer equiparação. Apesar de significar importante avanço para o reconhecimento de direitos, principalmente o de cuidado familiar conferido ao pai em condições igualitárias para com a mãe, a decisão toma como principal argumento para a declaração do direito a ausência feminina no âmbito familiar (morte da mãe) e não o direito humano feminino ao livre compartilhamento de obrigações entre homens e mulheres na família e no

¹ Doutoranda em Direito do Estado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Mestra em Constitucionalismo e Democracia pela Faculdade de Direito do Sul de Minas. Especialista em Gênero e Diversidade pela Universidade Federal de Lavras e em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Bolsista CAPES/MEC/UFLA.

² A Lei 8.112/1990 dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais, e o artigo 207, especificamente, prescreve a concessão de licença-maternidade à servidora gestante por 120 (cento e vinte) dias consecutivos, sem prejuízo da remuneração.

³ A Lei 6.690/2008 institui o Programa de Prorrogação da Licença à Gestante e à Adotante, e o artigo 2º, §1º, prevê, especificamente, a prorrogação da licença-maternidade à gestante ou à adotante, em ambos os casos, servidoras públicas federais lotadas ou em exercício nos órgãos ou entidades da Administração Pública direta, autárquica e fundacional.

cuidado familiar.

Esse entendimento coloca em debate as razões pelas quais ainda há resistências no que concerne à aplicação desses direitos, além da discrepância entre a prescrição do artigo 7º da Constituição Federal (a licença de cuidado familiar por cento e vinte dias após o nascimento da criança que no Brasil, em regra, é concedida apenas às mulheres, trabalhadoras ou adotantes, chamada licença-maternidade) para com os artigos 226, § 5º e 227 da Constituição Federal (compartilhamento de obrigações entre homens e mulheres na família e no cuidado familiar para com os filhos). Importante perquirir as razões pelas quais esses direitos de fato ainda não se efetivam, sendo necessário o recurso às vias judiciais para o reconhecimento do direito do homem, pai e trabalhador, à licença de cuidado familiar, nos moldes da licença-maternidade, o que acaba por conduzir a uma clivagem entre produção normativa e sociedade, corroborando duas ordens distintas de justiça: uma formal e outra material, ainda imaginada.

1. O Mandado de Segurança 6965-91.2012.4.01.3400⁴

Ajuizado em 7 de fevereiro de 2012, o Mandado de Segurança 6965-91.2012.4.01.3400 teve como impetrante um homem, viúvo, servidor público federal civil contra ato atribuído ao Coordenador de Recursos Humanos⁵ do órgão no qual estava lotado. O feito teve por objeto o reconhecimento do direito de licença-paternidade nos moldes conferidos às mulheres, servidoras públicas federais civis, em razão da necessidade de cuidado familiar para com o filho, recém-nascido, devido à morte da mãe da criança.

Aduziu o impetrante que em 18 de dezembro de 2012 sua esposa deu à luz seu filho, mas em virtude de complicações no parto, aquela faleceu em 10 de janeiro de 2013. Em decorrência de tais circunstâncias, o impetrante viu-se obrigado a assumir as funções inerentes ao cuidado familiar⁶ a bem do filho, recém-nascido, além de ter sob sua responsabilidade a outra filha do casal, à época com dez anos de idade.

Para tanto, o impetrante requereu administrativamente a licença-adotante, que, entretanto, foi indeferida ao fundamento de ausência de previsão legal expressa. Em sede de Mandado de Segurança, pleiteou a suspensão dos efeitos do despacho proferido no processo administrativo de nº 08064.000791/2012-87, a fim de gozar de imediato

⁴ As informações da narrativa do caso se baseiam em TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA PRIMEIRA REGIÃO. Mandado de Segurança 6965-91.2012.4.01.3400. Disponível em: <<http://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?proc=69659120124013400&secao=DF&nome=JOSE%20JOAQUIM%20DOS%20SANTOS&mostrarBaixados=S>>. Acesso em: 16 maio 2014.

⁵ Inicialmente, o Mandado de Segurança fora impetrado contra ato da Coordenadora Substituta de Recursos Humanos do órgão no qual o impetrante era lotado. Todavia, durante o trâmite processual, verificou-se que as informações prestadas pela autoridade coatora advieram do Coordenador de Recursos Humanos do órgão, legitimando-o, desta feita, como autoridade coatora, o que não prejudicou o reconhecimento do direito do impetrante.

⁶ A decisão liminar exarada no Mandado de Segurança em estudo utiliza a expressão “funções maternas necessárias à sobrevivência de seu filho recém-nascido” (grifei).

da licença-paternidade nos moldes da licença-maternidade⁷, que foi liminarmente deferida⁸ em 8 de fevereiro de 2012, e após, convertida em decisão definitiva⁹, em 25 de maio de 2012.

No curso processual, por ocasião das informações, o Coordenador de Recursos Humanos impetrado aduziu com veemência a ausência de previsão legal expressa para a concessão da licença-paternidade equiparada à licença-maternidade.

No mérito, a sentença reconheceu que a ausência de previsão legal que permita a concessão de licença-paternidade nos moldes da licença-maternidade ao servidor que tenha se tornado viúvo – e que a partir disso assume papel essencial na manutenção da vida (em sentido amplo) do recém-nascido – não é empecilho para o seu gozo.

A análise acerca dos argumentos expendidos pelo Tribunal Regional Federal da Primeira Região para essa decisão, de seus limites e potencialidades, serão tecidas a seguir.

2. Igualdade entre Homens e Mulheres

Como fundamentação, a decisão do Mandado de Segurança 6965-91.2012.4.01.3400 invoca o direito de igualdade entre homens e mulheres, prescrito na Constituição Federal (artigo 5º, I), aduzindo que o princípio da isonomia significa, por essência, tratar desigualmente os desiguais na medida de suas desigualdades e, nesta senda, a diferença fisiológica entre homens e mulheres justificaria a concessão de licença-maternidade em prazo maior que a licença-paternidade. Assim, a interpretação constitucional não poderia ser literal, mas sistemática, conferindo a máxima eficácia aos direitos humanos fundamentais nela previstos, mediante a ponderação dos interesses dos envolvidos.

Esse argumento, por mais relevante que seja, prescinde de aprofundamento, já que igualdade, desigualdade e diferença são termos tão antigos quanto a própria história da filosofia e do direito¹⁰. É certo que há aproximações de sentido, entretanto, a compreensão das três noções estabelece o liame entre a problemática da diferença e da desigualdade, no que tange às relações entre homens e mulheres.

Para tanto, recorre-se à análise semiótica elaborada por José D'Assunção Barros a

⁷ Inicialmente, o pleito formulado continha pedido alternativo, no sentido de que, caso o direito à licença não fosse reconhecido nos moldes da licença-maternidade, que o fosse, alternativamente, nos moldes da licença-adoção.

⁸ Em 12 de março de 2012 foi interposto recurso de agravo de instrumento em face da decisão liminar. A pesquisa realizada no site do Tribunal Regional Federal da Primeira Região acusa que o recurso permanece em tramitação, mas não esclarece o andamento deste. De toda forma, ainda que fosse provido, tal recurso teria perdido o objeto, tendo em vista que o gozo da licença-paternidade nos moldes da licença-maternidade já havia se locupletado.

⁹ Contra a sentença proferida em primeira instância foi interposto recurso de apelação, em 14 de agosto de 2012, o qual a pesquisa realizada no site do Tribunal Regional Federal da Primeira Região acusa que o recurso ainda se encontra em tramitação, mas não esclarece o andamento. Em igual medida, ainda que tal recurso fosse provido em segunda instância, teria perdido o objeto, tendo em vista que a fruição da licença já teria ocorrido.

¹⁰ Cf. ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*. Introdução de Mário da Gama Kury. Brasília: UnB, 1992.

fim de demonstrar as diferentes construções de sentido acerca de igualdade, desigualdade e diferença. Para ele, o binômio “igualdade – diferença” situa-se na ordem das essências:

[...] uma coisa ou é igual a outra (pelo menos em um determinado aspecto) ou então dela difere. Podemos, no âmbito de um certo número de indivíduos, considerar sua igualdade ou diferença em relação ao aspecto sexual, ao aspecto profissional, ao aspecto étnico, e assim por diante. A oposição entre igualdade e diferença, se colocarmos a questão dentro de uma perspectiva semiótica, é da ordem dos “contrários” (de suas essências que se opõem)¹¹.

Já o binômio igualdade – desigualdade não se refere a um aspecto essencial, mas a uma circunstância associada a uma forma de tratamento, ainda que essa circunstância seja perene no âmago de determinados sistemas políticos ou práticas sociais específicas. É possível que haja “dois ou mais indivíduos com igualdade ou desigualdade relativamente a algum aspecto ou direito, conforme sejam concedidos mais privilégios ou restrições a um e a outro (isto pode ocorrer independentemente de serem eles iguais ou diferentes no que se refere ao sexo, à etnia ou à profissão)”¹²:

Se é verdade que as mulheres podem receber um tratamento desigual em relação aos homens no que concerne às oportunidades de trabalho (e aqui estaremos falando na desigualdade entre os sexos), é também possível tratar desigualmente dois homens que em nada difiram em relação a alguns dos seus aspectos essenciais (idade, sexo, profissão, etc). Ou seja, desigualdade e diferença não são noções necessariamente interdependentes, embora possam conservar relações bem definidas no interior de determinados sistemas sociais e políticos¹³.

Nesse sentido, é possível concluir que “distintamente da oposição por ‘contrariedade’ que se estabelece entre igualdade e diferença, a oposição entre igualdade e desigualdade é da ordem das ‘contradições’”¹⁴:

Bem entendido, as contradições são sempre circunstanciais, enquanto os contrários opõem-se ao nível das essências. As contradições são geradas no interior de um processo, têm uma história, aparecem num determinado momento ou situação, e de resto pode-se dizer que os pares contraditórios integram-se dialeticamente dentro dos processos que os fizeram surgir. Por seu turno,

11 BARROS, José D’Assunção. Igualdade, Desigualdade e Diferença: em torno de três noções. *Análise Social*. São Paulo, v. 175, 2005, p. 345.

12 *Idem*, p. 345.

13 BARROS, José D’Assunção. *Op cit.* p. 346.

14 *Idem*, p. 346.

os contrários não se misturam (amor e ódio, verdade e mentira, igual e diferente), e desta forma fixam muito claramente o abismo de sua contrariedade¹⁵.

Na realidade, essas distinções têm as suas implicações, ainda que isso possa parecer filigrana semiótica. Caso se considere apenas o plano das essências, prevalece o caráter imutável e não reversível das relações sociais adjacentes. E, dessa forma, o reconhecimento do direito à licença-paternidade equipara à licença-maternidade torna-se inviável. A licença para o cuidado familiar só poderá ser concedida às mulheres, em toda e qualquer hipótese. Por outro lado, caso se tome o plano das circunstâncias, a questão é elevada ao nível da reversibilidade e da contingencialidade, permitindo a análise do caso concreto ou até mesmo um vislumbre de alteração legislativa nesse sentido.

Se a questão for compreendida apenas sob a ótica da diferença, como no senso comum “diferença entre os sexos”, o potencial de desimpactação das desigualdades fica mitigado e, sem embargo, o compartilhamento entre homens e mulheres do direito de licença para o cuidado familiar restará inviável.

O reconhecimento das diferenças e, sobretudo, da condição única do ser humano é imprescindível, mesmo em indivíduos que guardam semelhanças socioculturais, sexuais e/ou jurídicas, pertencentes a grupos sociais ou não. A individualidade humana por si só conduz, paradoxalmente, a uma pluralidade que “é a condução da ação humana pelo fato de sermos todos os mesmos, isto é, humanos, sem que ninguém seja exatamente igual a qualquer pessoa que tenha existido, exista ou venha a existir”¹⁶.

Nesse sentido, é possível concluir que as diferenças entre homens e mulheres sempre existirão, muito além de condições fisiológicas, mas porque são inerentes ao mundo humano. O que se busca é compreensão ampliada das questões entre homens e mulheres, a transcendência para além da mera diferença, bem como o reconhecimento de que existe, na realidade, desigualdade entre ambos, para que se possa empreender esforços no sentido de minimizá-la.

Nesse particular, a sentença reconhece a contrariedade existente entre homens e mulheres, todavia, o faz em razão de sua diferença e não de sua desigualdade, muito embora faça uso desse termo para reconhecer que há no caso em testilha pressupostos de justiça e, portanto, moralidade, para o reconhecimento do direito do impetrante. Apesar disso, a decisão representa importante avanço para o reconhecimento de direitos, especialmente o da licença de cuidado familiar para o homem.

3. Cuidado Familiar

Como fundamentação, a sentença inicialmente invoca a Constituição Federal e o dever de cuidado familiar insito no artigo 227, assim expresso:

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à

¹⁵ Ibidem.

¹⁶ ARENDT, Hannah. *A Condição Humana*. Rio de Janeiro: Forense, 1993. p. 16.

vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade, à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Assim, a decisão reconhece que a proteção à infância é um direito social inserido no rol dos direitos humanos fundamentais, cumprindo ao Estado garantir ativamente as condições mínimas necessárias ao desenvolvimento físico, intelectual e emocional da criança. Tal desenvolvimento é assegurado pela convivência da criança no meio familiar e social e principalmente pela afetividade que lhe é atribuída pelos pais na mais tenra idade, época em que a sobrevivência daquela depende totalmente desses.

Por essa razão, segue a sentença, a Constituição Federal estabelece no artigo 226 que “a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado” e elenca no rol de direitos sociais do artigo 7º o “direito à licença-gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias e a licença-paternidade, nos termos fixados em lei”.

Reconhece a sentença ainda que ambos os genitores são responsáveis pela concretização do direito fundamental à proteção da infância e dos princípios da dignidade humana proclamados na Constituição Federal. Tanto que o texto constitucional estabelece, genericamente, a igualdade entre homens e mulheres em direitos e obrigações (artigo 5º, I) e estabelece a isonomia entre eles quanto à responsabilidade pelo casamento/união estável e pela criação dos filhos (artigo 226, §5º).

Infirma ainda a decisão que, na ausência da genitora, tais cuidados deveriam ser prestados pelo pai, e esse direito deve ser assegurado pelo Estado, principalmente no caso dos autos, em que, além de todas as necessidades que um recém-nascido demanda, ainda havia a dor decorrente da perda da esposa.

Nessas circunstâncias, os princípios da dignidade da pessoa humana e da proteção à infância devem preponderar sobre o da legalidade estrita, que concede tão somente às mulheres o direito de gozo da licença-maternidade.

Sob a perspectiva dos direitos humanos, a decisão é firme em reconhecer que não apenas à mulher é designado o cuidado familiar, sinalizando que o seu compartilhamento entre homens e mulheres é essencial e indisponível direito de proteção à infância.

Em que pese a relevância desse direito, o dever de compartilhamento do cuidado familiar entre homens e mulheres só foi reconhecido em razão do contexto fático apresentado: a ausência da genitora, por morte em decorrência do parto. A decisão liminar do caso narra inclusive que “o impetrante viu-se obrigado a assumir as funções maternas necessárias à sobrevivência de seu filho recém-nascido, além de ter sob sua responsabilidade a outra filha do casal”. Infere-se, assim, que a decisão se pauta, em grande medida, por representações sociais, significados culturalmente imbricados acerca dos papéis culturais desempenhados por homens e mulheres.

Nesse ponto, é importante lembrar que a cultura pode ser entendida como o lo-

cal em que se compartilham e se produzem significados¹⁷. A cultura implica, então, em instância de aprendizagens e apreensões acerca do que é ser homem e do que é ser mulher¹⁸.

Desse modo, ao analisar a produção normativa, deve-se compreendê-la, além de reflexo da cultura, também como forma de produção cultural. Ela tem o seu caráter pedagógico, uma vez que é possível inferir que o Direito também está implicado com a produção de modos de ser homem, mulher, pai, mãe, trabalhador e trabalhadora¹⁹. O Direito é reflexo da cultura e das representações sociais, e sincreticamente reflete nelas o grau de correção do *modus vivendi*, como num jogo de espelhos. Constitui lócus privilegiado que não apenas recebe, mas ao mesmo tempo produz cultura²⁰ e significados.

3.1. Visão androcêntrica de mundo

Desde a antiguidade, o status²¹ reservado à mulher no âmago das relações sócio-político-jurídicas tem sido marginalizado. No contexto histórico, o estado moderno erigiu-se sobre um processo que deu ao homem a chefia da família, o que acabou se perpetuando nas instituições, normas sociais e no direito²². A organização familiar é produto da organização histórica do ser humano, que se formou centrada na figura masculina e denominou-se sociedade patriarcal²³.

Contudo, nem sempre a família foi patriarcal, como demonstram estudos antropológicos em que os papéis sexuais e sociais não eram bem definidos e as relações sexuais não eram monogâmicas, e em que se noticia a existência de tribos nômades nas quais a relação entre homens e mulheres era bem igualitária²⁴.

A antropóloga Margareth Mead, na década de 1930, estudou esta questão em outras culturas, especificamente em três sociedades em Nova Guiné, e descobriu que não existe uma relação direta entre o sexo do corpo e a conduta social de homens e mulhe-

¹⁷ FERNANDES, Letícia Prezzi. Família e Relações de Gênero: um olhar através do direito. 32ª Reunião Anual da ANPEd. Caxambu: ANPEd, 2009. p. 76.

¹⁸ Idem, p. 76.

¹⁹ ALVES, Angela Limongi Alvarenga. Representações de gênero, divisão sexual do trabalho e discurso de legitimação em Michel Foucault. In: Congresso Nacional da FEPODI: Problemáticas jurídicas e o estágio atual da pesquisa em Direito. Anais. São Paulo: FEPODI, 2012. p. 334-339.

²⁰ FERNANDES, Letícia Prezzi. Op cit. p. 76.

²¹ O termo 'status' aqui utilizado tem sentido sociológico, referindo-se ao local ocupado pela mulher no âmbito das relações sociais e o reconhecimento disso pelos outros.

²² CABRAL, Karina Melissa. Manual de Direitos da Mulher. Leme: Mundi, 2008. p. 76.

²³ Interessante ainda assinalar: "A associação entre famílias e patriarcado remete à origem do termo 'família', oriundo do vocábulo latino *familus*, que significa 'escravo doméstico'. Esse novo organismo social – a família – consolidou-se enquanto instituição na Roma Antiga. A família romana era centrada no homem, sendo as mulheres, no geral, meras coadjuvantes", cf. NARVAZ, Martha Giudice; KOLLER, Sílvia Helena. Famílias e Patriarcado: da prescrição normativa à subversão criativa. *Psicol. Soc.*, Porto Alegre, v. 18, n. 1, 2006. Contudo, as próprias autoras pontuam que o patriarcado, enquanto teoria universal e totalizante, é tema controverso no campo dos estudos feministas, mas ainda assim enfatizam que o patriarcado cristaliza a dominação masculina e inviabiliza a mudança.

²⁴ Idem, p. 76.

res, demonstrando que os papéis sexuais eram determinados pelas expectativas sociais²⁵.

As identidades – masculina e feminina – não são, portanto, naturais ou biológicas. São adquiridas. Ensinadas, aprendidas e apreendidas no seio social, produzidas e reproduzidas numa via de mão dupla paradoxalmente estabelecida.

O próprio conceito de gênero, formulado nos anos de 1970, incorpora esse mesmo matiz. Recebeu, por certo, profundas influências do pensamento feminista e foi criado fundamentalmente para distinguir a dimensão biológica da dimensão social. Baseia-se no raciocínio de que há machos e fêmeas na espécie humana, no entanto, a maneira de ser homem e de ser mulher é enredada pela cultura. Assim, gênero significa que homem e mulher são produtos da realidade social e não da anatomia de seus corpos²⁶.

Essas representações apenas ilustram a contundente realidade feminina no âmbito da divisão sexual do trabalho e do domínio masculino do espaço público, extradoméstico. As profissões femininas estão fortemente relacionadas ao cuidado, como, por exemplo, professoras e enfermeiras, ou de assistência ao homem, como secretárias e atendentes. Aos homens, são naturalizadas as profissões ligadas à força, física ou intelectual, como as engenharias, a medicina, o direito ou as de trabalhos braçais. Na educação, especificamente, é interessante observar que o número de educadoras de primeira infância é esmagadoramente feminino, mas quando se observa o ensino superior, o número de professores homens é infinitamente maior do que o de mulheres²⁷.

Nesse mesmo sentido, infere-se dos cargos de chefia e gestão, exercidos em grande maioria por homens, mesmo nos espaços de domínio feminino, como nos cargos de direção escolar em escolas infantis²⁸ ou em hospitais ou redes de saúde.

Sem embargo, a definição de papéis sexuais no âmbito social é naturalizada pelo senso comum, inclusive, o das próprias mulheres, que a rigor deveriam ser as primeiras a se rebelar contra o ocaso feminino no espaço público. A realidade, contudo, é contra-producente, corroborando o estigma de que as mulheres ocupam de fato um papel secundário, sedimentando, outrossim, o inculcamento²⁹ delas mesmas, a partir de valores nelas introjetados.

É interessante observar como as próprias mulheres instrumentalizam essa ordem valorativa, como na decisão do Mandado de Segurança 6965-91.2012.4.01.3400, cujos argumentos como “funções maternas”, “condições fisiológicas”, dentre outros, são articulados por uma magistrada, frise-se, mulher.

²⁵ MEAD, Margareth. *Sexo e Temperamento*. São Paulo: Perspectiva, 1988. p. 76.

²⁶ BRASIL. *Gênero e Diversidade na Escola: formação de professoras/es em gênero, sexualidade, orientação sexual e relações étnico-raciais*. Brasília: SPM/SEPIR/MEC, 2009. p. 76.

²⁷ CORREA, Vanisse Simone Alves. *A visão androcêntrica do mundo: elemento facilitador do acesso dos homens às funções da gestão escolar*. 33ª Reunião Anual da ANPED. Caxambu: ANPED, 2010. p. 76 e BRUSCHINI, Cristina; RICOLDI, Arlene Martinez; MERCADO, Cristiano Miglioranza. *Trabalho e gênero no Brasil até 2005: uma comparação regional*. In: COSTA, Albertina de Oliveira et al. *Mercado de trabalho e gênero: comparações internacionais*. São Paulo: FGV, 2008. p. 15-33.

²⁸ Cf. CORREA, Vanisse Simone Alves. *Ibidem*.

²⁹ Cf. ELIAS, Norbert; SCOTSON, John. *Os Estabelecidos e os Outsiders: sociologia das relações de poder a partir de uma comunidade*. Trad. Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000.

A dominação masculina e a visão androcêntrica do mundo leva a uma submissão, a uma verdade naturalizada de que os homens são mais aptos à vida social do que as mulheres, cabendo a essas, por natureza, a licença de cuidado familiar. As próprias mulheres não se dão conta de que agem no sentido de perpetuar esta visão de mundo.

3.2. Ausência feminina em juízo

Assim, é possível compreender que a decisão do Tribunal Regional Federal da Primeira Região, ao reconhecer o dever de compartilhamento de cuidado familiar entre homens e mulheres insito no artigo 227 da Constituição Federal, tendo-o como valor e direito fundamental de proteção à infância, ao mesmo tempo, entende que tal dever é inerente à mulher, e somente na ausência dessa o direito de licença de cuidado familiar deve ser concedido ao homem. Ou seja, sob a perspectiva do direito de proteção à infância, há o reconhecimento de compartilhamento de deveres no cuidado familiar entre homens e mulheres ante a ausência da mulher, mas sob a perspectiva do direito da mulher, o mesmo não se operacionaliza, principalmente conquanto ao livre compartilhamento da fruição da licença de cuidado familiar.

A Constituição Federal internaliza as principais diretrizes pertinentes aos direitos humanos das mulheres em voga no âmbito internacional³⁰, reconhecendo pela primeira vez a igualdade entre homens e mulheres e a vedação de discriminação por sexo, o que inter alia marcou profundamente o contexto dos direitos da mulher no Brasil, que foram a partir de então constitucionalizados. A própria Consolidação das Leis do Trabalho procura proteger a atividade laborativa da mulher, sinalizando diretrizes e incentivos específicos.

Mas ainda assim, a dicotomia entre os papéis sociais masculino e feminino ainda pode ser percebida, como in casu, evidenciando distanciamento entre a práxis e as diretrizes da pauta de direitos humanos da mulher.

Apesar do reconhecimento do dever de compartilhamento do cuidado familiar entre homens e mulheres prescrito na Constituição Federal, na prática, a licença-maternidade de cento e vinte dias e a licença-paternidade de apenas cinco convola um cenário bem diferente, já que designa o exercício do cuidado familiar exclusivamente à mulher. A práxis revela um descompasso entre o dever de compartilhamento do cuidado familiar entre homens e mulheres e a licença de cuidado familiar, que no Brasil é concedida apenas às mulheres, sob a forma de licença-maternidade.

³⁰ ZYLBERSZTAJN, Joana. Direito internacional dos direitos humanos: proteção às mulheres no STF. In: AMARAL JÚNIOR, Alberto; JUBILUT, Liliana Lyra. (Org.) O STF e o Direito Internacional dos Direitos Humanos. São Paulo: QuartierLatin, 2009. p. 423-442.

4. Licença de Cuidado Familiar³¹

A licença de cuidado familiar constitui direito humano fundamental protegido pela Constituição Federal do Brasil. Possui previsão expressa no artigo 7º e tem por objetivo a proteção ao direito à vida da criança e outros direitos dele decorrentes, garantindo a homens e mulheres o direito de afastamento do trabalho, sem prejuízo de remuneração, para os pais biológicos ou adotantes³².

Para o homem, pai e trabalhador, a licença de cuidado familiar é denominada no Brasil de “licença-paternidade” e é garantida pelo artigo 7º, XIX da Constituição Federal e 10, § 1º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias³³, que prevê cinco dias³⁴ de afastamento do trabalho sem prejuízo de remuneração. Para a mulher, a licença de cuidado familiar recebe, no Brasil, o nome de “licença-maternidade”³⁵ e tem previsão constitucional no artigo 7º, XVIII e 10, II, “b” do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que assegura à mulher, trabalhadora, o afastamento do trabalho por cento e vinte dias, sem prejuízo de remuneração.

A sentença do Mandado de Segurança 6965-91.2012.4.01.3400 aduz que, embora não exista previsão legal de licença-paternidade nos moldes da licença-maternidade, essa não poderia ser negada ao genitor, impetrante da ordem, já que o fundamento desse direito é proporcionar à mãe período de tempo integral com a criança, possibilitando que sejam dispensados a ela todos os cuidados necessários a sua sobrevivência e desenvolvimento. Assim, a licença de cuidado familiar foi deferida ao homem nos moldes da licença-maternidade, sem prejuízo da respectiva remuneração.

A remuneração, até 1º de setembro de 2003, com a promulgação da Lei 10.710, era devida diretamente pelo Instituto Nacional de Seguro Social – INSS. A partir de então, é devida pelo empregador que paga o salário-maternidade à gestante e somente

³¹ Termo cunhado pela autora para designar a licença laboral para o cuidado com a prole, biológica ou não. Cf. ALVES, Angela Limongi Alvarenga. Representações de gênero, divisão sexual do trabalho e discurso de legitimação em Michel Foucault. In: Congresso Nacional da FEPODI: Problemáticas jurídicas e o estágio atual da pesquisa em Direito. Anais. São Paulo: FEPODI, 2012. p. 334-339.

³² Até a edição da Medida Provisória 619 de 2013, o período da licença-maternidade para a mulher adotante era variável, dependendo da idade da criança adotada (quanto maior a criança, menor o período de licença). Com a referida Medida Provisória firmou-se o prazo de cento e vinte dias, determinando-se que “à segurada da Previdência Social que adotar ou obtiver a guarda judicial, para fins de adoção da criança, é devido salário-maternidade de 120 dias”.

³³ A previsão constitucional modificou a redação do artigo 473, III da Consolidação das Leis do Trabalho a fim de ampliar para cinco dias o gozo da licença-paternidade, que, antes da referida previsão constitucional, era de apenas um dia útil, reservado ao registro civil da criança recém-nascida.

³⁴ A Constituição Federal e a Consolidação das Leis do Trabalho não regulamentam a contagem desse prazo. Em razão da antiga redação do artigo 473, III da Consolidação das Leis do Trabalho que regulamentava a licença-paternidade de um dia útil, dúvidas surgiram a respeito da ampliação do prazo, se seriam cinco dias úteis ou corridos. Todavia, essa distinção, por ser irrelevante para o presente estudo, deixa-se de analisar.

³⁵ A Constituição Federal expressamente nomina a licença de cuidado familiar feminina de “licença à gestante”, todavia, a terminologia adotada pela Consolidação das Leis do Trabalho, no artigo 392, “licença-maternidade”, acabou prevalecendo e sendo comumente utilizada para designar a “licença à gestante” prevista pela Constituição Federal.

depois, mediante compensação, percebe tal valor do INSS, na forma do artigo 248 da Constituição Federal³⁶, quando do recolhimento das contribuições incidentes sobre a folha de salários e demais rendimentos pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço.

Essa alteração legislativa agravou o já dificultoso cenário de inserção e permanência da mulher no mercado de trabalho, aumentando a discriminação de gênero no Brasil. Na ótica legislativa atual, os filhos são vistos como responsabilidade exclusiva da mulher e não do casal, o que representa encargos trabalhistas de grande monta para o empregador, que prefere os homens às mulheres, favorecendo e facilitando, outrossim, a reprodução social de que o espaço doméstico seria naturalmente feminino.

As prescrições normativas atinentes à licença-maternidade Brasil reforçam que o espaço privado, entendido como espaço intradoméstico, é naturalmente designado à mulher, conquanto o cuidado com a prole é a ela circunscrito³⁷. E isso independentemente do fato de o filho ser biológico ou não. O bem jurídico protegido pelo instituto é a criança, que carece de cuidados especiais para o seu desenvolvimento. Já a licença-paternidade celebra a bem-aventurança do homem como genitor e prevê apenas um pequeno lapso temporal para festejar o enriquecimento familiar representado pelo novo rebento, sem guardar qualquer reminiscência com a especial acuidade para com os filhos recém-chegados³⁸.

Com efeito, é imprescindível ressaltar que a licença-maternidade consubstancia instrumento de materialização do direito de igualdade, resultado da luta por reconhecimento travada no bojo do sistema de direitos humanos. Constitui forma de discriminação positiva, salutar para a implementação da justiça.

Ademais, é preciso reconhecer que o custo e os encargos sociais de uma licença dupla³⁹, para o pai e para a mãe, inviabilizaria o sistema previdenciário como um todo. Mas então por que o legislador brasileiro não concedeu a opção para que os casais escolhessem qual dos cônjuges usufruiria da licença laboral para o cuidado do filho, já que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações e corresponsáveis pelo cuidado familiar, ao menos constitucionalmente?⁴⁰ Tal questionamento ganha força se conside-

³⁶ O artigo 248 da Constituição Federal dispõe sobre os benefícios pagos, a qualquer título, pelo órgão responsável pelo regime geral de previdência social, ainda que à conta do Tesouro Nacional, e os não sujeitos ao limite máximo de valor fixado para os benefícios concedido por esse regime.

³⁷ ALVES, Angela Limongi Alvarenga. Op cit., p. 121120.

³⁸ Ibidem.

³⁹ Nos países da Europa que receberam a Convenção 156/81 da OIT, que trata da igualdade de oportunidades e tratamento para homens e mulheres trabalhadores com encargos de família, como Portugal, Itália e França, prevêem, além da licença-maternidade propriamente dita, períodos de afastamento para o cuidado dos filhos, que podem ser gozados tanto pelo pai quanto pela mãe. Cf. PLS 165/06 – Senado Federal. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=77905>, Acesso em: 08 jul. 2014.

⁴⁰ Tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei 165/06, de autoria do senador Antonio Carlos Valadares (PSB-SE), que acrescenta à Consolidação das Leis do Trabalho a licença parental, por meio da qual teria direito à licença-paternidade o trabalhador por todo o período da licença-maternidade ou pela parte restante que dela caberia à mãe, em caso de morte, grave enfermidade, abandono da criança ou de guarda exclusiva

rada a liberdade de escolha e tomada de decisões acerca da família atribuída ao casal pela Constituição Federal. Um olhar mais detido poderia inclusive visualizar essa escolha como forma de emancipação feminina: a escolha sobre em qual dos pais recairia o direito de licença de cuidado familiar.

Esse argumento é reforçado pelo fato de que, muito embora a licença-maternidade constitua um saudável instrumento de materialização do direito de igualdade, na prática, em muitas das vezes, acaba por inviabilizar o ingresso na mulher no mercado de trabalho, nas não raras vezes em que o capital se sobrepõe ao ser humano.

A Organização Internacional do Trabalho – OIT dispõe sobre a não discriminação em razão de salário, de emprego e ocupação entre homens e mulheres (Convenção 100/51 e promulgada no Brasil pelo Decreto 41.721/57, Convenção 111/58, promulgada no Brasil pelo Decreto 62.150/68, respectivamente). Entretanto, a Convenção 156/81, que trata da igualdade de oportunidades e tratamento para homens e mulheres trabalhadores com encargos de família, não foi ratificada pelo Brasil. É interessante notar que essa convenção objetiva proteger o trabalhador com encargo de família, independentemente do sexo, diferentemente da legislação do Brasil, em que os encargos de família recaem unicamente sobre a mulher.

Isso sinaliza que, ao contrário da ordem jurídica brasileira, a comunidade internacional desde 1981 reconhece a possibilidade de existência e proteção jurídica a outras formas de constituição familiar, distintas da tradicional unidade homem-mulher-filhos. E ainda que se seguida essa fórmula, haja a opção pelos consortes sobre em qual deles recairá a licença de cuidado familiar⁴¹.

Conclusão

A decisão proferida pelo Tribunal Regional Federal da Primeira Região no âmbito do filho pelo pai. O projeto de lei obteve aprovação na Comissão de Assuntos Sociais do Senado Federal e atualmente encontra-se na Câmara dos Deputados para apreciação. Cf. PLS 165/06 – Senado Federal. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=77905>. Acesso em: 08 jul. 2014. Apesar de representar importante avanço legislativo, o projeto de lei tem a ausência da mãe como condicionalidade para a fruição do direito.

⁴¹ Na Europa, local em que a Convenção 156/81 da OIT que trata da igualdade de oportunidades e tratamento para homens e mulheres trabalhadores com encargos de família foi amplamente recepcionada e se encontra em plena vigência, é primacial reconhecer que o livre compartilhamento do dever de cuidado familiar a da respectiva licença laboral, lá denominada “licença parental”, o número de solicitações efetuadas por mulheres ainda é infinitamente maior do que o de homens: “No que diz respeito às licenças-maternidade, o ideal seria que elas tivessem uma duração de 18 semanas, isto é, o período necessário para a recuperação do parto, e não se prolongassem além desse tempo para não pôr em risco a carreira profissional da mãe. A licença-paternidade deverá ser estendida de acordo com esses mesmo critérios e ser obtida imediatamente após o nascimento do filho, o que reduziria bastante as tarefas familiares tradicionalmente assumidas pela mãe e estimularia melhor divisão do trabalho não-remunerado pelo casal. Quanto às licenças parentais, elas devem ser compartilhadas entre o casal, pois enquanto forem requisitadas mais pelas mulheres, serão transferíveis e associadas a uma taxa reduzida de substituição e, no final, continuarão a exercer efeitos negativos sobre a carreira das mães”. Cf. MEUDERS, Danielle et al. Trabalho e maternidade na Europa: condições de trabalho e políticas públicas. In: COSTA, Albertina de Oliveira et al. Mercado de trabalho e gênero: comparações internacionais. São Paulo: FGV, 2008. p. 161-185.

no Mandado de Segurança nº 6965-91.2012.4.01.3400 revela a importância da temática acerca do direito de igualdade entre homens e mulheres e seus desdobramentos. Em que pese o respeito pela Constituição Federal do Brasil às principais prescrições sobre direitos humanos em voga no âmbito internacional, na prática, seus efeitos merecem ainda reflexões.

Em toda sua análise, fica clara a necessidade de se explorar as interdependências temáticas entre o direito de igualdade (artigo 5º, I) e (i) a licença-maternidade de cento e vinte dias e a licença-paternidade de cinco (artigo 7º, XVIII e XIX, respectivamente), (ii) o compartilhamento de obrigações entre homens e mulheres na família (artigo 226, §5º) e no dever de cuidado familiar para com os filhos (artigo 227) e (iii) a licença de cuidado familiar.

Muito embora a decisão se fundamente, em grande medida, em argumentos que por si mesmos contrariem os direitos humanos, o presente estudo revela a importância que o dispositivo de tal decisão tem rumo ao reconhecimento de novos direitos, principalmente, a materialização do direito de compartilhamento do dever de cuidado familiar, sinalizando que o compartilhamento da respectiva licença de cuidado familiar entre homens e mulheres também é possível.

Estes ganhos, contudo, somente foram possíveis a partir da visão androcêntrica do mundo, a qual atribui ao homem o espaço extradoméstico e à mulher o espaço intraluar, naturalizando as licenças-maternidade de cento e vinte dias e a paternidade, de cinco, e, somente na ausência da mulher mãe, a licença-paternidade poderia ser equiparada à licença-maternidade.

De todo modo, a decisão do Tribunal Regional Federal da Primeira Região, no bojo no Mandado de Segurança 6965-91.2012.4.01.3400, representa importante avanço para os direitos humanos, já que aponta especificamente para o reconhecimento de relevante direito, sobretudo para as mulheres: a licença de cuidado familiar para o homem.

Referências

ALVES, Angela Limongi Alvarenga. Representações de gênero, divisão sexual do trabalho e discurso de legitimação em Michel Foucault. In: Congresso Nacional da FEPODI: Problemáticas jurídicas e o estágio atual da pesquisa em Direito. Anais. São Paulo: FEPODI, 2012. p. 334-339.

_____. Espaços público e privado e representações de gênero: da inflexão cultural à prescrição normativa. In: CONPEDI, XX Encontro Nacional Belo Horizonte. Anais. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2011. p. 12119-12138.

ARENDT, Hannah. A condição humana. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

ARISTÓTELES. Ética a Nicômacos. Introdução de Mário da Gama Kury. Brasília: UnB, 1992.

BARROS, José D'Assunção. Igualdade, desigualdade e diferença: em torno de três no-

ções. *Análise Social*. São Paulo, v. 175, p.345-366, 2005.

BRASIL. Gênero e diversidade na escola: formação de professoras/es em gênero, sexualidade, orientação sexual e relações étnico-raciais. Brasília: SPM/SEPIR/MEC, 2009.

BRUSCHINI, Cristina; RICOLDI, Arlene Martinez; MERCADO, Cristiano Miglioranza. Trabalho e gênero no Brasil até 2005: uma comparação regional. In: COSTA, Albertina de Oliveira et al. Mercado de trabalho e gênero: comparações internacionais. São Paulo: FGV, 2008. p. 15-33.

CABRAL, Karina Melissa. Manual de direitos da mulher. Leme: Mundi, 2008.

CORREA, Vanisse Simone Alves. A visão androcêntrica do mundo: elemento facilitador do acesso dos homens às funções da gestão escolar. 33ª Reunião Anual da ANPED. Caxambu: ANPED, 2010.

ELIAS, Norbert; SCOTSON, John. Os estabelecidos e os outsiders: sociologia das relações de poder a partir de uma comunidade. Trad. Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000.

FERNANDES, Letícia Prezzi. Família e relações de gênero: um olhar através do direito. 32ª Reunião Anual da ANPED. Caxambu: ANPED, 2009.

MEUDERS, Danielle et al. Trabalho e maternidade na Europa: condições de trabalho e políticas públicas. In: COSTA, Albertina de Oliveira et al. Mercado de trabalho e gênero: comparações internacionais. São Paulo: FGV, 2008. p. 161-185.

NARVAZ, Martha Giudice; KOLLER, Sílvia Helena. Famílias e patriarcado: da prescrição normativa à subversão criativa. *Psicol. Soc.*, Porto Alegre, v. 18, n. 1, 2006.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA PRIMEIRA REGIÃO. Mandado de Segurança 6965-91.2012.4.01.3400. Disponível em: <<http://processual.trf1.jus.br/consulta-Processual/processo.php?proc=69659120124013400&secao=DF&nome=JOSE%20JOAQUIM%20DOS%20SANTOS&mostrarBaixados=S>>. Acesso em: 16 mai.2014.

ZYLBERSZTAJN, Joana. Direito internacional dos direitos humanos: proteção às mulheres no STF. In: AMARAL JÚNIOR, Alberto; JUBILUT, Liliana Lyra. (Org.) O STF e o direito internacional dos direitos humanos. São Paulo: QuartierLatin, 2009. p. 423-442.

Capítulo VI

ANISTIA, CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE E O BRASIL PERANTE A COMUNIDADE INTERNACIONAL APÓS O CASO LUND (GUERRILHA DO ARAGUAIA)

Noara Herculano Morais Travizani¹
Susana Vieira²

Introdução

O emblemático caso da Guerrilha do Araguaia suscita as mais variadas proposições, dúvidas e opiniões. O silêncio, estabelecido e resguardado pela Lei da Anistia, adiante analisada, foi desafiado e questionado fora das fronteiras brasileiras³. Por razões políticas, o perdão prevaleceu ratificado no Supremo Tribunal Federal (STF), mas a questão está longe de ter uma resposta satisfatória, inclusive aos olhos da Comunidade Internacional, e mais especificamente no âmbito da OEA (Organização dos Estados Americanos).

Julgou-se importante tratar do tema, mormente em face dos 50 anos do Golpe de 1964, em 2014, que levou à instauração da ditadura militar que ficou no poder por 21 anos. Este trabalho pretende, amparando-se em ampla revisão da legislação pertinente, da jurisprudência, de informativos midiáticos e da literatura específica, abordar questões internas referentes à Guerrilha do Araguaia e à posição do Supremo Tribunal Federal, que foi enfático ao revalidar a referida Lei da Anistia. Assim, sem prejuízo de uma análise crítica serão consideradas as razões de cunho político e a forma com que o Brasil tratou o período de transição do período da ditadura para o período democrático, sem prescindir da análise da necessidade de se apurar os fatos e de se homenagear a verdade, em detrimento do silêncio, ainda que fundamentado.

A análise do caso pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) e o

¹ Mestranda em Direitos Fundamentais pela Universidade de Itaúna (MG); habilitada nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil; servidora concursada e efetiva do Tribunal de Justiça de Minas Gerais; membro do Grupo de Pesquisa Governança Global e Direitos Humanos, certificado pela Universidade de Itaúna (<http://dgp.cnpq.br/buscaoperacional/detalhegrupo.jsp?grupo=49316011BNW3D7>).

² Professora do Mestrado em Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna (MG); Ms e PhD em Direito Internacional pela FD da USP; Membro da Diretoria do Ramo Brasileiro da International Law Association (ILA) e membro de Comitês Internacionais (relacionados com desenvolvimento sustentável) e Grupos de Estudo da ILA (Socially Responsible Investment). Líder do Grupo de Pesquisa Governança Global e Direitos Humanos, certificado pela Universidade de Itaúna (<http://dgp.cnpq.br/buscaoperacional/detalhegrupo.jsp?grupo=49316011BNW3D7>).

³ O caso consta até nos arquivos da NSA dos Estados Unidos – vide <<http://nsarchive.wordpress.com/2010/12/15/inter-american-human-rights-court-holds-brazil-accountable-for-human-rights-crimes/>>. Acesso em: 30 mar. 2014.

controle de convencionalidade por ela exercido também são alvos de análise neste curso.

Por fim, serão pontuadas algumas ações do Executivo, bem como do Ministério Público e da Justiça Federal, tomadas principalmente após a sentença da CIDH e que, certamente, na esteira do julgamento e condenação do Brasil perante a Corte, não deixarão que os “mortos sepultem os seus mortos”⁴ e que a questão se perca no tempo.

1. A Guerrilha (?) do Araguaia – uma questão de contextualização

Ao final da década de 1960 e início da década de 1970, visando promover uma Revolução Socialista, militantes do Partido Comunista do Brasil (PC do B) se insurgiram contra o regime ditatorial vigente à época, organizando um movimento de resistência espelhado na Revolução Chinesa. Referidos militantes, cerca de setenta, migraram para a Região do Araguaia (situada entre as fronteiras dos estados do Pará, Tocantins – então Goiás – e Maranhão) para, progressivamente, atrair novos combatentes e conquistar o campo e posteriormente a cidade.

O movimento, contudo, que começou a ser organizado e implementado em 1966, foi completamente aniquilado no início da década de 1970, antes mesmo de se transmutar em guerrilha, tendo as forças armadas mobilizado cerca de 10.000 (dez mil) homens que atuaram sob o comando de exterminar os militantes e extinguir o movimento, abortando a Guerrilha do Araguaia⁵.

Segundo dados do Arquivo Nacional, cerca de setenta pessoas, contando-se militantes e moradores do local, teriam desaparecido. Contudo, estima-se que o número de desaparecidos, incluindo mateiros e camponeses, seja expressivamente maior.

Não obstante, apesar da procura dos familiares das vítimas, dos questionamentos da imprensa e a despeito da posição da CIDH, o Estado brasileiro permanece em silêncio, deixando a questão obnubilada.

2. Da Lei da Anistia – Lei nº 6.683, de 1979

No período de transição do regime militar para o regime democrático, foi editada, com o consenso (possível) da sociedade, imprensa e partidos políticos, a Lei de nº 6.683, de 1979, cognominada Lei da Anistia.

Essa Lei, objeto de árdua negociação entre os militares e a sociedade civil, objetivou a resolução de situações ainda pendentes, não só de brasileiros que haviam deixado o país (fosse como exilados pelo governo ou por autoexílio) e que não conseguiam renovar passaportes, ou receavam voltar para o Brasil e sofrer penalidades pendentes, mas também de pessoas que haviam perdido seus empregos públicos (em universidades, autarquias, armas militares), i.a.

De outra senda, o vasto estamento militar também tinha medo de que possíveis consequências da abertura afrouxasse o controle. Erros foram cometidos pelos dois lados

⁴ Expressão bíblica registrada no livro de Mateus, capítulo 8, versículo 13.

⁵ Arquivo Nacional. Disponível em: <http://www.memoriasreveladas.arquivonacional.gov.br/multimedia/araguaia/mapa_01.swf>. Acesso em: 30 mar. 2014.

quando a violência se exacerbou (a partir do AI-5, Ato Institucional que “endureceu” o regime) – argumento até hoje brandido pelos militares⁶, daí a exigência que a anistia valesse para crimes cometidos por ambos os lados.

Ficou assim consignado, logo no artigo primeiro e no seu parágrafo primeiro, que a anistia abrangeria todos quantos, no período compreendido entre 2 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, houvessem cometido crimes políticos ou conexos com estes, considerando-se conexos, para efeito da lei, “os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política”. Esse é o grande ponto em discussão, no caso Araguaia.

3. Da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental relativa à Lei de Anistia e da Decisão do Supremo Tribunal Federal

Em 21 de outubro de 2008, a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) aviou a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) incidental, que foi autuada sob o número 153, questionando a constitucionalidade do §1º do art. 1º da Lei 6.683, de 1979. Verbis:

Art. 1º É concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexos com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, de fundações vinculadas ao poder público, aos Servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos Militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares.

§ 1º - Consideram-se conexos, para efeito deste artigo, os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política.

A Ordem dos Advogados do Brasil ponderou que o diploma legal referido, notadamente a parte transcrita, seria inconstitucional, ferindo preceito fundamental, uma vez que a maioria dos crimes cometidos pelos Militares durante o regime de exceção não foram crimes políticos, ainda que aparentemente conexos com estes.

Sob esse viés, “a interpretação, segundo a qual a norma questionada concedeu anistia a vários agentes públicos responsáveis, entre outras violências pela prática de homicídio, desaparecimento forçado, tortura e abusos sexuais contra opositores políticos,

⁶ Vide a respeito, entre muitas obras recentemente editadas, a quadrilogia de Elio Gaspari, hoje disponível tanto em forma impressa como em e-book - A Ditadura Envergonhada; A Ditadura Escancarada; A Ditadura Derrotada; A Ditadura Encurralada – reeditada em 2014, a ser completada em dois anos por um quinto volume que tratará do final do governo Geisel e do governo de Figueiredo, com suas “explosões”. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/blogs/prosa/posts/2014/02/15/elio-gaspari-nova-edicao-de-obras-sobre-ditadura-tem-material-inedito-524452.asp>>.

fere frontalmente diversos preceitos da Constituição”⁷.

Com efeito, consoante muito bem argumentou a OAB, os agentes públicos, no período de 2 de setembro de 1961 a 15 de agosto de 1979, não praticaram apenas os delitos definidos como crimes políticos (crimes contra a segurança nacional e a ordem política e social), tipificados na legislação da época, antes pelo contrário, “sob o pretexto de defender o regime político instaurado pelo golpe militar de 1964, praticaram crimes comuns contra aqueles que, supostamente, punham em perigo a ordem política e segurança do Estado”⁸.

Ora, a lei processual pátria identifica dois casos em que há conexão, quando há uma comunhão de identidade e propósitos e quando os agentes criminosos atuam uns contra os outros. Não houve comunhão de propósitos e de identidades entre os agentes e criminosos de ambos os lados (do lado dos militares e policiais e do lado dos que atentavam contra a ordem política e segurança nacional). Segundo a OAB:

É irrefutável que não podia haver e não houve conexão entre os crimes políticos, cometidos pelos opositores do regime militar, e os crimes comuns contra eles praticados pelos agentes da repressão e seus mandantes no governo. A conexão só pode ser reconhecida, nas hipóteses de crimes políticos e crimes comuns perpetrados pela mesma pessoa (concurso material ou formal), ou por várias pessoas em co-autoria. No caso, portanto, a anistia somente abrange os autores de crimes políticos ou contra a segurança nacional e, eventualmente, de crimes comuns a eles ligados pela comunhão de objetivos⁹.

Sobre o tema, Flávia Piovesan disserta:

Quanto à lei de anistia de 1979, que abrange crimes políticos praticados entre 1961 e 1979, há que se afastar a insustentável interpretação de que, em nome da conciliação nacional, a lei de anistia seria uma lei de “duas mãos”, a beneficiar torturadores e vítimas. Esse entendimento advém da equivocada leitura da expressão “crimes conexos” constante da lei. Crimes conexos são os praticados por uma pessoa ou grupo de pessoas que se encadeiam em suas causas. Não se pode falar em conexidade entre fatos praticados pelo delinquente e pelas ações de sua vítima. A anistia perdoou a estas e não a aqueles; perdoou as vítimas e não os que delinquem em nome do Estado. Ademais, é inadmissível que o crime de tortura seja concebido como crime político, passível de

⁷ OAB, Conselho Federal. Texto extraído da Petição Inicial que deu origem à ADPF 153, p. 8. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/586_ADPF%20153%20-%20peticao%20inicial.pdf>. Acesso em: 03 dez. 2012 e 30 mar. 2014.

⁸ Idem, *ibidem*.

⁹ Idem, p. 14.

anistia e prescrição¹⁰.

Pois bem, o Supremo Tribunal Federal (STF), por sete votos a dois, decidiu de forma contrária à revogação da Lei de Anistia aos agentes públicos acusados de cometerem crimes comuns no regime da ditadura militar.

Conforme noticiado pelo site Conjur, a Ministra Cármen Lúcia teria se referido à Lei de Anistia como “um ‘verdadeiro armistício de 1979’ que viabilizou a volta das eleições diretas para governador, a eleição de Tancredo Neves e a Convocação da Assembleia Nacional Constituinte”¹¹.

O Ministro Cezar Peluso, então presidente do STF, salientou o caráter transcendente da Lei de Anistia, que deveria ser interpretada à luz da generosidade, em sentido amplo e não restrito.

Em que pese o brilhantismo dos votos proferidos por ocasião do julgamento da ADPF e a nobreza dos sentimentos de concórdia e perdão que nortearam as razões apostas nos respectivos votos, é certo que, como se verá no ponto seguinte, normas internacionais pelas quais o Brasil voluntariamente se obrigou (como o Pacto de São José da Costa Rica) foram preteridas e a sociedade brasileira nem sequer saberá o que, de fato, foi perdoado. Conquanto a ADPF em pauta não tenha discutido diretamente a apuração da verdade dos fatos, a decisão do STF, ao aplicar extensivamente a anistia aos crimes comuns praticados pelos agentes públicos, inviabilizou as investigações. Os argumentos políticos e sentimentais prevaleceram e a Lei de Anistia continua em vigor, fechando as portas para a busca da responsabilização e da verdade.

4. Do Iter Procedimental perante a Comissão e da Admissão da demanda perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos

Diante da omissão do Estado brasileiro e da falta de uma prestação jurisdicional satisfatória no âmbito interno, a questão foi levada à Comissão Internacional de Direitos Humanos CIDH) por uma iniciativa do Center for Justice and International Law (CEJIL, ONG com escritórios em Buenos Aires, Rio de Janeiro, San José de Costa Rica e Washington D.C)¹² e da Human Rights Watch/Americas, que buscavam uma resposta para o desaparecimento de várias pessoas e para as supostas violações de direitos humanos ocorridas. Posteriormente, somaram-se aos postuladores ativos a Comissão de Familiares de Mortos e Desaparecidos Políticos do Instituto de Estudos da Violência do Estado, a senhora Angela Harkavy e o Grupo Tortura Nunca Mais do Rio de Janeiro.

Em 31 de outubro de 2008, a Comissão aprovou o Relatório de Mérito n. 91/08, nos termos do artigo 50 da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH - tam-

¹⁰ PIOVESAN, Flávia. Direito Internacional dos Direitos Humanos e Lei de Anistia: O Caso Brasileiro. Revista Anistia Política e Justiça de Transição, n. 2, julho-dezembro 2009. Comissão de Anistia. Ministério da Justiça, p. 181. Disponível em: <[http://www.portalmemoriasreveladas.arquivonacional.gov.br/media/2010RevistaAnistia02\[1\].pdf](http://www.portalmemoriasreveladas.arquivonacional.gov.br/media/2010RevistaAnistia02[1].pdf)>. Acesso em: 10 abr. 2014.

¹¹ Notícia veiculada no site: <<http://www.conjur.com.br/2010-abr-29/julgamento-acao-revisao-lei-anistia-empatado>>. Acesso em: 04 dez. 2012.

¹² Vide mais em <<http://www.cejil.org/en/cejil/offices>>. Acesso em: 30 mar. 2014.

bém conhecida como Pacto de São José da Costa Rica), conclusivo no sentido de que o Estado brasileiro era responsável por violações de direitos humanos e pela ineficácia das ações judiciais não penais interpostas no marco do caso em questão¹³.

Após a notificação do relatório, ao Brasil foi concedido um prazo de dois meses, prorrogado por duas vezes, para apresentação de uma proposta de implementação das recomendações da Comissão. Contudo, mais uma vez o Brasil não apresentou uma resposta satisfatória, razão pela qual o caso foi submetido à Corte.

No decorrer da instrução, foram realizadas audiências públicas, com a oitiva de familiares de pessoas desaparecidas, de peritos propostos pela Comissão e pelo Estado, como, por exemplo, José Paulo Sepúlveda Pertence, que discorreu sobre a já mencionada Lei de Anistia. Além de outros, também participaram das audiências públicas Rodrigo Uprimny, perito proposto pela Comissão que analisou o impacto da ocultação da realidade na sociedade brasileira, e Gilson Dipp, perito proposto pelo Estado que apresentou perícia sobre a referida ADPF. Ainda a título de instrução, foram colhidas, além de outros elementos de prova, provas de natureza testemunhal e pericial. Toda a legislação e a posição do Estado brasileiro sobre a questão foi considerada, bem assim a ação do Judiciário, inclusive a Ação Ordinária No. 82.00.24682-5, mencionada alhures, cuja possibilidade concreta de execução foi examinada em Parecer da Professora Flávia Piovesan.

5. Da Condenação do Brasil pela Corte Interamericana de Direitos Humanos e do Controle de Convencionalidade em relação à Legislação Brasileira

À guisa de prévia, neste particular, mister ressaltar que a demanda perante a Corte observou todas as garantias processuais cabíveis, tendo o Estado brasileiro se defendido com garantia de ampla defesa, em um processo devidamente legal, tendo demonstrado toda a fundamentação e as razões internas que amparam sua decisão de manter o caso encoberto sob a Lei de Anistia.

Consoante já referido, a posição brasileira em prol da Lei de Anistia levou em consideração questões eminentemente políticas e foi formulada a partir de um consenso

¹³ 11 “No Relatório de Mérito No. 91/08, a Comissão concluiu que o Estado era responsável pelas violações dos direitos humanos estabelecidos nos artigos I, XXV e XXVI da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (DADDH), bem como dos artigos 4, 5 e 7, em conexão com o artigo 1.1 da CADH, em detrimento das vítimas desaparecidas; nos artigos XVII da DADDH e 3, em relação com o artigo 1.1 da CADH em detrimento das vítimas desaparecidas; nos artigos I da DADDH e 5, em conexão com o artigo 1.1 da CADH, em detrimento dos familiares dos desaparecidos; no artigo 13, em conexão com o artigo 2 da CADH, em detrimento dos familiares dos desaparecidos; nos artigos XVIII da DADDH e 8.1 e 25 da CADH, em relação com os artigos 1.1 e 2 da mesma Convenção, em detrimento das vítimas desaparecidas e de seus familiares, em virtude da aplicação da Lei de Anistia, nos artigos XVIII da DADDH e 8.1 e 25, em relação com o artigo 1.1 da CADH, em detrimento das vítimas desaparecidas e de seus familiares, em virtude da ineficácia das ações judiciais não penais interpostas no marco do presente caso (expediente de anexos à demanda, apêndice 3, tomo VII, folha 3655).” Nota acrescida ao item I, da sentença proferida no Caso Gomes Lund e outros – Guerrilha do Araguaia vs, Brasil. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/sentenca-comissao-internacional.pdf>>. Acesso em: 26 nov. 2012.

para a viabilização da implementação de um novo regime democrático. No entanto, embora tenha sido objeto de consenso, estabelecido entre todas as esferas do Poder e entre organizações nacionais, inclusive da própria OAB que posteriormente questionou mencionada lei por meio da ADPF 153, e embora não se possa olvidar da nobreza do perdão, amplamente invocado pelo Ministro Ayres Britto por ocasião do seu voto, não há como se fechar os olhos para toda uma legislação internacional a que o Brasil, voluntariamente, aquiesceu. Além, não há como se invocar o perdão se não se sabe nem o que se está perdendo, já que o que ocorreu por trás da Guerrilha do Araguaia continua escuso.

Sob esse paradigma, a Corte, mediante um controle de convencionalidade da Lei de Anistia em relação à Convenção Interamericana de Direitos Humanos e em relação às obrigações assumidas pelo Brasil internacionalmente, condenou o Brasil nos aspectos que serão mencionados.

Entrementes, importante frisar que, conforme advertido na decisão da Corte, caberia ao Brasil adequar a Lei de Anistia ao padrão constitucional interno, este alinhado aos tratados internacionais assumidos, sobretudo o Pacto de São José da Costa Rica. Não obstante, conforme julgado na ADPF 153, a lei em referência não foi revista, tendo sido considerada constitucional, o que reforçou a necessidade de análise da questão pela Corte Interamericana.

A propósito, segue colacionado um pequeno trecho da sentença a esse respeito:

Em numerosas ocasiões, a Corte Interamericana afirmou que o esclarecimento quanto à violação ou não, pelo Estado, de suas obrigações internacionais, em virtude da atuação de seus órgãos judiciais, pode levar este Tribunal a examinar os respectivos processos internos, inclusive, eventualmente, as decisões de tribunais superiores, para estabelecer sua compatibilidade com a Convenção Americana, o que inclui, eventualmente, as decisões de tribunais superiores. No presente caso, não se solicita à Corte Interamericana a realização de um exame da Lei de Anistia com relação à Constituição Nacional do Estado, questão de direito interno que não lhe compete e que foi matéria do pronunciamento judicial na Arguição de Descumprimento No. 153 (infra par. 136), mas que este Tribunal realize um controle de convencionalidade, ou seja, a análise da alegada incompatibilidade daquela lei com as obrigações internacionais do Brasil contidas na Convenção Americana. Consequentemente, as alegações referentes a essa exceção são questões relacionadas diretamente com o mérito da controvérsia, que podem ser examinadas por este Tribunal à luz da Convenção Americana, sem contrariar a regra da quarta instância.¹⁴

¹⁴ Item 49 da sentença proferida pela Corte Interamericana de Direitos. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/sentenca-comissao-internacional.pdf>>. Acesso em: 26 nov. 2012. Disponível também em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2014. Sobre as consequências da entrada em vigor, no Brasil, da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, vide

A Corte, portanto, mesmo tendo o Brasil assinado o Pacto de São José da Costa Rica apenas em 1998, considerou o caráter perpétuo e contínuo dos atos praticados pelos militares, entendendo-se competente para o julgamento que culminou com uma sentença condenatória, reconhecendo sim que anistia é direito interno, mas que o Brasil deve adequar suas leis aos tratados que assina, e às obrigações que assume, já que aquelas não resistem a um controle de convencionalidade.

Ainda na esteira da condenação pela Corte, sempre que houver suspeita de desaparecimento o Estado deve agir. Além, o Estado brasileiro deve tipificar o delito de “desaparecimento forçado de pessoas”, em conformidade com os tratados por ele assumidos.

O Brasil ainda foi condenado a investigar violações de direitos humanos e de torturas, já que são inadmissíveis as alegações de anistia, prescrição e estabelecimento de excludentes de responsabilidade que pretendam impedir a investigação e punição dos responsáveis por graves violações de direitos humanos, “como a tortura, as execuções sumárias, extrajudiciais ou arbitrárias, e os desaparecimentos forçados, todas elas proibidas”, por violar “direitos inderrogáveis reconhecidos pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos” (§ 171). Neste sentido, a Corte destacou decisões dos sistemas regional e internacional (§§ 149 a 162), bem como decisões de Estados-membros da OEA (§§ 163 a 169)¹⁵.

Além de outros aspectos, a Corte determinou a instauração de uma Comissão da Verdade e a divulgação máxima sobre os fatos, em respeito aos direitos dos familiares das vítimas de saberem a verdade e de acesso à informação, bem como o reconhecimento internacional da responsabilidade do Estado mediante um ato público de pedido de desculpas com representantes das três esferas do Poder.

Na oportunidade, a jurisprudência da Corte foi reafirmada no sentido de que todos os órgãos, inclusive juízes, submetem-se a um tratado quando o respectivo Estado o assina e que, em regra, tratados internacionais de direitos humanos primam pela prevalência da norma que seja mais favorável à proteção do ser humano.

6. A Reação do Supremo Tribunal Federal em face da Decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos

O STF, contudo, entendeu que a punição do Brasil não tem o condão de revogar a decisão proferida na ADPF 153, que teria sedimentado e resolvido a questão. De fato, conforme registrado na própria sentença da Corte, a análise da constitucionalidade e da validade do seu direito interno cabe ao próprio STF e, sob esse aspecto, a questão não poderia mais ser discutida.

Não obstante, o Brasil, em conformidade com a evolução mundial, optou por se

Aziz Tuffi Saliba (Org.), *Direito dos Tratados: comentários à Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados* (1969). Belo Horizonte: Arraes, 2011.

¹⁵ BALDI, César Augusto. *Guerrilha do Araguaia, Corte Interamericana e STF*. 4Carta Capital. (ed.virtual) Disponível em: <<http://www.cartacapital.com.br/politica/guerrilha-do-araguaia-corte-interamericana-e-stf/>>. Acesso em: 27 nov. 2012.

inserir na Comunidade Internacional, observando, para isso, os princípios mais elementares que constituem o Direito Internacional dos Direitos Humanos, apregoados de forma universal. Aliás, a própria Constituição estabelece a “cooperação entre os povos para o progresso da humanidade” (art. 4º, IX, CF) e a “prevalência dos direitos humanos” (art. 4º, II, CF) em suas relações internacionais. E é neste sentido que a decisão do STF, nos termos da sentença da CIDH, carece de efeitos jurídicos por ser contrária e não convir com vários direitos humanos tão caros ao Direito Internacional.

Desta forma, a posição do STF surpreende e provoca dúvidas como as externadas em artigo veiculado pela Carta Capital nos seguintes termos:

Para o Min. Peluso, o que pode ocorrer é “o país ficar sujeito a sanções previstas na convenção” e que se alguém entrar com processo contra eventuais responsáveis, o STF concederia, “na hora”, um habeas corpus. Mas não tinha sido justamente o Ministro quem afirmou, no julgamento da extradição de Cesare Battisti (Ext 1085), que era um “principal capital da teoria e da prática dos tratados” de que “não tem nexos nem senso conceber que sejam celebrados para não ser cumpridos por nenhum dos Estados contratantes”? Sendo mais fácil cumprir o tratado e não tendo “nexo” não ser respeitado, qual o motivo da relutância e a ênfase na possibilidade de sanção? E se fosse o Executivo simplesmente quem descumprisse o tratado, teriam os Ministros do STF a mesma posição? A situação é mais paradoxal ainda, quando, em outros julgamentos, o próprio STF elogiou o Pacto de San José da Costa Rica.¹⁶

A questão se torna ainda mais sensível quando o STF defende sua decisão em detrimento da sentença da Corte, sobretudo porque esta se baseou em argumentos jurídicos e aquela foi norteadada por argumentos substancialmente políticos e sentimentais.

E mais, a própria Constituição, por si, promulgada em 1988 (dez anos antes de o Brasil assinar a CADH), já primava pela “prevalência dos direitos humanos” (art. 4º, II, CF) em suas relações internacionais. Contudo, de forma surpreendente, a decisão da CIDH no caso da Guerrilha do Araguaia não foi acatada, tendo o Brasil continuado recalcitrante em adequar seu ordenamento jurídico interno às normas de direitos humanos e aos tratados internacionais que ratificou. Desta forma, o STF, que deve zelar por nossa “Lei Maior” e pela “prevalência dos Direitos Humanos”, primando pela efetividade da justiça e pela observância dos direitos fundamentais, deixou de acolher a norma mais favorável ou benéfica à pessoa humana, demonstrando, conforme assevera César Augusto Baldi, “que a distância entre a teoria e a prática, por parte dos atores jurídicos, ainda é muito grande, e que a formação em direitos humanos recém está começando”¹⁷.

Em que pese não haja a previsão de vinculação do STF e dos demais tribunais na-

¹⁶ Idem.

¹⁷ Idem.

cionais à jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, Eneas Rovertto de Vasconcelos adverte que:

O reconhecimento do Brasil como membro do sistema interamericano de direitos humanos, inclusive com o reconhecimento da jurisdição da Corte IDH, faz com o que a interpretação dos direitos humanos internacionais e da Convenção, mais do que apenas direito estrangeiro, seja uma interpretação cuja validade é vinculante para o Brasil no âmbito internacional e ainda que não seja diretamente vinculante para os tribunais nacionais deve servir como um parâmetro normativo (embora também científico) das fontes normativas de direitos humanos também aplicáveis pelo direito nacional. A obrigação de o STF (e os demais tribunais nacionais) fundamentarem suas sentenças e acórdãos na interpretação dos direitos humanos pela Corte IDH decorre da sua: 1) institucionalidade: é reconhecida oficialmente pelo Estado brasileiro como a última instância, no direito internacional, para interpretar a Convenção Americana, norma que também é vigente no direito brasileiro; 2) identidade da fonte normativa, tanto o STF quanto a Corte IDH interpretam a Convenção como fonte vigente de direito, nacional e internacional, respectivamente; 3) vinculação do Estado perante o direito internacional: o Brasil (embora não o STF) está obrigado a respeitar essas decisões, que, pelo menos no âmbito internacional, são vinculantes e cogentes; 4) interpretação mais protetiva, uma interpretação mais protetora dos direitos humanos a partir do controle de convencionalidade deveria ser aplicada, se compatível com a Constituição, ou, pelo menos, levadas em consideração pelo STF na fundamentação de seus acórdãos.¹⁸

7. Ações Pontuais do Estado Brasileiro no Caso Guerrilha do Araguaia

Por outro lado, certo é que, embora provocadas, algumas ações pontuais foram tomadas pelo Estado brasileiro e não podem passar aqui despercebidas, como, por exemplo, a instituição da Comissão da Verdade e a organização do Grupo de Trabalho Tocantins, decorrente da condenação advinda da sentença proferida nos autos de n.

¹⁸ VASCONCELOS, Eneas Roberto de. O Conflito entre o Direito Nacional e Internacional: A Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos vs. A Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Revista Anistia Política e Justiça de Transição, n. 7, Janeiro-junho 2012. Comissão de Anistia. Ministério da Justiça. P. 189. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/main.asp?View={674805E8-6838-4CB2-A369-3EFA87A5B44E}&BrowserType=IE&LangID=pt-br¶ms=itemID%3D%7BE2C3BAC0%2D81AE%2D44F7%2DAEE1%2DFF075C64BFB5%7D%3B&UIPartUID=%7B2218FAF9%2D5230%2D431C%2DA9E3%2DE780D3E67DFE%7D>>. Acesso em: 10 abr. 2014.

82.00.24682-5, da Justiça Federal. Com essas medidas, iniciou-se, embora não a contento, um delinear do que foi a Guerrilha do Araguaia, com o apontamento de alguns dados registrados no Arquivo Nacional¹⁹.

Contudo, na esteira da decisão da Corte Interamericana, tais ações não foram satisfatórias e embora a questão esteja, pelo menos em princípio, resolvida no âmbito da Suprema Corte brasileira, com o decreto de validade da Lei de Anistia, não se pode olvidar da possibilidade de o próprio STF rever sua posição, à semelhança do que foi feito por ocasião do julgamento da Reclamação Constitucional 4.374. Na oportunidade, o Ministro salientou que “a evolução interpretativa no âmbito do controle de constitucionalidade pode resultar na declaração de inconstitucionalidade de lei anteriormente declarada constitucional”. E isso se dá apenas nos casos de “significativa mudança das circunstâncias fáticas ou de relevante alteração das concepções jurídicas dominantes”²⁰. No caso em questão, a sentença da Corte Interamericana importou verdadeira alteração da concepção jurídica dominante sobre a Lei da Anistia.

No plano dos Tribunais inferiores, a questão tem sido recorrentemente suscitada. Ora, em que pese tenha sido trancada uma ação de natureza penal contra o Coronel da Reserva do Exército Sebastião Curió Rodrigues e contra o Major da Reserva Lício Augusto Maciel, pelo Tribunal Regional da 1ª Região, o Ministério Público no Pará intentou nova denúncia contra os dois militares em janeiro de 2015²¹, este último acusado pela morte de guerrilheiros e aquele acusado de ter ocultado os cadáveres de militantes. Tudo isso a reafirmar que a questão está longe de ter sido resolvida, sobretudo aos olhos das comunidades jurídica e militar²².

Em ato público promovido pela OAB, por ocasião dos cinquenta anos do golpe de 1964, o Ministro da Justiça, José Eduardo Cardozo, pediu desculpas pelos crimes cometidos no período da ditadura militar²³.

Conforme veiculado pelo Correio Braziliense, nomes de cerca de trezentos militares que participaram das expedições de repressão à Guerrilha do Araguaia foram entregues à Comissão Nacional da Verdade. Nos termos da notícia:

De acordo com o presidente da Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos, Marco Antônio Rodrigues Barbosa, os

¹⁹ Vide arquivo multimídia. Disponível em: <http://www.memoriasreveladas.arquivonacional.gov.br/multimidia/araguaia/mapa_01.swf>. Acesso em: 30 mar. 2014.

²⁰ Inteiro teor do julgamento da Reclamação 4.374. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4439489>, os 18 e 20. Acesso em: 16 ago. 2015.

²¹ A propósito, vide notícia veiculada no site CONJUR, em que Curió é denunciado mais uma vez por ocultação de cadáveres na ditadura. Publicada em 29 de janeiro de 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-jan-29/curio-denunciado-vez-suposto-crime-ditadura>. Acesso em 16 ago. 2015. Vide, ademais, a denúncia disponível em <http://s.conjur.com.br/dl/29jan-curio.pdf>. Acesso em: 16 ago. 2015.

²² Vide, para considerar os dois lados, o depoimento deste Coronel do Exército na Câmara dos Deputados. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=xBYDx0ufjxA>>. Acesso em: 30 mar. 2014.

²³ BRASIL, Portal. Ministro pede desculpas por crimes cometidos pelo Estado durante a ditadura. Disponível em: <http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2014/03/ministro-pede-desculpas-por-crimes-cometidos-pelo-estado-durante-ditadura>. Acesso em: 10 abr. 2014.

nomes foram apurados durante os trabalhos de investigação da comissão e traz a expectativa de os depoimentos dos militares trazerem mais informações sobre o que aconteceu e contribuir nas buscas dos restos mortais dos guerrilheiros, e que tanto a CNV como o Judiciário “poderá intimá-los a depor e que isto possa trazer novas informações que ajudem a colocar luz na luta dos parentes que até hoje não tiveram a plenitude da resposta do Estado brasileiro”, disse²⁴.

E o que dizer da imprensa e da internet? Série de reportagens feitas por jornais de destaque na mídia nacional, incontáveis vídeos de teor jornalístico e investigatório e até um filme²⁵ foi produzido, na esperança de uma mobilização pela busca da realidade. No âmbito virtual, há até uma campanha pelo cumprimento da sentença da Corte²⁶, traduzindo o anseio dos cidadãos brasileiros pela informação e pelo direito de participar da verdade histórica do seu país, seja ela louvável ou não.

Ora, conforme adverte Flávia Piovesan, o “direito ao acesso à informação é condição para o exercício de demais direitos humanos, como o direito à verdade e o direito à justiça, sobretudo em casos de graves violações”²⁷.

Conclusão

A Guerrilha do Araguaia afigura o caso mais emblemático levado à Corte Interamericana até o momento e permanece vivo como um “espinho na carne”²⁸ do Estado brasileiro.

Questionamentos dos poucos sobreviventes e das famílias das vítimas somam-se às vozes da imprensa, da comunidade jurídica e da sociedade, ecoando o grito da insatisfação que tenta romper o silêncio imposto.

É neste contexto que permanece latente a pergunta: Até que ponto as razões jurídicas que emanam de princípios basilares e fundamentais da própria sociedade podem se curvar diante de uma justificativa de caráter político?

Por mais nobre e sublime que seja o perdão e por mais ponderáveis que sejam as razões políticas, a comunidade jurídica aguarda os argumentos jurídicos para o não acatamento da sentença da CIDH; indo além – é importante, para a efetiva pacificação

²⁴ BRASIL AGÊNCIA, Correio Braziliense, Brasília, 30 de julho de 2013. Disponível em: <http://www.correio braziliense.com.br/app/noticia/brasil/2013/07/30/interna_brasil,379868/comissao-da-verdade-recebe-nomes-que-estiveram-na-guerrilha-do-araguaia.shtml>. Acesso em: 30 mar. 2014.

²⁵ Filme escrito e dirigido por Ronaldo Duque, intitulado Araguaya - A Conspiração do Silêncio foi ganhador do Prêmio Especial de Gramado de 2004.

²⁶ Como exemplo de movimento social virtual em relação à Guerrilha do Araguaia. Disponível em: <<http://cumpra-se.org/quem-somos/>>. Acesso em: 03 dez. 2012.

²⁷ PIOVESAN, Flávia. Direito à Informação. Desarquivando, jornal O Globo, publicado em 14 de julho de 2011. Disponível em: <http://www.desaparecidospoliticos.org.br/pagina.php?id=359&m=4>. Acesso em: 10 abr. 2014.

²⁸ Expressão de condão figurativo, de São Paulo Apóstolo, registrada no livro de II Coríntios, capítulo 12, versículo 7.

social (e para que se evite a repetição de erros), que a sociedade conheça e reconheça a realidade do seu passado, nua, sem máscaras ou maquiagem. Diferentes sociedades políticas que viveram períodos conturbados em sua história têm lidado com esta questão de diferentes maneiras, conseqüentes a suas realidades e circunstâncias²⁹.

É neste contexto que ações como as propostas pelo Ministério Público, aqui referidas, ganham relevância, fazendo com que a questão seja novamente desafiada no âmbito do Judiciário. É inegável a importância da discussão no âmbito jurídico, cujos profissionais têm a missão de zelar pela efetividade da justiça – mas, posta a justificativa para o presente trabalho, fica aqui também registrada a importância de que a comunidade jurídica se volte ainda mais para a causa em comento – bem como a fundamental importância do papel da mídia (em todos os seus veículos), do bom jornalismo e das redes sociais, dando voz a setores da sociedade que clamam por uma resposta satisfatória.

E é neste cenário e diante da posição do Estado perante a Corte, que se pode concluir por uma responsabilização do Brasil muito mais endógena que exógena, forjada e cunhada a partir da ausência, do lamento e da memória dos que sobreviveram para recontar a história e não deixá-la se perder na omissão e no esquecimento.

O fato é que, seja qual for a posição do Estado, mormente do Judiciário, o espinho do Araguaia continuará ferindo a carne brasileira, sem expectativa de se tornar uma simples e indolor cicatriz baseada na política e no perdão genericamente concedido.

Referências

AMARAL, Marina. Agência Pública. Publicado na revista virtual Carta Capital em 20-06-2011. Disponível em: <<http://www.cartacapital.com.br/politica/araguaia-o-que-as-forcas-armadas-querem-apagar/>>. Acesso em: 30 ago. 2013.

ARAGUAYA, Conspiração do Silêncio. Filme produzido e dirigido por Ronaldo Duque, lançado em 2004.

ARAGUAYA, A Guerrilha do. Arquivo Nacional. Disponível em: <http://www.memoriasreveladas.arquivonacional.gov.br/multimedia/araguaia/mapa_01.swf>. Acesso em: 29 ago. 2013 e 30 mar. 2014.

BALDI, César Auguto. Guerrilha do Araguaia, Corte Interamericana e STF. Publicado na revista virtual Carta Capital. Disponível em: <<http://www.cartacapital.com.br/politica/guerrilha-do-araguaia-corte-interamericana-e-stf/>>. Acesso em: 12 set. 2015.

BRASIL, Agência, Correio Braziliense, Brasília, 30 de julho de 2013. Disponível em: <http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/brasil/2013/07/30/interna_brasil,379868/comissao-da-verdade-recebe-nomes-que-estiveram-na-guerrilha-do-araguaia.shtml>. Acesso em: 30 mar. 2014.

²⁹ Lembrando de apenas dois casos emblemáticos – a África do Sul, com suas Comissões de Verdade e Reconciliação (vide <http://www.justice.gov.za/Trc/> o site oficial dessa Comissão – acesso em 30 mar. 2014) e, mais perto de nós, o caso do Chile (http://www.ddhh.gov.cl/ddhh_rettig.html), e, para comparação, um site muito interessante de uma ONG - <http://www.derechos.org/koaga/iii/1/cuya.html>. Acesso em: 30 mar. 2014.

BRASIL, Portal. Ministro pede desculpas por crimes cometidos pelo Estado durante a ditadura. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2014/03/ministro-pede-desculpas-por-crimes-cometidos-pelo-estado-durante-ditadura>>. Acesso em: 10 abr. 2014.

CONJUR. Consultor Jurídico. Supremo afasta revisão da Lei de Anistia. Publicado em 29 de abril de 2010, na revista eletrônica Conjur. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-abr-29/julgamento-acao-revisao-lei-anistia-empatado>>. Acesso em: 04 dez. 2012.

_____. Sentença proferida no Caso Gomes Lund e outros – Guerrilha do Araguaia vs, Brasil. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/sentenca-comissao-internacional.pdf>>. Acesso em: 26 nov. 2012.

_____. Curió é denunciado mais uma vez por ocultação de cadáveres na ditadura. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jan-29/curio-denunciado-vez-suposto-crime-ditadura>>. Acesso em: 16 ago. 2015.

Corte Interamericana De Direitos Humanos. Caso Gomes Lund e outros (“guerrilha do araguaia”) vs. Brasil. Sentença de 24 de novembro de 2010. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf>. Acesso em: 03 dez. 2012 e 30 mar. 2014.

EDITORIAL, Justiça recebe denúncia contra militares por sequestros na guerrilha do Araguaia. Publicado no jornal Brasil de Fato. Versão eletrônica de 21-08-2012. Disponível em: <<http://www.brasildefato.com.br/node/10489>>. Acesso em: 27 nov. 2012.

EPOCA, Redação. MPF entra com ação contra coronel por sequestros de militantes da Guerrilha do Araguaia. Disponível em: <<http://revistaepoca.globo.com/Brasil/noticia/2012/03/mpf-entra-com-acao-contra-coronel-por-sequestros-de-militantes-da-guerrilha-do-araguaia.html>>. Acesso em: 30 ago. 2013.

GASPARI, Elio. A Ditadura Envergonhada; A Ditadura Escancarada; A Ditadura Derrotada; A Ditadura Encurralada. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/blogs/prosa/posts/2014/02/15/elio-gaspari-nova-edicao-de-obras-sobre-ditadura-tem-material-inedito-524452.asp>>. Acesso em: 30 mar. 2014.

ISCHAQ, Vivien; FRANCO, Pablo E. Os Acervos dos Órgãos Federais de Segurança e Informações do Regime Militar no Arquivo Nacional. Disponível em: <<http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/direito-a-memoria-e-a-verdade/artigos/os-acervos-dos-orgaos-federais-de-seguranca-e-informacao-do-regime-militar-do-arquivo-nacional>>. Acesso em: 30 ago. 2013.

PINTO, Marcos José. A condenação do Brasil no caso da Guerrilha do Araguaia pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/21291/a-condenacao-do-brasil-no-caso-da-guerrilha-do-araguaia-pela-corte-interamericana-de-direitos-humanos/3>>. Acesso em: 30 ago. 2013.

PIOVESAN, Flávia. Direito à Informação. Desarquivando, jornal O Globo, publicado em 14 de julho de 201. Disponível em: <<http://www.desaparecidospoliticos.org.br/pagina.php?id=359&m=4>>. Acesso em: 10 abr. 2014.

_____. Direito Internacional dos Direitos Humanos e Lei de Anistia: O Caso Brasileiro. Revista Anistia Política e Justiça de Transição, n. 2, julho-dezembro 2009. Comissão de Anistia. Ministério da Justiça, p. 181. Disponível em:< http://www.upf.edu/dhes-alfa/_pdf/RA_06_Bohoslavsky_Torelly.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2014.

PÚBLICA, Agência. Agência de Reportagem e Jornalismo Investigativo. Vídeo: 5 mil cruzeiros por cabeça no Araguaia. Disponível em: <<http://apublica.org/2011/06/video-tres-colaboradores-contam-sua-historia/>>. Acesso em: 30 ago. 2013.

OAB, Conselho Federal. Petição Inicial que deu origem à ADPF 153. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/586_ADPF%20153%20-%20peticao%20inicial.pdf>. Acesso em: 03 dez. 2012 e 30 mar. 2014.

VASCONCELOS, Eneas Roberto de. O Conflito entre o Direito Nacional e Internacional: A Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos vs. A Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Revista Anistia Política e Justiça de Transição, n. 7, janeiro-junho 2012. Comissão de Anistia. Ministério da Justiça. P. 189. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/main.asp?View={674805E8-6838-4CB2-A369-3EFA87A5B44E}&BrowserType=IE&LangID=pt-br¶ms=itemID%3D%7BE2C3BAC0%2D81AE%2D44F7%2DAEE1%2DFF075C64BFB5%7D%3B&UIPartUID=%7B2218FAF9%2D5230%2D431C%2DA9E3%2DE780D3E67DFE%7D>>. Acesso em: 10 abr. 2014.

PARTE II

**ANÁLISE JURISPRUDENCIAL
DE CASOS ESPECÍFICOS DE
PROTEÇÃO**

Capítulo I

O DIREITO A UM MEIO AMBIENTE DE TRABALHO SALUBRE EM JUÍZO: O CASO SHELL/BASF

Humberto Lima de Lucena Filho¹
Marcilio Toscano Franca Filho²

Introdução

Concebido como direito humano de natureza social, o trabalho, nas contemporâneas tipologias de produção global, tem sido objeto de especialização crescente e caminhado ao lado do avanço tecnológico, que, por sua vez, manipula substâncias não dominadas pelo conhecimento científico, manuseia maquinário de alta complexidade e insere, no contexto das relações justralhistas, elementos típicos do progresso técnico e seus decorrentes. O resultado prático dessas intersecções entre a prestação do serviço subordinado, o aumento dos riscos ambientais, a desterritorialização das unidades produtivas fabris e a rejeição dos postulados do Direito Tutelar do Trabalho a planos periféricos é o comprometimento atroz da saúde dos trabalhadores em contato com elementos insalubres e perigosos, além da reverberação dos danos em questões macroambientais e em variadas áreas da vida humana. Nesse contexto, o valor de um meio ambiente de trabalho equilibrado, direito decorrente da própria lógica do labor em condições dignas, desvela-se um dos pontos de ponderação entre a livre iniciativa e a valorização do trabalho humano, conforme previsão no art. 170, caput, da Constituição Federal.

Não obstante haja vasta previsão, nas searas internacional e doméstica, acerca da tutela do meio ambiente de trabalho, corriqueiramente noticiam-se casos de

¹ Doutorando em Direitos Humanos e Desenvolvimento pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB). Professor de Direito do Trabalho do Centro Universitário do Rio Grande do Norte (UNI-RN) e Escola Superior dos Magistrados do Trabalho da 21ª Região-ESMAT21. Oficial de Justiça Avaliador Federal do Tribunal Regional do Trabalho da 21ª Região.

² Pós-Doutor em Direito pelo Instituto Universitário Europeu (Florença, Itália, Calouste Gulbenkian Post-Doctoral Fellow). Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (Portugal, bolsista FCT). Professor dos Programas de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Paraíba (UFPB) e da Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Líder do Laboratório Internacional de Investigações em Transjuridicidade (LABIRINT). Procurador do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas do Estado da Paraíba. Membro da International Association of Constitutional Law (IACL), da International Society of Public Law (ICONS) e da International Law Association (ILA). Membro Consultor/Expert do UNDP Democratic Governance Roster of Experts in Anti-Corruption. Foi aluno (Gasthörer) da Universidade Livre de Berlim (Alemanha), estagiário-visitante do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (Luxemburgo) e consultor jurídico (Legal Advisor) da Missão da ONU em Timor-Leste (UNOTIL) e do Banco Mundial (PFMCBP/Timor).

acidentes de trabalho, seja em decorrência de negligência no que tange às regras e aos procedimentos de segurança e de saúde, pela desídia dos trabalhadores na observância dos protocolos preventivos ou, ainda, pela ineficiência no exercício do dever de vigilância dos empregadores nessas atividades. Segundo dados da Organização Internacional do Trabalho (OIT), 6.300 pessoas morrem diariamente em razão de acidentes de trabalho ou de doenças ocupacionais/profissionais, totalizando cerca de 2.3 milhões de trabalhadores em óbito por ano, num universo de 317 milhões de acidentes de trabalho, e representando um custo de, aproximadamente, 4% do Produto Interno Bruto Mundial com absenteísmo, tratamentos de saúde, suporte previdenciário, mortes, etc.³. Nesse paradoxo entre a deontologia jurídico-laboral com supedâneo no standard de que trabalho decente é trabalho seguro e a inegável e impiedosa realidade dos fatos é que se situa o presente ensaio, perpassando pelo tratamento dispensado ao meio ambiente de trabalho e a sua tutela judicial, a partir da análise de um *leading case* na Justiça do Trabalho Brasileira.

Em 8 de abril de 2013, o Tribunal Superior do Trabalho (TST) protagonizou, sem sombra de dúvida, o evento mais relevante de que se tem notícia no Poder Judiciário Trabalhista nacional, notadamente quanto à matéria tratada e à sua repercussão: o caso Shell-Basf, emblemático no que se refere à proteção ao meio ambiente do trabalho e sua salubridade. Naquela ocasião, foi celebrado e homologado um termo de acordo judicial no valor de, aproximadamente, 400 milhões de reais, entre o Ministério Público do Trabalho (MPT), a Associação de Combate aos POPS (ACPO), o Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias dos Ramos Químicos, Farmacêuticos, Abrasivos, Plásticos e Similares de Campinas e Região, a Associação dos Trabalhadores Expostos a Substâncias Químicas (ATESQ), a Raizen Combustíveis S.A., a Shell Brasil Petróleo Ltda. e a Basf S.A. A conciliação teve por escopo pôr termo a uma disputa judicial originada pela Ação Civil Pública promovida, em 2007, pelo MPT da 15ª Região em litisconsórcio ativo com a ACPO, a ATESQ e o Instituto Barão de Mauá de Defesa das Vítimas e Consumidores contra entes Poluidores e Maus Fornecedores, perante a 2ª Vara do Trabalho de Paulínia/SP, cujo âmago revolveu um dos mais cruéis danos ao ambiente do trabalho de que se tem notícia, reverberado para além da saúde dos trabalhadores, na de seus descendentes outrossim, com contaminação do lençol freático e do solo de um dos bairros no referido município, conhecido como Recanto dos Pássaros, e consequentes danos a pessoas que nem mesmo figuravam como partes na relação de emprego ventilada.

O caso Shell-Basf não é emblemático apenas por denunciar a contaminação de trabalhadores e de municípios por substâncias cancerígenas (com incidência genética em seus descendentes), terceirizados e prestadores de serviços das reclamadas, resultando na morte de, pelo menos, 60 trabalhadores que estiveram expostos às substâncias químicas e na contaminação de, aproximadamente, 1.058 pessoas (habilitadas no termo de composição celebrado no TST, fora as que não estão cadastradas ou as que podem vir ainda a se habilitar), mas por suscitar novos paradigmas de responsabilização objetiva

³ ILO, 2014, Disponível em: <<http://www.ilo.org/global/topics/safety-and-health-at-work/lang--en/index.htm>>. Acesso em 24 mai.2014.

do empregador por danos ambientais, com efeitos protraídos na esfera pós-contratual, inclusive.

Tem o trabalho em curso a finalidade de abordar os principais tópicos referentes aos direitos humanos trabalhistas discutidos judicialmente no caso Shell-Basf, adotando uma perspectiva de internacionalização e de transjuridicidade do Direito do Trabalho, de modo a reforçar a relevância do resguardo da saúde como bem jurídico inegociável e merecedor de especial tratamento, no campo do Direito Ambiental, Higiene, Medicina e Segurança do Trabalho, como matérias conectadas com os direitos humanos do trabalhador. A problemática situa-se no questionamento da pluridimensionalidade protetiva da saúde e da segurança do trabalhador, vistos como bens jurídicos na relação de emprego, sob o viés da internacionalização do Direito do Trabalho por intermédio da utilização de Convenções da OIT como *ratio decidendi*.

Sob os auspícios do método do estudo de caso, o texto tem como fonte metodológica as peças que formalizaram a controvérsia judicial, as decisões de primeira e de segunda instância, a doutrina especializada, a legislação internacional e brasileira aplicáveis. No primeiro momento, serão delineados os principais tópicos do caso e descritos os detalhes que o tornaram merecedor da análise. A segunda seção encarregar-se-á de trazer à tona os temas mais notáveis em direitos humanos vinculados ao objeto de estudo. Por último, serão feitas algumas conclusões parciais.

1. A Ação Civil Pública 0022200-28-2007.5.15.0125: de 1974 A 2013 – Notas e Breve Descrição do Caso Shell-Basf^f

Em 1971, a United States Environment Protection Agency (USEPA) iniciou um processo de cancelamento e de suspensão de registros e de produções dos agrotóxicos da categoria DRIN, entre os quais estão o Aldrin, o Endrin e o Dieldrin, inseticidas formulados à base de hidrocarboneto cloridrado, criados na década de 1940 (e fornecidos exclusivamente pela Shell até 1968, quando a AMVAC Chemical Corporation também passou a produzi-los)⁵, nos Estados Unidos, e utilizados no plantio de algodão, de milho e no combate ao cupim. Dois anos depois, a Shell reconheceu o potencial cancerígeno dos produtos apontados e, em 1975, em face da conclusão de estudos que apontavam risco de contaminação em alimentos e em animais afetando toda a cadeia alimentar, os pesticidas da família DRIN tiveram sua produção, uso e comercialização banidos nos Estados Unidos, por força de decisão judicial.

Em 1974, a Shell do Brasil S.A. adquiriu, no Município de Paulínia (SP), uma área de, aproximadamente, 79 hectares, localizada no bairro Recanto dos Pássaros, para a construção de unidades de produção e de formulação de agrotóxicos. Situada próxima

⁴ A descrição dos fatos atinentes ao caso foi extraída da petição inicial da Ação Civil Pública 0022200-28-2007.5.15.1225, subscrita pelo Ministério Público do Trabalho da 15ª Região (Procuradoria Regional do Trabalho de Campinas) e demais litisconsortes ativos, da sentença de primeiro grau, assinada pela magistrada do trabalho Maria Inês Correa de Cerqueira César Targa, relativa ao processo supradito, e de artigos sobre o caso Shell-Basf.

⁵ REZENDE, June Maria Passos. CASO SHELL/CYANAMID/BASF: epidemiologia e informação para o resgate de uma precaução negada. Campinas, São Paulo. 2005, p.121.

ao Rio Atibaia, que abastece também as cidades de Americana e Sumaré, e limítrofe com áreas residenciais compostas basicamente por chácaras, a Unidade Organofosforados para a América Latina (OPALA) manuseava “DRINS e diversos outros agrotóxicos, além de sintetizar e formular organofosforados e piretróides”⁶. Muito embora a Companhia de Tecnologia de Saneamento Ambiental (CETESB) de São Paulo, em 1975, por intermédio do parecer nº 173, tenha considerado o potencial poluidor das instalações e a forma de tratamento dos resíduos decorrentes dos agrotóxicos organofosforados e organoclorados (lançados no Rio Atibaia após hidrólise e incineração, em casos de difícil tratamento)⁷, o Centro Industrial Shell Paulínia recebeu, em 1978, licença de funcionamento pela CETESB, mesmo tendo iniciado suas atividades no ano anterior. Pouco tempo após o início da efetiva produção, em 1979, brotavam as primeiras queixas provenientes da Refinaria de Paulínia da Petrobrás e da população habitante das cercanias da empresa a respeito dos odores dos poluentes originários dos incineradores e dos despejos de solventes orgânicos, das emanações de gases dos processos industriais e dos vazamentos residuais de até 100 mil litros de organoclorados de efluentes aquosos e orgânicos despejados no solo⁸ em face da insuficiência dos incineradores.

A bem da verdade, nesse interregno, três fatos recorrentes se interconectavam. O primeiro deles se subsume ao aumento da empregabilidade e dos níveis salariais da região. Instalada em um período de subsídios fiscais e de atrativos econômicos propiciados pelos governos militares, a Shell se diferenciava quanto à remuneração paga aos seus empregados – em relação ao mercado de trabalho na Região Metropolitana de Campinas – e aos benefícios proporcionados a seus familiares. A farta oferta de empregos, produzindo boa geração de renda por uma grande empresa multinacional consolidada no mercado, tinha como corolário a atração fácil de trabalhadores para postos de bons salários e de identificação social prestigiosa. Em 1985, já possuía 260 empregados e atividade industrial em funcionamento por 24 horas. Os outros dois fatos, aparentemente antitéticos, revelam uma estranha atuação do órgão ambiental do Estado de São Paulo: à medida que as reclamações de incômodos e de poluições ambientais aumentavam, tendo como efeito administrativo a lavratura de autos de infração e a constatação, por inúmeras vistorias, de emissão de poluentes na atmosfera em virtude da ausência do sistema de exaustão e de equipamentos de controles de poluentes, do funcionamento irregular do incinerador e do armazenamento inadequado dos resíduos tóxicos e de lançamento de efluentes no Rio Atibaia, licenças para a formulação de herbicidas eram solicitadas. A CETESB, em 1992, concedeu parecer favorável para a ampliação das instalações da empresa, visando à produção de borracha termoplástica⁹. Ora, se a Shell já demonstrava patentemente fortes indícios de contaminação ambiental, como o órgão estadual não lhe negou ampliação estrutural? E mais: sob o manto do Poder de Polícia Administrativa, qual a razão da não interdição das atividades?

⁶ Idem, p.125.

⁷ PIMENTA, Lucas. M. Caso Shell, Basf e Cyanamid no município de Paulínia-SP: análise de seus desdobramentos judiciais. 7ª Mostra Científica da Pós-Graduação Lato Sensu, v. 1, p. 912-930, 2012, p.19-20.

⁸ MELO, 2013, p.37.

⁹ REZENDE, op. cit.p.130.

Em 1995, parte da área industrial foi vendida para a American Cyanamid Co. Uma das cláusulas do contrato de compra e venda previa que a Shell realizaria uma avaliação do impacto ambiental e se responsabilizaria por eventuais danos devidamente constatados. Após a feitura do mencionado estudo, constatou-se a contaminação da água por organoclorados e do solo da fábrica por Dieldrin. Desta feita, a Shell realizou uma auto-denúncia à Curadoria do Meio Ambiente de São Paulo, por intermédio do Ministério Público do Estado de São Paulo, assinando um Termo de Ajustamento de Conduta, de forma que se responsabilizou, àquela época, pela reparação do dano causado com a construção de um Sistema de Recuperação da Qualidade do Aquífero, para controle do avanço da contaminação, além de se comprometer à elaboração de relatórios periódicos. No ano seguinte (1996), verificou-se que a água das proximidades da indústria estava imprópria para o consumo, fazendo com que a Shell fornecesse água potável para seus funcionários e para “(...) cinco chácaras residenciais do entorno. A empresa também adquiriu todas as plantações de legumes e verduras dessas chácaras”¹⁰. A descontaminação do ambiente tem sido acompanhada pelo Instituto de Química da Universidade de Campinas (UNICAMP) e a conclusão indica que “(...) mesmo após 20 anos, subsistem no solo e no lençol freático altos níveis de contaminação por compostos organoclorados, da classe dos DRINS (...)”, podendo a causa ser apontada “(...) não só pela toxicidade dos compostos lá produzidos, mas, também, da manipulação inadequada dos produtos pela empresa”¹¹.

Ainda que as constantes reclamações dos moradores da região quanto ao odor e à poluição da água fossem da ciência da companhia, somente no ano 2000, após estudos ambientais aferirem a contaminação das chácaras vizinhas, foram exigidas medidas emergenciais pela CETESB e pelo Ministério Público Estadual. Nesse mesmo ano, no mês de julho, a planta industrial foi vendida para a BASF S.A., tendo uma parcela restante sido adquirida pela Kraton Polymers S.A, mas o fato é que estudos posteriores a essa aquisição (realizados pelo Departamento de Medicina Preventiva e Social da UNICAMP) revelaram que a contaminação não se deu apenas no âmbito da sede da empresa, bem como concluíram haver danos à saúde dos trabalhadores, visto que os organoclorados atuam prejudicialmente sobre o sistema neurológico, cardiovascular, gastrointestinal e renal. Nesse sentido, os poluentes emitidos pela Shell são considerados substâncias químicas persistentes, voláteis/semivoláteis, bioacumulativas, mutagênicas e cancerígenas, causadoras de doenças de difícil tratamento ou cura, tendo os trabalhadores sido contaminados por inalação, ingestão e contato dérmico, de modo que a saúde dos trabalhadores das empresas Shell, Cyanamid e Basf foi avaliada pelo Centro de Referência em Saúde do Trabalhador, o qual reconheceu “(...) a superior incidência de câncer de tireoide em homens (166 vezes maior que a incidência na população mas-

¹⁰ MAEDA, F. M. ; FRANCO, R. C. L.. Danos Labor-Ambientais na jurisprudência brasileira: O caso Recanto dos Pássaros (Paulínia). In: Feliciano, Guilherme Guimarães; Urias, João. (Org.). Direito Ambiental do Trabalho: apontamentos para uma teoria geral. São Paulo: Ltr, 2013, v. 1, p.44.

¹¹ TARGA, Maria Inês Corrêa Cerqueira César. Contaminação do Bairro Recanto dos Pássaros em Paulínea (SP): Caso Shell/Basf. Revista da Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da 15ª Região, v. 4, p. 253, 2011.

culina de Campinas (...))”¹².

Em 2001, a Justiça do Estado de São Paulo determinou que a Shell removesse os moradores do entorno do Complexo, em particular do Recanto dos Pássaros, e as propriedades dos moradores interessados foram compradas pela empresa, tendo, em 2003, sido feita a remoção de todos os habitantes restantes do local em razão da enchente do Rio Atibaia. Um ano depois (2002), o Ministério do Trabalho e Emprego e o MPT da 15ª Região, em ação fiscalizatória conjunta, interditarão a fábrica, por oferecer riscos elevados à saúde dos trabalhadores, tempo em que a empresa Basf opta por encerrar as atividades e os trabalhadores são dispensados. No ano de 2004, o Ministério da Saúde, a pedido do MPT, analisou, aproximadamente, 30.000 laudas documentais que denunciavam a contaminação ambiental e a exposição dos trabalhadores a diversas substâncias nefastas à saúde, dentre elas compostos aromáticos, hidrocarbonetos halogenados e pesticidas. A contaminação espalhou-se para fora do ambiente de trabalho, sendo encontradas até vinte substâncias tóxicas, no solo subsuperficial, em níveis acima dos tolerados pela saúde humana, e outras quinze substâncias, incluído o benzeno (apto a ensejar problemas carcinogênicos, de sangue e de leucopenia) no lençol freático da região¹³. A ilação, em razão da exposição a tais substâncias, vai desde distúrbios de memória, dificuldade respiratória, além de reflexos em gerações posteriores, conforme já noticiados casos de má-formação congênita e de desenvolvimento de neoplasias malignas.

O MPT da 15ª Região, em 2007, juntamente com a ACPO, ajuizou ação civil pública em face das empresas Shell Brasil Ltda. e Basf S.A.¹⁴, sendo os principais pedidos relativos à tutela de direitos difusos e coletivos em sentido estrito, além de tutelas inibitórias e de ressarcimento de dano imaterial, quais sejam: a) condenação solidária das rés ao pagamento de indenização por danos morais coletivos no montante de 3% do lucro líquido obtido pelas demandadas em 2006, revertida ao Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT); b) plano de saúde vitalício a todos os trabalhadores que atuaram no Centro Industrial (incluídos terceirizados e autônomos), do início das atividades até o encerramento dessas, além dos familiares e todos os trabalhadores que prestaram serviços na chácara do bairro Recanto dos Pássaros; c) abstenção de exploração de qualquer atividade econômica na área contaminada pelas rés¹⁵. O valor da causa era de, aproximadamente, R\$ 622.200.000,00. Isso mesmo: mais de seiscentos milhões de reais. No mês de maio de 2007, habilitaram-se, como assistentes ativos na ação, o Instituto Barão de Mauá de Defesa das Vítimas e Consumidores Contra Entes Poluidores e Maus Fornecedores e a ATESQ¹⁶. Não obstante a participação dos sindicatos tenha sido mitigada

¹² Idem, p.255.

¹³ MELO, Luis Antonio Camargo de. O “Caso Shell-Basf” e a atuação do Ministério Público do Trabalho. Revista de Direito do Trabalho, São Paulo, v. 39, n. 151, p. 38, maio/jun. 2013.

¹⁴ No curso da ação, as empresas demandadas foram sucedidas pela Raizen Combustíveis S.A.

¹⁵ MAEDA e FRANCO, op. cit. p. 45.

¹⁶ O Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias dos Ramos Químicos, Farmacêuticos, Abrasivos, Plásticos e Similares de Campinas e Região e a ATESQ ajuizaram ação coletiva (Processo 0068400-59.2008.5.15.0126) articulada previamente em que se buscava a reparação de direitos individuais homogêneos, tanto morais quanto materiais sofridos pelos trabalhadores. A ação coletiva foi apensada à ação civil

em termos petitórios, visto que, por decisão da magistrada que conduzia o caso, apenas o MPT foi designado para peticionar, prestigiando o bom andamento do feito, a celeridade e a razoável duração do processo, a atuação dos entes coletivos se deu de forma ímpar quanto à individualização das vítimas, fato imprescindível à liquidação da ação.

As audiências foram adiadas por diversas vezes, em razão de frustradas tentativas de conciliação (a proposta apresentada pela empresa Shell foi de R\$ 2,5 milhões às entidades envolvidas na ação), inclusive com a participação de representantes do Sistema Único de Saúde, motivo pelo qual a tutela antecipada foi concedida – apenas parcialmente – em dezembro de 2008. A decisão que antecipou os efeitos da tutela determinava: 1) sob pena de multa diária, que as rés contratassem planos de saúde, sem carência, de abrangência nacional, em favor dos empregados e dos seus filhos (desde que tenham nascido no curso do contrato de trabalho ou após esse), dos terceirizados (que tenham prestado serviços no local do dano); 2) veiculação da notícia da decisão, pelas rés, em jornais de circulação local e nacional, a fim de conclamar pessoas envolvidas pela contaminação a se habilitarem nos autos; 3) divulgação da decisão em dois canais de televisão, em duas oportunidades, com interregno de dois dias, com a mesma finalidade do item anterior.

Da decisão interlocutória foram opostos embargos declaratórios (negados) e foi impetrado mandado de segurança no TRT da 15ª Região (parcialmente deferido). Após a instrução, o julgamento e uma série de tentativas das rés de postergar o curso da ação, a concretização dos efeitos da tutela pretendida fulmina a resolução do caso¹⁷ com a publicação da sentença, em agosto de 2010, condenando as rés, a título de dano moral coletivo, a suportar a quantia de R\$ 761.339.139,37, tendo o arbitramento da condenação total sido fixado em 1,1 bilhão de reais. O TRT da 15ª Região negou o recurso das reclamadas contra a decisão de primeira instância que condenou as rés a custear o tratamento de saúde dos ex-empregados, a arcar com os danos morais coletivos e a cobertura dos filhos dos empregados, autônomos e terceirizados nos termos já tratados. Do acórdão que manteve a condenação da sentença, as rés recorreram ao TST.

No TST, uma intensa rodada de reuniões conciliatórias foi realizada, com a participação enérgica do MPT e das partes envolvidas. Finalmente, em abril de 2013, os termos do acordo celebrado, no TST, ficaram definidos nos seguintes moldes: a) aproximadamente, R\$ 84 milhões, a título de danos morais individuais (70% do que fora consignado na sentença de primeiro grau); b) aproximadamente, R\$ 87 milhões, decorrentes da omissão na prestação de assistência médica durante o processo; c) R\$ 200 milhões de reais, a título de dano moral coletivo, revertidos em favor de pessoas jurídicas de reconhecido saber na área.

Toda a aflição, iniciada na década de 1970, até a finalização do caso, em 2013, suscita várias questões afeiçoadas ao tema de direitos humanos fundamentais do tra-

pública e julgadas numa mesma sentença.

¹⁷ Preliminares exaurientes sobre temas já pacificados na jurisprudência, mandados de segurança, agravo regimental, ações cautelares requerendo efeitos suspensivos para o recurso ordinário, reclamação correicional com pedido de liminar para a sustação dos efeitos da antecipação de tutela.

balhador, em singular aqueles que margeiam o direito a um meio ambiente salubre e seguro no desempenho das atividades. Dentre os temários aventados no caso em tela, emergem como desdobramentos mais contemporâneos ao mundo do trabalho, dentre eles o direito à informação do empregado que dialoga com o contrato de trabalho, a responsabilização objetiva do empregador no trato de questões ambientais trabalhistas e a aplicabilidade dos princípios do Direito Ambiental às relações de trabalho. Matérias transversais a esses temas, mas que com eles se interseccionam, de natureza material (prescrição) ou processual (competência da Justiça do Trabalho para apreciação de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos) também lapidam o estudo dos direitos humanos discutidos durante o curso do caso Shell-Basf e serão comentados a seguir.

2. Direitos Humanos Trabalhistas e o Caso Shell-Basf: os paradigmas jurídicos na proteção ao meio ambiente do trabalho

As discussões desencadeadas em termos de salubridade, de segurança e de saúde no meio ambiente de trabalho quanto ao processo Shell-Basf serviram para estabelecer, em definitivo, a competência da Justiça do Trabalho para ações calcadas em violações a direitos fundamentais atinentes à tutela da saúde do trabalhador e afirmar o meio ambiente do trabalho como um direito humano de observação objetiva pelo empregador. Com efeito, o diálogo e a intersecção entre as regras do direito ambiental e do direito do trabalho, mais que uma demonstração de unicidade encadeada dos fundamentos do Direito, complementam-se conceitualmente no sentido de conferir a maior amplitude semântica possível ao termo meio ambiente, de modo a abarcar as categorias do ambiente natural, do artificial, do cultural e do trabalho¹⁸.

Ciente de que o meio ambiente do trabalho compila tanto o local de trabalho (artificial ou construído) quanto o ambiente natural¹⁹, é possível defini-lo como um espaço físico onde são desenvolvidas atividades profissionais produtivas sujeitas a agentes químicos, físicos, biológicos, mecânicos, ergonômicos que, mediante associação ou isoladamente, “podem desencadear reações biopsicofisiológicas e sociais com repercussões na saúde, integridade física e na qualidade de vida do trabalhador”²⁰. Todavia, imperioso se torna alertar a respeito de dois aspectos relevantes nessa discussão que refletem o princípio norteador de abertura normativa do meio ambiente para cingir a totalidade dos destinatários (art. 225, caput, Constituição da República de 1988): primeiramente, porque a definição de trabalhador aqui não se restringe exclusivamente à relação de emprego, mas a maior plexo de possibilidades relacionais de labor, atividades remuneradas ou não, celetistas, autônomos, servidores públicos²¹, empregados terceirizados,

¹⁸ SILVA, José Afonso. Direito Constitucional Ambiental. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p.20. Nesse sentido, a Lei n. 6.931, de 31 de agosto de 1981, em seu artigo 3º, inciso I, definiu como meio ambiente “o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas”.

¹⁹ FERNANDES, Fábio. Meio Ambiente Geral e Meio Ambiente do Trabalho: uma visão sistêmica. São Paulo: LTr, 2009, p.33.

²⁰ GONÇALVES, Edwar Abreu. Segurança e Saúde no Trabalho. São Paulo: LTr, 2011, p.23.

²¹ MELO, 2013, p.29.

estagiários ou quaisquer pessoas que prestem algum tipo de serviço, mas que estejam inseridos no contexto desse ambiente de trabalho. Em segundo lugar, a definição de meio ambiente de trabalho não alcança apenas o local de trabalho, mas engloba “o local de trabalho, os instrumentos de trabalho, o modo da execução das tarefas e a maneira como o trabalhador é tratado pelo empregador ou tomador de serviço e pelos próprios colegas de trabalho”²².

Outra ponderação introdutória merecedora de comentário diz respeito à natureza jurídica do meio ambiente de trabalho e do bem ambiental no Direito Laboral. A distinção é imprescindível por repercutir no enquadramento geracional ou dimensional do direito humano correspondente e nas normas aplicáveis aos casos concretos, notadamente em relação aos órgãos competentes para sua elaboração. A bem da verdade, a origem do meio ambiente de trabalho adequado, seguro e salubre tem fundamento no interesse difuso, o típico direito ao meio ambiente equilibrado, voltado genericamente para o trabalhador cidadão. Observe-se que não se trata de direito humano intrínseco ao direito do trabalho e à sua formalização, mas de ordem coletiva, difusa, com um foco sanitário preventivo e protetor²³ e, por essa mesma razão, não se restringe aos regramentos previstos no Estatuto Celetista ou nas Normas Regulamentadoras do Ministério do Trabalho e Emprego. Antes, distintamente do Direito do Trabalho, cuja competência legislativa é privativa da União (art. 22, inciso I, CRFB/1988), as normas de Direito Ambiental do Trabalho estão definidas como de competência concorrente entre todos os entes federados (art. 24, incisos VI, VIII e XII, CRFB/1988) e a obrigatoriedade de cuidado da saúde e do meio ambiente é comum entre os entes (art. 23, II e VI).

Dito de outro modo, a proteção à vida do trabalhador no meio ambiente de trabalho é um direito individual seu, coletivo de sua categoria, mas difuso como espécie de direito humano, por sua infringência atingir a todos pulverizadamente, revelando-se como interesse metaindividual, com supedâneo principiológico na fraternidade, sem excluir a igualdade informadora do direito social ao trabalho e à liberdade que sustenta a vida do trabalhador. Por esse motivo afirma-se que os interesses difusos são, primariamente, pertencentes ao meio ambiente e às relações consumeristas, “[...], mas nada impede que um direito individual relativo à vida, à liberdade, assim como um social pertinente à educação ou saúde, por exemplo, venha a se manifestar difusamente”²⁴.

Diante das observações iniciais, resta cristalino que o epicentro de afirmação judicial dos direitos humanos, no caso em estudo, seria um meio ambiente seguro, salubre, adequado e equilibrado. É indiscutível que a ação estabeleceu um novo patamar de tutela ressarcitória, de indenização por danos morais coletivos, individuais e danos materiais individuais, de competência da Justiça Laboral para questões que envolvam o adoecimento de ex-trabalhadores e de filhos nascidos na constância ou após o término contratual, em face do risco genético e da atuação do MPT como defensor de interesses

²² MELO, p.29.

²³ FIGUEIREDO, 2000, p.239.

²⁴ CHAMBERLAIN, Marise M. Direitos ou interesses metaindividuais e sua classificação. LEITE, Carlos Henrique Bezerra (coordenador). Direitos Metaindividuais. São Paulo: LTr, 2004, p.46.

transindividuais. Contudo, algumas questões de relevo emergem, como: o recurso a regras internacionais de direitos humanos (e algumas específicas do mundo do trabalho) como fundamento decisório no caso concreto.

Em uma primeira vertente, urge dissecar acerca do meio ambiente equilibrado como obrigação preventiva, de vigilância e assecuratória ao trabalhador, proporcionada eminentemente pelo ente patronal, motivo pelo qual atrai para si a responsabilização objetiva pelos danos que vier a causar. A decisão de primeiro grau, em diversos momentos, até mesmo sob a forma de remissão à decisão conjunta dos Mandados de Segurança apresentados pelas rés, proferida pela Desembargadora Relatora do TRT da 2ª Região, Desembargadora Helena Rosa Mônaco Lins Coelho, acata o posicionamento que advoga pela indisponibilidade dos direitos (à vida e à saúde, por óbvio) discutidos na ação civil pública por se conectarem à proteção e à preservação do meio ambiente, assegurando-os para as gerações presentes e futuras. Destarte, para que o trabalhador tenha garantido o direito à vida, um dos consectários lógicos é o meio ambiente de trabalho seguro, sob pena de se esvaziar a capacidade de concreção plena daquele. Por isso, nos fundamentos da sentença de primeiro grau, há preocupação em reafirmar a vinculação entre saúde e ambiente de trabalho, em particular na aplicação do princípio da precaução como vetor preventivo de sinistros, além de pôr em contato os preceitos constitucionais, legais e internacionais que preconizam a dignidade, o valor social do trabalho, o direito à saúde e sua abrangência e o meio ambiente (do trabalho) equilibrado.

Nessa senda, o direito a um ambiente de trabalho adequado, visto como um direito humano, foi invocado desde seu fundamento filosófico – a dignidade humana – na Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana (1948), reputando-se aquela, a dignidade, como uma espécie de direito natural inspirador de todas as normas, independentemente do direito positivo estatal. A própria Declaração, embora de ordem programática não cogente, garante a segurança pessoal (Art. III) e as condições justas e favoráveis de emprego (Art. XXIII, item 1). Seguindo o mesmo espírito, o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, promulgado pelo Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992, no seu artigo 7º, alínea b, consigna o reconhecimento pelos Estados-Partes do direito de toda pessoa gozar de condições assecuratórias de segurança e higiene no trabalho. Cabe registrar, ainda, que, na sentença de primeiro grau, foi invocada a Declaração da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, de Estocolmo (1972), ao ratificar o ser humano como elemento central do desenvolvimento sustentável.

A produção e a utilização de produtos químicos no ambiente de trabalho oferece riscos capazes de vilipendiar a própria vida do trabalhador, correspondendo a um desafio para governos, sindicatos, empregadores e empregados compatibilizar a importância produtiva de pesticidas, fármacos e demais produtos químicos com o resguardo da saúde dos trabalhadores. A preocupação dos organismos internacionais com a proteção ao trabalho e à saúde tem sido substancial no afã de evitar a ocorrência de desastres industriais (originados, em regra, no ambiente de trabalho) e problemas futuros, a exemplo

do caso Shell-Basf e do caso Bhopal, na Índia²⁵. Por essa razão, ainda que a República Brasileira tenha participado de diversas Convenções e Conferências relacionadas com o meio ambiente do trabalho, os documentos mais relevantes são as Convenções e Recomendações da OIT, cuja finalidade é a fixação e a manutenção de standards mínimos de padrões trabalhistas com relação dialógica com a segurança e a saúde no trabalho (apesar de integrarem o conjunto de normas de direito ambiental aplicáveis ao mundo do trabalho)²⁶.

O segundo aspecto dos direitos humanos considerado no caso Shell-Basf aponta para a sinalização que deve ser considerada como tendência na proteção a direitos humanos e fundamentais: a internacionalização do direito estatal. Essa tendência implica que problemas detectados na ordem interna são discutidos nos fóruns internacionais e são pauta de preocupação dos órgãos encarregados da proteção dos direitos humanos, em particular no sentido de se normatizar problemáticas locais, mas que tendem a se repetir em ordenamentos alienígenas e, portanto, merecem uma atenção específica para que se mantenha um nível mínimo de padrões de direitos humanos na ordem interna. Além disso, nota-se um processo de integração entre o direito nacional, regional e internacional, a multiplicação de fontes normativas que ultrapassam o Estado-nação (descentralização de fontes) e um acúmulo de lógicas diferenciadas entre a ordem interna e externa, que reclamam novos métodos de solução de conflitos normativos ou jurisdicionais²⁷. Em adição a esse fenômeno, surge uma tensão entre a unidade do Direito Internacional e sua fragmentação, posto que se verifica um sensível aumento da quantidade de instrumentos normativos utilizados no âmbito internacional e o surgimento de vários órgãos de solução de controvérsias internacionais. Essa proliferação de regras e órgãos acaba por gerar um ambiente de autonomia e isolamento dos ramos imantado por uma jurisdicização sem uniformidade dos variados ramos do direito internacional²⁸. Ressal-

²⁵ Trata-se do maior acidente industrial registrado no mundo do trabalho. Em dezembro de 1984, em Bhopal (Índia) ocorreu um vazamento de 40 toneladas do gás metil isocianato, decorrência de uma reação química numa planta industrial. Os efeitos foram nefastos: logo após o acidente, mais de 3.000 pessoas faleceram, estima-se que, aproximadamente, 25.000 faleceram por conta da exposição com o gás, mais de 500.000 sofreram algum tipo de lesão corporal e sequelas e até hoje se registram níveis de contaminação ambiental e problemas genéticos nas gerações que sucederam os sujeitos contaminados (ILO, 2013, p.14)

²⁶ Destacam-se, sobre o meio ambiente de trabalho, a Convenção Nº 115 (Proteção contra Radiações), aprovada pelo Decreto Legislativo n. 2, de 7 de abril de 1964, a Convenção Nº 136 (Proteção contra os riscos de intoxicação pelo Benzeno), aprovada pelo Decreto Legislativo n. 76, de 19 de novembro de 1992, a Convenção Nº 139 (Prevenção e Controle de Riscos Profissionais causados por substâncias ou agentes cancerígenos), aprovada pelo Decreto Legislativo n. 3, de 7 de maio de 1990, a Convenção Nº 148 (Contaminação do Ar, Ruído e Vibrações), aprovada pelo Decreto Legislativo n. 56, de 9 de outubro de 1981, a Convenção Nº 155 (Segurança e Saúde dos Trabalhadores), aprovada pelo Decreto Legislativo n. 2, de 17 de março de 1992, a Convenção Nº 162 (Utilização de Amianto com segurança), aprovada pelo Decreto Legislativo N. 51, de 25 de setembro de 1989, a Convenção Nº 170 (Segurança no Trabalho com Produtos Químicos), aprovada pelo Decreto Legislativo n. 67, de 4 de maio de 1995, e a Convenção Nº 174 (Prevenção de Acidentes Industriais Maiores), aprovada pelo Decreto Legislativo n. 246, de 28 de junho de 2001.

²⁷ VARELLA, Marcelo D. Direito Internacional Público. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.27-33.

²⁸ LAGE, Délber Andrade. A Jurisdicionalização do Direito Internacional. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p.5-6.

te-se, ainda, que é no território nacional onde se manifestam as reais e mais relevantes controvérsias jurídicas, seja por não existir um território propriamente internacional, seja pela dificuldade de se implementar decisões efetivamente coercitivas.

Em outra linha, uma decorrência lógica do processo de internacionalização do direito aponta para a influência da ordem externa na confecção de normas internas por se tratar de uma escolha de política legislativa calcada nos valores eleitos fora dos limites nacionais. Veja-se o exemplo da Emenda Constitucional Nº 72, de 02 de abril de 2013²⁹: os mais desatentos podem crer que se trata de um avanço ou uma inovação peculiar do Estado Brasileiro em relação a esses trabalhadores, porém trata-se de manifestação local de uma decisão de proteção aos empregados domésticos no âmbito da OIT por força da Convenção 189, de 16 de junho de 2011.

Naquilo que toca ao recurso às normas internacionais internalizadas, no âmbito laboral, verificam-se sucessivos recursos a regras componentes de outras ordens jurídicas trabalhistas, principalmente a internacional capitulada pela OIT, como fonte decisória para proteção dos direitos tidos como parte integrante do patamar civilizatório mínimo existencial desse quadro. No Brasil, sobressaem algumas decisões do TST e dos Tribunais Regionais do Trabalho que empregam elementos da ordem jurídica internacional trabalhista para elaborar o decism. Digno de referência quanto ao tema é o Recurso de Revista- TST 77200-27.2007.5.12.0019³⁰. O Relator Ministro Vieira de Mello Filho recorreu ao art. 1ª da Convenção Nº 98 da OIT, ratificada pelo Brasil por meio do Decreto Legislativo nº 49/52, no julgamento do item referente à resolução do contrato de obreiros integrantes de movimento paredista. No mérito, negou a tese da justa causa e confirmou o dano moral imposto à reclamada, por analogia à Lei nº 9.029/95 (empregada pelo Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região em Recurso Ordinário). O argumento principal foi a relação de interdependência existente entre a ordem jurídica nacional e a ordem jurídica internacional, implicando a incorporação na legislação interna dos diplomas internacionais ratificados³¹.

Ainda que a República Federativa do Brasil tenha ratificado e aprovado as oito principais Convenções em vigor acerca de segurança e de saúde no trabalho, apenas duas foram utilizadas como *ratio decidendi* no caso Shell-Basf: a Convenção Nº 139, na apreciação do Mandado de Segurança que atacava a concessão da tutela antecipada, e

²⁹ Altera a redação do parágrafo único do art. 7º da Constituição Federal para estabelecer a igualdade de direitos trabalhistas entre os trabalhadores domésticos e os demais trabalhadores urbanos e rurais.

³⁰ RECURSO DE REVISTA DA RECLAMADA - CONDUTA ANTISSINDICAL - DEMISSÃO POR JUSTA CAUSA DE PARTICIPANTE DE GREVE - CONVENÇÃO Nº 98 DA OIT - INTEGRAÇÃO DAS DISPOSIÇÕES DA ORDEM JURÍDICA INTERNACIONAL AO ORDENAMENTO JURÍDICO INTERNO - INDENIZAÇÃO POR PRÁTICA DISCRIMINATÓRIA. – RR - 77200-27.2007.5.12.0019. Rel.: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho. Julgamento: 15/02/2012. Publicação: DEJT 24/02/2012.

³¹ Cf. LUCENA FILHO, Humberto Lima de. Os paraísos normativos e a proteção aos direitos trabalhistas: perspectivas sob a lente da transjuridicidade. In: Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito/Universidade Nove de Julho. Nascimento, Grasielle Augusta Ferreira; Misailidis, Mirta Gladys Lorena Manzo de; Silva, Lucas Gonçalves da. (Org.). Direito do Trabalho I - Sociedade Global e seus impactos sobre o estudo e a efetividade do Direito na contemporaneidade. 1. ed. Florianópolis/SC: FUNJAB, 2014, v. 1, p. 496-525.

seu art. 5º, o qual estabelece como obrigação do Estado-Membro que ratificar a referida Convenção a tomada de providências para que seus trabalhadores sejam submetidos a exames periódicos, demissionais e pós-contratuais a avaliar a exposição ou o estado de saúde em relação a riscos profissionais; a Convenção Nº. 155, na sentença de primeiro grau, que visou definir a saúde laboral não apenas como a ausência de enfermidades, mas também a de elementos físicos e mentais que afetem a saúde e se relacionem com a segurança e a higiene do trabalho (art. 3º, alínea a), bem como fazer remissão à política nacional do meio ambiente (art. 4º, item 2). A alusão a esses documentos convencionais serviu de substrato à determinação do nexos entre as atividades desempenhadas pelos trabalhadores e os danos causados e a obrigatoriedade de concessão do plano de saúde vitalício, com fins de concretizar o acompanhamento da saúde tangente aos riscos ambientais a que os trabalhadores foram expostos.

Uma aferição feita a partir da observação das discussões lancetadas aponta no sentido da ainda tímida utilização do Direito Convencional da OIT como fonte formal do Direito Judicial do Trabalho. A rica normatização internacional está na agenda do magistrado contemporâneo e revela que o bom direito não pode olvidar os avanços de seu tempo. O caso Shell-Basf, embora tenha sido encerrado sob a forma de conciliação judicial, foi paradigmático por firmar a defesa de direitos coletivos e difusos no âmbito do ambiente laboral, notadamente o reconhecimento do papel do Ministério Público do Trabalho na tutela de interesses que envolvam a coletividade dos trabalhadores e a fixação da competência material da Justiça do Trabalho.

É verdade que o ordenamento jurídico nacional contempla uma vasta gama de regras constitucionais, ordinárias e regulamentares que reafirmam o direito humano à saúde, ao meio ambiente equilibrado e à hibridização desses na figura do meio ambiente de trabalho equilibrado como suporte de concreção da saúde do trabalhador. Essas disposições são de amplo conhecimento, motivo pelo qual não foram esmiuçadas no presente trabalho. Em outra via, a referência ao Direito Convencional e às decisões de casos semelhantes ao Shell-Basf prolatadas por Cortes de outros Estados foi precária ou mesmo inexistente. É sempre de bom alvitre lembrar que o Brasil, porquanto Estado Parte da OIT e signatário de todas as Convenções arroladas, ecoa na comunidade internacional com seu compromisso público de zelar pela integridade de seus cidadãos trabalhadores e pela promoção do trabalho decente. Violações aos direitos humanos como a do caso Shell-Basf são raras, em termos das vítimas afetadas e dos valores envolvidos, o que significa uma oportunidade para demonstrar aos organismos internacionais e nacionais de proteção e de defesa dos trabalhadores que o Brasil está em sintonia com os acontecimentos e as preocupações que afligem a comunidade internacional relativamente ao mundo do trabalho. A elaboração das Convenções da OIT segue o modelo tripartite, com observância do princípio da representatividade democrática dos atores interessados no conteúdo dessas regras e são incorporadas pelo Brasil como regras supralegais, gozando, portanto, de status privilegiado diante de previsões celetistas ou regulamentares. A fundamentação das decisões judiciais com lastro em regras internacionais, além de prover jurisdicional e argumentativamente o caso concreto, situa-se como instru-

mento de declaração política do Poder Judiciário Trabalhista, que, historicamente, sempre foi vanguardista na aplicação e na interpretação do Direito Internacional Público.

Conclusão

O caso Shell-Basf deve ser considerado um divisor de águas na seara dos Direitos Humanos tratados pela Justiça Obreira. Várias vidas ceifadas, outras ainda sofrendo os funestos efeitos biológicos da contaminação ambiental provocada pelas empresas demandadas, além dos danos causados àqueles que ainda nem mesmo nasceram. Eis o fruto de uma política trabalhista divorciada da mínima noção de respeito ao ser humano. Continuar a produção e o manejo de substâncias sabidamente nocivas à saúde humana, sob o lastro de uma suposta legalidade ou ausência de regramento específico acerca da possibilidade de comercialização dos pesticidas originários da categoria DRIN, é uma patente demonstração de dois fenômenos sócio-econômico-jurídicos que têm sido recorrentes, nas hodiernas relações comerciais, e que afetam diretamente as relações de trabalho: o *Race to the Bottom* (também conhecido pelo eufemismo *Race to the Efficiency*) e a afirmação de princípios mais basilares do Direito, cuja remissão retoma fundamentos jusnaturais, tais como a necessidade de proteção à vida em todos os seus aspectos, ainda que não haja regramentos específicos que proibam circunstâncias de risco para a manutenção desse bem jurídico mais essencial do ser humano.

A corrida ao fundo do poço (ou pela eficiência), seja no viés da busca por Estados com legislações omissas ou fiscalizações precárias das condições laborais e ambientais ou no âmbito do abraço com o risco deliberado e contabilização – em passivos empresariais – da sonegação de direitos mínimos insculpidos nos sistemas jurídicos dos mencionados países, não tem sido estéril. Constantemente, noticiam-se acidentes de trabalho e ambientais com ecos na saúde de trabalhadores e de terceiros que nenhuma relação jurídica possuem com os poluidores ou os responsáveis pelos sinistros. O lucro, instituto mais legítimo e necessário ao modelo capitalista da livre iniciativa, não é excludente do direito de existir, de viver saudavelmente ou de laborar em condições salubres e seguras. No caso em foco, verificou-se uma absoluta indiferença com o princípio da precaução, prestigiando-se meramente o binômio poluidor-pagador, relativizado, in casu, em face da conciliação celebrada no TST sobre direitos a todo o tempo designados como indisponíveis (?).

De toda forma, a conclusão que exsurge sob a lente de uma análise mais sistemática se posiciona numa afirmação do direito ao meio ambiente adequado, seguro e salubre, não só como boa intenção e de literalidade romântica nos documentos internacionais programáticos e de tutela aos direitos humanos, mas antes como causa de atuação enérgica a todos os órgãos intra e extraestatais. É de bom alvitre sublinhar que as contaminações se sucederam num período de quase trinta anos, sob a suposta vigilância dos órgãos responsáveis pela fiscalização e vigilância do meio ambiente. O fruto dessa ineficiência administrativa também pode dar azo a outro questionamento: os limites da omissão e da debilidade estatal na consecução de suas atividades a envolver diretamente

o resguardo de interesses metaindividuais. Irredutivelmente, as empresas Shell e Basf são responsáveis não meramente pelo vazamento dos ventilados compostos cancerígenos, como também pelo esvaziamento de qualquer elemento dignitário no tratar de seus empregados, contrariando toda a construção axiológica e moralmente utilitarista do labor.

Por derradeiro, aponta-se que, embora timidamente, a defesa do direito humano à saúde do trabalhador ganhou algum espaço pela adoção de uma decisão que recorresse às Convenções da OIT como fonte formal direta no caso em discussão. Essa forma de ver o Direito pressupõe a rejeição da parquialidade de sua interpretação, integração e aplicação no sentido de uma inexorável realidade em que as regras e os sistemas jurídicos, mesmo aparentemente isolados, imbricam-se numa linguagem lógica de complementação e de troca de influências. Nesse aspecto, as normas internacionais, especificamente as notabilizadas pela modelagem da convencionalidade da OIT³², contribuem diretamente para o reforço e o robustecimento da efetivação de direitos fundamentais do empregado. Espera-se que a multi/pluridimensionalidade jurídica das normas internacionais e nacionais de Direito ganhe consistência, num futuro próximo, para enriquecer a ratio decidendi e conferir um tom de sintonia nacional com os avanços jurisprudenciais que a modernidade impõe. De igual modo, também se erige uma baliza pedagógica pelos substanciais valores que enredaram o encerramento do caso Shell-Basf para que fatos e condutas como as das empresas reclamadas não integrem o cotidiano das futuras gerações, resumindo-se apenas a uma vergonhosa lembrança a servir de exemplo para um transmutar de mentalidade.

Referências

CHAMBERLAIN, Marise M. Direitos ou Interesses Metaindividuais e sua Classificação. LEITE, Carlos Henrique Bezerra (coordenador). Direitos Metaindividuais. São Paulo: LTr, 2004, p.37-52.

FERNANDES, Fábio. Meio Ambiente Geral e Meio Ambiente do Trabalho: uma visão sistêmica. São Paulo: LTr, 2009.

FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. Direito Ambiental e Saúde dos Trabalhadores. São Paulo: Saraiva, 2003.

GONÇALVES, Edwar Abreu. Segurança e Saúde no Trabalho. São Paulo: LTr, 2011.

INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION – ILO. Disponível em: <www.ilo.org>. Acesso em: 24 mai. 2014.

_____. Safety and Health in the use of Chemicals at Work. Turin: ILO,

³² Ressalte-se que a OIT, além de dispor das Convenções, atua por intermédio das Recomendações, as quais funcionam como verdadeiros nortes na adoção de padrões trabalhistas e ambientais (laborais). No caso Shell-Basf, não se verificou a alusão a tais Recomendações, mesmo sendo essas a gênese embrionária de futuras Convenções sobre distintos temários e fruto de pesquisas, de investigações e de mutação compreensiva acerca de aspectos peculiares do mundo do trabalho.

2013. Disponível em: <http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---safework/documents/publication/wcms_235085.pdf>. Acesso: em 02 jun. 2014.

LAGE, Délber Andrade. A Jurisdicionalização do Direito Internacional. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

LUCENA FILHO, Humberto Lima de. Os paraísos normativos e a proteção aos direitos trabalhistas: perspectivas sob a lente da transjuridicidade. In: Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito/Universidade Nove de Julho. Nascimento, Grazielle Augusta Ferreira; Misailidis, Mirta Gladys Lorena Manzo de; Silva, Lucas Gonçalves da. (Org.). Direito do Trabalho I - Sociedade Global e seus impactos sobre o estudo e a efetividade do Direito na contemporaneidade. 1. ed. Florianópolis/SC: FUNJAB, 2014, v. 1, p. 496-525.

MAEDA, F. M. ; FRANCO, R. C. L.. Danos Labor-Ambientais na jurisprudência brasileira: O caso Recanto dos Pássaros (Paulínia). In: Feliciano, Guilherme Guimarães; Urias, João. (Org.). Direito Ambiental do Trabalho: apontamentos para uma teoria geral. 1. ed. São Paulo: Ltr, 2013, v. 1, p. 43-58.

MELO, Luis Antonio Camargo de. O “Caso Shell-Basf” e a atuação do Ministério Público do Trabalho. Revista de Direito do Trabalho, São Paulo, v. 39, n. 151, p. 33-47, maio/jun. 2013.

MELO, Raimundo Simão de. Direito Ambiental do Trabalho e a Saúde do Trabalhador. Sed. São Paulo: LTr, 2013.

PIMENTA, Lucas. M.. Caso Shell, Basf e Cyanamid no município de Paulínia-SP: análise de seus desdobramentos judiciais. 7ª Mostra Científica da Pós-Graduação Lato Sensu, v. 1, p. 912-930, 2012.

REZENDE, June Maria Passos. CASO SHELL/CYANAMID/BASF: epidemiologia e informação para o resgate de uma precaução negada. Campinas, São Paulo. 2005.

SILVA, José Afonso. Direito Constitucional Ambiental. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

TARGA, Maria Inês Corrêa Cerqueira César. Contaminação do Bairro Recanto dos Pássaros em Paulínia (SP): Caso Shell/Basf. Revista da Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da 15ª Região, v. 4, p. 252-303, 2011.

VARELLA, Marcelo D. Direito Internacional Público. 4.ed. São Paulo: Saraiva. 2012.

Capítulo II

RACISMO E RELAÇÕES DE TRABALHO NA COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS: CASO DINIZ X BRASIL (DECISÃO, 2006)

Roberto Comporto¹

Introdução

No dia 3 de março de 2007, o Caso Simone André Diniz² levou a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH)³ a publicar no seu relatório anual⁴ uma decisão de mérito contra o Estado do Brasil depois de quatro anos da aprovação do relatório de admissibilidade e de uma tentativa de solução amistosa para o citado caso. Entender o Caso Simone André Diniz é um ponto positivo e somatório para o debate da necessidade dos Direitos Humanos, prevalecendo também nas relações trabalhistas, uma vez que muitos direitos são drasticamente burlados e ultrapassados quando o cenário é o ambiente de trabalho.

Assédio moral, humilhações, danos dos mais diversos tipos, discriminações, demissões sem justificativa, condições escravagistas de trabalho, esses são somente alguns dos cenários destacados quando o assunto é Direitos Humanos e o ambiente de trabalho, e nesse sentido o caso Simone André Diniz pode ser visto como um ícone da falta de acesso à justiça no Brasil quando ao assunto é discriminação racial no ambiente de trabalho, o que vem claramente a desrespeitar os Direitos Humanos considerados básicos, afinal não conseguir uma vaga de emprego devido a sua cor de pele é no mínimo um cenário degradante para a sociedade de forma geral.

É com o intuito de auxiliar na compreensão da discriminação racial no ambiente do trabalho como ultraje aos Direitos Humanos que se constrói este capítulo através de três passos distintos: a descrição do caso, a análise dos fatores que incorporam o caso e a conclusão e impacto do caso tanto nas relações trabalhistas como no cenário dos Direitos Humanos.

¹ Professor Universitário e de Cursos Preparatórios para Concursos e Exame da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), Advogado militante na área trabalhista. Mestrando em Direito pela Universidade Católica de Santos, Pós-graduado em Direito do Trabalho e Docência do Ensino Superior pela Universidade de São Paulo. Pesquisador da Universidade Católica de Santos. Autor do livro Como se preparar para o Exame de Ordem e Estudo Elementar do Direito do Trabalho. Vice-Presidente da Comissão de Direitos Humanos OAB/São Bernardo do Campo. Palestrante. Contatos: robertocomporto@yahoo.com.br.

² CIDH. Caso Simone André Diniz vs. Brasil, petição 12.001. Aprovado pelo Relatório 66/06, em 21 de novembro de 2006.

³ Doravante também referida como Comissão Interamericana ou Comissão, além de CIDH.

⁴ Organização dos Estados Americanos (OEA)/Ser. L/V/II. 127 Doc. 4 rev., 13 de março de 2007.

1. O Caso Simone André Diniz

O caso Simone André Diniz é considerado um marco contencioso internacional contra o Brasil, analisando a discriminação racial no ambiente de trabalho dentro do cenário do Direito Internacional dos Direitos Humanos. O Sistema Interamericano, mesmo apresentando uma crescente jurisprudência sobre a igualdade racial frente a oportunidades de trabalho, julgou poucos casos ligados à discriminação racial. O caso Simone André Diniz é relevante em sua abrangência jurídica, trabalhista e social, levando a discriminação individual da vítima a um padrão de discriminação racial, com atenção especial aos obstáculos legislativos e jurisprudenciais nacionais que, por muitas vezes, impedem vítimas diversas de sanarem as violações passadas.

Simone André Diniz, sendo candidata a uma vaga de empregada doméstica em São Paulo, procurou ofertas de emprego em classificados do jornal Folha de S. Paulo, achando em tempo oportuno o seguinte anúncio: “Doméstica. Lar. P/morar no empr. C/ exp. Toda rotina, cuidar de crianças, c/docum. e ref.; Pref. Branca, s/filhos, solteira, maior de 21a. Gisele”.

Mesmo vendo a alusão a “preferencialmente uma pessoa branca no anúncio”, Simone ligou para o número indicado no referido anúncio, confirmando então que pelo único fato de ser negra não poderia concorrer a tal vaga. Sem conseguir se resignar com o ultraje dramático sofrido nesse momento, Simone se voltou à Subcomissão do Negro da Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional São Paulo (OAB-SP), denunciando a discriminação sofrida. A vítima também se fez presente na Delegacia de Crimes Raciais apresentando notícia-crime, instaurando Inquérito Policial para que fosse possível apurar as violações ao artigo 20 da Lei 7.716, de 1989. O delegado de polícia tomou os depoimentos da pessoa que redigiu o anúncio, do esposo desta e da senhora que, atendendo o telefonema da vítima, lhe passou a informação de que por ser negra não poderia concorrer à vaga em questão.

Em seguida, o delegado organizou o relatório sobre a notícia-crime, remetendo-o para o juiz de direito competente, dando ciência ao representante do Ministério Público, que opinou pelo absurdo arquivamento do processo, alegando que:

[...] não se logrou apurar nos autos que Aparecida Gisele tenha praticado qualquer ato que pudesse constituir crime de racismo, previsto na Lei 7.716/89 [...] e que não havia nos autos [...] qualquer base para o oferecimento de denúncia.

Tendo em mãos esse notório parecer, o juiz de direito prolatou uma sentença de arquivamento, acolhendo esses acima citados argumentos do Ministério Público, extinguindo assim o feito. Obviamente não satisfeita com a decisão, a vítima procurou a ajuda de um grupo de organizações não governamentais consagradas na colaboração com a causa negra, buscando ainda a ajuda do Sistema Interamericano, que por sua vez apresentou denúncia perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

2. O Trâmite do Caso na Comissão Interamericana de Direitos Humanos

Na denúncia⁵ que foi encaminhada pelo Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL) e pela Subcomissão do Negro da Comissão de Direitos Humanos da OAB-SP, solicitou-se à Comissão Interamericana de Direitos Humanos que imputasse ao Brasil as violações dispostas pelos dos artigos 1º⁶, 8º⁷, 24⁸, 25⁹ da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH). Igualmente, em função do artigo 29¹⁰ dessa Convenção, solicitaram os peticionários que se afirmassem violações aos dos artigos 1º¹¹, 2.1.a¹² e, em função do artigo 29 desse mesmo instrumento, dos artigos 1º, 2º (a), 5º (a)(I) e 6º da Convenção Internacional para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (CERD).

A denúncia foi devidamente recebida pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos na data de 7 de outubro de 1997. Em abril de 1998, o Brasil foi notificado para que em noventa dias respondesse aos fatos e argumentos da denúncia. Em maio de 1998, o Brasil enviou uma nota à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, expondo suas considerações iniciais acerca do caso, comprometendo-se de imediato a enviar adicionais informações sobre o caso. Em de outubro de 1998, os peticionários demandaram a inclusão do Instituto do Negro Padre Batista como sendo um copeticionário da referida denúncia. Ainda em novembro, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos reiterou ao Brasil o pedido anterior de mais informações, concedendo-lhe um período de trinta dias para respostas, sendo que em dezembro o Brasil apresentou sua resposta sobre a denúncia.

Assim, um relatório de admissibilidade foi publicado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, mas isso apenas em 2002, por meio do Relatório 37, de 2002, decidindo que era competente para avaliar o mérito do caso¹³. Ainda em dezembro, os peticionários requereram prorrogação do caso para despachar suas observações. Em janeiro de 2003, a Comissão Interamericana outorgou prazo adicional de sessenta dias aos peticionários. Em fevereiro de 2003, os peticionários solicitaram nova prorrogação de mais um mês para a emissão de seus argumentos. Em maio de 2003, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos enviou parecer se dizendo à disposição das partes para começar um processo de solução amistosa, fixando assim um prazo de trinta dias para

⁵ De forma diversa ao significado no direito brasileiro, no sistema interamericano, a denúncia é uma petição inicial solicitando à CIDH uma abertura de um procedimento considerado contencioso contra certo Estado-Membro da OEA.

⁶ Obrigação geral de garantir os direitos.

⁷ Proteção judicial.

⁸ Igualdade perante a lei.

⁹ Garantias judiciais.

¹⁰ Normas de interpretação.

¹¹ Definição de discriminação.

¹² Proibição do apoio às práticas discriminatórias.

¹³ CIDH. Caso Simone André Diniz vs. Brasil. Petição 12.001, aprovado pelo Relatório 66/06, em 21 de novembro de 2006.

seu começo¹⁴. Em julho do mesmo ano, o Brasil enviou seus comentários, manifestando interesse em começar uma solução amistosa, de modo que a Comissão Interamericana de Direitos Humanos determinou um prazo de quinze dias para se manifestarem acerca da proposta combinada, gerando o começo do processo amistoso em de agosto daquele ano.

Em dezembro, os peticionários informaram à Comissão Interamericana de Direitos Humanos sua abdicação do procedimento amistoso, devido à falta de proposta por parte do Brasil. O governo, em janeiro de 2004, requer uma audiência para o 119º período de sessões na Comissão Interamericana, requerendo em seguida, em fevereiro, prorrogação da audiência para o 120º período. Depois da audiência e dos outros trâmites, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos anuncia o relatório 66, de 2006, contendo a decisão acerca do mérito do caso¹⁵. O que se pode entender nesse sentido é que os peticionários alegaram que o Brasil não garantiu o exercício do direito à justiça e do devido processo legal, falhou muito na condução dos recursos internos para analisar a discriminação racial sofrida por Simone André Diniz, descumprindo a obrigação de afiançar o exercício dos direitos previstos na Comissão Interamericana de Direitos Humanos. O Brasil prestou informações afirmando que o Poder Judiciário já havia emitido uma sentença decisória do assunto objeto da presente denúncia e que, segundo Brasil, o caso apresentado não era uma violação de direitos humanos. Assim, a Comissão chega à conclusão de que o Brasil é responsável pela violação ao direito à igualdade frente à lei, frente à proteção judicial e às diversas garantias judiciais respectivamente consagradas nos artigos 24, 8 e 25 da Convenção Americana. A Comissão determina então que o Brasil violou a obrigação que impõe o artigo 1(1) de reverenciar e garantir os direitos consagrados na Convenção.

Enfim, a CIDH efetua as recomendações pertinentes ao Estado brasileiro citando as recomendações e decisões abaixo expostas:

1	Reparar plenamente a vítima Simone André Diniz, considerando tanto o aspecto moral como o material, pelas violações de direitos humanos determinadas no relatório de mérito.
2	Reconhecer publicamente a responsabilidade internacional por violação dos direitos humanos de Simone André Diniz.
3	Conceder apoio financeiro à vítima para que esta possa iniciar e concluir curso superior;

¹⁴ Idem.

¹⁵ Ibidem.

4	Estabelecer um valor pecuniário a ser pago à vítima a título de indenização por danos morais;
5	Realizar as modificações legislativas e administrativas necessárias para que a legislação anti-racismo seja efetiva, com o fim de sanar os obstáculos demonstrados nos parágrafos 78 e 94 do presente relatório;
6	Realizar uma investigação completa, imparcial e efetiva dos fatos, com o objetivo de estabelecer e sancionar a responsabilidade a respeito dos fatos relacionados com a discriminação racial sofrida por Simone André Diniz;
7	Adotar e instrumentalizar medidas de educação dos funcionários de justiça e da polícia a fim de evitar ações que impliquem discriminação nas investigações, no processo ou na condenação civil ou penal das denúncias de discriminação racial e racismo;
8	Promover um encontro com organismos representantes da imprensa brasileira, com a participação dos peticionários, com o fim de elaborar um compromisso para evitar a publicidade de denúncias de cunho racista, tudo de acordo com a Declaração de Princípios sobre Liberdade de Expressão;
9	Organizar Seminários estaduais com representantes do Poder Judiciário, Ministério Público e Secretarias de Segurança Pública locais com o objetivo de fortalecer a proteção contra a discriminação racial e o racismo;
10	Solicitar aos governos estaduais a criação de delegacias especializadas na investigação de crimes de racismo e discriminação racial;

Tornam-se visíveis nos processos e datas acima citados as muitas ações que mostram o pouco caso do Brasil com a ação promovida pela vítima, de forma que Simone, tentando prorrogações infundáveis e não gerando um pronunciamento digno a respeito do caso, agravou ainda mais a imagem do Brasil como um país sem a prevalência de respeitar os Direitos Humanos básicos de seus cidadãos, provocando problemas judiciais e efetivando sua imagem de ausência de acesso à justiça de forma rápida e eficiente. Nota-se visível impunidade no cenário brasileiro, pois diante das considerações finais e punições aplicadas pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos ao Brasil, nada se fez para realmente indenizar e ressarcir Simone da grave ofensa aos seus direitos humanos e trabalhistas. Abaixo passa-se a destacar então os aspectos jurídicos do caso.

3. Ausência de Acesso à Justiça e Esgotamento de Recursos Internos

Nesse ponto ressalta-se a decisão da Comissão Interamericana de Direitos Humanos sobre o esgotamento dos recursos internos, sendo que mesmo que o processo interno não tenha sido levado aos tribunais brasileiros, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos abrigou o argumento dos peticionários, alegando que no direito brasileiro não cabe recurso judicial contra uma sentença que elimina o processo sem a apreciação do mérito, necessitando-se trazer fatos e provas novas para se começar outro processo penal. O Estado brasileiro não contrapôs tal argumento, o que levou a Comissão Interamericana de Direitos Humanos a entendê-los como verdadeiros. Assim, mesmo respeitando as considerações específicas acerca do processo penal brasileiro, o que o Sistema Interamericano leva em conta é uma possibilidade real de as vítimas consumirem os recursos internos.

Com assiduidade, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos acolheu casos com base em ressalvas à regra geral de esgotamento, a saber: falta de recursos na legislação nacional para resolver a violação em questão; a impossibilidade da vítima de ter acesso a recursos da jurisdição interna, ou tiver ela sido impedida de esgotá-los; e a demora injustificada na decisão dos recursos interpostos pela vítima¹⁶. Portanto, o que se entende é que a Corte é acionada em casos em que a vítima e sua ofensa aos seus direitos humanos não ignorados, não tendo ela recursos para levar o caso aos altos tribunais brasileiros, não tendo acesso real à justiça e sendo sumariamente ignorada em grande parte de seus apelos. Observa-se que essa é uma constante no Brasil, onde na seara trabalhista se a vítima conseguir acesso à justiça e conseguir indenização, sana-se em parte a ofensa, mas em alguns casos se a indenização não for por algum motivo paga ou se a vítima não conseguir chegar até os processos judiciais, tudo se perde no ar e seus direitos são soterrados e esquecidos mostrando com forte tendência a impunidade com relação a muitos dos direitos humanos no cenário judicial brasileiro¹⁷.

Em relação ao acesso à justiça, foco principal do caso Simone que levou o caso à Corte, cita-se que segundo Marcacini¹⁸, “inúmeros fatores materiais fazem com que, na prática, o acesso à justiça não se verifique de maneira igual para todos, ou sequer haja, de fato, o acesso de todos”. Reafirma que:

Não pode o jurista contentar-se com a mera existência das garantias, no plano normativo, se a finalidade destas normas não é alcançada. Assim, tendo atenção voltada para a realização da justiça, não se pode ignorar que as inúmeras garantias concedidas pelo ordenamento muitas vezes não vão além do papel em que

¹⁶ Ver RAMOS, André de Carvalho. Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

¹⁷ PIOSEVAN, Flávia. Direito Internacional dos Direitos Humanos e Igualdade Étnico-Racial. Revista Eletrônica NeabBrasil, v. 1, nº 1, p. 1-38, 2008.

¹⁸ MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. Assistência Jurídica, Assistência Judiciária e Justiça Gratuita. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 21.

foram escritas. Necessário se faz identificar as causas pelas quais as garantias não se efetivam na prática, para em seguida, buscar meios de neutralizá-las.

Quanto ao que dificulta o acesso à justiça, Cappelletti e Garth¹⁹ identificam diversas barreiras, no império de três grupos: a) as custas judiciais; b) as possibilidades das partes; e c) os problemas relacionados com os interesses difusos.

Segundo Marcacini²⁰, “o problema das custas judiciais se destaca nas causas de pequeno valor, pela desproporção que gera entre o bem da vida pleiteado e as despesas do processo”. Prossegue o autor:

Em casos tais, não se mostra financeiramente viável, para qualquer pessoa, rica ou pobre, pleitear em juízo o pretendido direito, na medida em que os gastos com advogados e com o pagamento das custas processuais, se não superam, em muito se aproximam do valor econômico do objeto litigioso. Desta forma, o ingresso em juízo não é compensatório.

Ainda para o mesmo autor, dificuldade de proteção a interesses difusos ou coletivos aparece como outra barreira. Marcacini²¹ menciona a diferença de possibilidades entre as partes como mais um fator inibidor do acesso à justiça, dando ênfase em especial à falta de recursos e falta de informação. Para o autor, apesar de a justiça ser, no plano legal, acessível a todos aqueles que a ela se dirijam, o ingresso em juízo é custoso. E a realidade demonstra que não são todos os que podem arcar com os custos de uma demanda judicial, incluindo-se os gastos com o processo e os honorários de advogados. Para amplas camadas da população, a ideia de litigar em juízo, consultar um advogado, aparece como algo inatingível, como um privilégio desfrutado tão somente por quem possa pagar pelo serviço. Além disso, como a falta de recursos vem, muitas vezes, com a falta de informação, o acesso à justiça é obstado até mesmo pelo fato de o pobre desconhecer que tenha direitos a pleitear, ou que possa ter sucesso na tarefa de lutar por seus direitos²². No entender do autor supracitado, as barreiras culturais são mais difíceis de serem superadas do que as de natureza econômicas. Pois se porventura se vier a isentar o carente das despesas com o processo e a fornecer-lhe de forma gratuita um advogado para defesa de seus interesses, restará afastada a barreira econômica. Para Marcacini²³, “as barreiras culturais só serão afastadas de fato na medida em que o nível sociocultural da população evoluir”.

¹⁹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. Acesso à Justiça. Ellen Gracie Northfleet (trad.). Porto Alegre: Antonio Fabris, 2008, p. 112.

²⁰ MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. Assistência Jurídica, Assistência Judiciária e Justiça Gratuita. Rio de Janeiro: Forense 2009, p. 21.

²¹ MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. Op. cit., p. 29.

²² ANNONI, Danielle. Direitos Humanos & Acesso à Justiça no Direito Internacional: responsabilidade internacional do Estado. Curitiba: Juruá, 2005, p. 94.

²³ MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. Op. cit., p. 22.

4. Discriminação e Relações Conturbadas no Cenário Trabalhista Frente ao Preconceito Racial

A Constituição Federal de 1988, ao indicar punição para os crimes de discriminação racial, implica a interpretação do princípio da igualdade. Ampliando a obrigação do Estado de fazer ou não fazer, possibilita a ele uma atuação baseada em normas não constitucionais, atentando sobre os direitos e liberdades fundamentais. Dessa forma, pode-se deduzir que, a fim de não caracterizar a interpretação da Lei Constitucional como discriminatória, o legislador insere como princípio do Estado Democrático de Direito as políticas de promoção da igualdade ou de não discriminação. A última traria em si o aspecto negativo ou repressivo, desde o momento em que proíbe e sanciona, por meio de outras leis, a discriminação. Esse caráter negativo, no entanto, trazido pelas leis penais, está longe de ser a solução para o problema. Sell²⁴, ao comentar sobre a criminalização do racismo, relata que:

[...] Obviamente que pelo princípio da legalidade e da tipicidade, do direito penal, essas condutas têm que ser previamente definidas e estritamente interpretadas. Como a prática das relações inter-raciais brasileiras é bastante fluida, e o acusado goza de presunção de inocência (*in dubio pro reo*), fica extremamente difícil caracterizar o crime de racismo. Segundo integrantes de movimentos negros, além dessa dificuldade técnica de caracterização do delito, há ainda o que foi apelidado de ‘tripé da impunidade cordial’: delegado não registra, promotor não denuncia e o juiz insiste em acordo na primeira audiência.

Por aplicar-se o princípio da não discriminação somente com base numa estrutura de imposição e de punição, é que permanece a frequência dos crimes, pois como já foi visto, dificilmente alguém é incriminado por esse tipo penal. E mais, criminalizar as discriminações, sobretudo a racial, não impede que as causas desse problema aflorem. A exclusão social que assola nossos dias, a baixa escolaridade, a falta de emprego, os preconceitos e outros fatos discriminantes permanecem ainda indiscutíveis.

Já o princípio da promoção da igualdade, classificado como positivo por seu aspecto promocional, apresenta-se de forma abrangente, pois leva em consideração todos os fatores que induzem à prática da discriminação, minando cada um com sua proposta de promover oportunidades e literalmente a igualdade de todos.

No caso *Diniz x Brasil* tem-se em foco ambos os princípios, sendo fatalmente desrespeitados: princípio da não discriminação e princípio da promoção da igualdade.

A Constituição Federal de 1988, ao adotar princípios fundamentais e garantindo a proteção dos direitos humanos, possibilitou a construção de ações para a resolução dos problemas sociais. Ações das quais hoje pretende-se fazer instrumento de defesa

²⁴ SELL, Sandro César. *Ação Afirmativa e Democracia Racial: uma introdução ao debate no Brasil*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002, p. 74.

e proteção dos diversos grupos de excluídos que formam a sociedade brasileira e que sofrem pela discriminação por conta da cor da pele. Assim, o governo passou a agir por meio de programas que promovessem oportunidades diversas aos que não estão ainda engajados no processo de desenvolvimento do país. O Ministério do Trabalho e Emprego (MTE) desenvolve esse sistema de promoção para oportunizar aos trabalhadores, e aos cidadãos em geral, o ingresso no mercado de trabalho.

O Governo Federal vem desenvolvendo ações na direção da promoção de igualdade de oportunidades a grupos e populações socialmente excluídas, por meio da disseminação, fortalecimento institucional e articulação de políticas públicas que promovam a diversidade e a eliminação de todas as formas de discriminação. O Ministério do Trabalho e Emprego tem impulsionado ações e apoios estratégicos a estas políticas, com a finalidade de contribuir para a consolidação de uma política nacional integrada de inclusão social e redução das desigualdades sociais com geração de trabalho, emprego e renda, promoção e expansão da cidadania²⁵.

Diversos organismos internacionais com parceria aos entes públicos e privados colaboram para a propagação dessas ações. Outra grande questão acerca das promoções é em relação às ações afirmativas de implementação de cotas, que já são adotadas em muitas empresas, e também para o ingresso em cargos públicos e em algumas universidades. Na maioria das vezes, relaciona-se a política de cotas singularmente ao processo de ingresso nas universidades, talvez seja pela importância de incentivar-se a educação no país. Discutir sobre as cotas não é alvo da pesquisa em questão, apenas menciona-se a ação em função do significado que tem e que pode, de maneira justa e determinada, trazer benefícios para a população negra.

Sejam quais forem os argumentos em relação a políticas de promoção para a igualdade, o intuito é positivo. O tratamento igualitário é devido pelo Estado e direito de todos os cidadãos. Cotas para ingresso de negros na educação ou no trabalho, assim como programas de apoio e incentivo para aperfeiçoamento dos trabalhadores e outros mecanismos desse gênero, podem proporcionar aos excluídos pela história de formação econômica, política e social do Brasil, uma nova chance de posicionamento. Destacando-se ainda que considerando que no âmbito das relações laborais o empregado encontra-se em uma posição de subordinação jurídica em face do empregador, submetendo-se ao seu poder diretivo e a todas as normas internas por ele estabelecidas, pode-se afirmar ser possível a ocorrência de atos discriminatórios em pleno ambiente de trabalho²⁶.

Assim sendo, é possível afirmar que há bastante influência de condutas discriminatórias no universo do trabalho, principalmente quanto à aparência física e quanto à maneira de se viver, sendo que estas são condutas que não geram nenhum efeito para o desenvolvimento do trabalho, tendo como relevante para o desenvolvimento do

²⁵ MTE. Ministério do Trabalho e Emprego. Combate à discriminação no trabalho. Disponível em: <<http://www.mte.gov.br/discriminacao/default.asp>>. Acesso em: 2014.

²⁶ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Iniciação ao Direito do Trabalho. 22. ed. São Paulo: LTr, 2008, p. 43.

trabalho a eficiência e a capacidade do indivíduo²⁷.

A discriminação significa distinguir, excluir, tornar diferente, ou ainda no direito do trabalho, dar preferência a certo cidadão para ser admitido no mercado de trabalho²⁸. Pode-se afirmar, também, que discriminação no ambiente de trabalho é todo o ato tendente a tratar diferentemente uma pessoa em face de sua cor, sexo, estado civil e inúmeros outros motivos que são irrelevantes para o desenvolvimento do trabalho²⁹. Em outras palavras, a discriminação direta é quando o empregador decide impor medidas que fazem distinções em relação ao sexo, cor, religião, ou seja, quando impõe medidas que são proibidas pelo ordenamento jurídico, e a discriminação indireta é quando o empregador impõe distinção entre pessoas que aparentemente são invisíveis, mas que impedem que estas sejam admitidas no mercado de trabalho³⁰.

Já para Hemetério³¹, a discriminação direta é configurada quando uma lei ou um regulamento afasta ou gera certo prejuízo ao indivíduo no mercado de trabalho, em face de sua cor, estado civil ou sexo. Denuncia-se a discriminação indireta quando alguém tem como prejuízo o não acesso no mercado de trabalho em razão de sua cor, religião, sexo, entre outros motivos que não interferem na realização do trabalho. Porém, nem sempre a preferência ou a distinção realizada por uma pessoa será reconhecida como ato discriminatório, como, por exemplo, no caso da trabalhadora mulher, eis que por possuir menos força física que os homens não pode laborar em situações que exigem grandes esforços físicos. Neste caso, a mulher tem proteção especial na Consolidação das Leis do Trabalho, não configurando discriminação referida particularidade³².

Nenhum cidadão pode ser discriminado pelas características citadas acima, porém, somente se as distinções forem determinadas pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, como aquelas pessoas que realmente necessitam de proteção especial, por exemplo, a mulher no caso de gravidez, o deficiente físico, entre outros³³.

A discriminação no ambiente de trabalho acontece quando no ato de contratação de uma empregada, por exemplo, lhe é exigido um teste de gravidez, ou na hipótese de no ato demissional o fator da rescisão ocorrer por causa de o empregado ser portador do vírus HIV³⁴.

A discriminação caracteriza-se pela presença de um elemento subjetivo, a intenção de discriminar, e de um elemento objetivo, a preferência efetiva por alguém em detrimento de outro sem causa justificada, em especial por motivo evidenciado revelando

²⁷ HEMETÉRIO, Rilma Aparecida. Proibição da Discriminação nas Relações do Trabalho. *Juris Síntese*, n. 53, maio/jun. 2005. Disponível em: <<http://www.trt02.gov.br>>. Acesso em: 2014.

²⁸ MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do Trabalho*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 119.

²⁹ HEMETÉRIO, Rilma Aparecida. *Op. cit.*

³⁰ MELO, Raimundo Simão de. *Direito Ambiental do Trabalho e a Saúde do Trabalhador: responsabilidades legais, dano material, dano moral, dano estético, indenização pela perda de uma chance, prescrição*. 3 ed. São Paulo: LTr, 2008, p. 281.

³¹ HEMETÉRIO, Rilma Aparecida. *Op. cit.*

³² BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2008, p. 83.

³³ *Idem.*

³⁴ HEMETÉRIO, Rilma Aparecida, *Op. cit.*

uma escolha de preconceito em razão do sexo, raça, cor, língua, religião, opinião, compleição física ou outros fatores importantes³⁵. O fato de o empregador exigir certas características para ser desenvolvido um trabalho não quer dizer que ele esteja praticando uma discriminação, sendo que existiria tal conduta quando o empregador por algum motivo viesse a fazer uma distinção que fosse desvantajosa para uma determinada pessoa, afastando assim a oportunidade de trabalho pelo fato de ela apresentar características distintas das demais pessoas do grupo.

É recomendado tanto no ambiente de trabalho público como no privado a chamada ação afirmativa, que é um programa que adota tratamento especial para o cidadão que necessita de proteção especial do Estado, como a mulher, e que tem por objetivo garantir a mesma oportunidade e tratamento no mercado de trabalho, colocando em prática a igualdade inserida na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, protegendo as pessoas que estão em desvantagens com o fim de eliminar as desigualdades³⁶. As distinções por motivo de sexo dizem respeito às que se estabelecem contra a mulher, em geral. Diverge da discriminação por motivo de raça ou religião. A discriminação contra a mulher possui vinculação com conceitos relativos à vida familiar e social. São fruto de uma inferioridade presumida advinda, muitas vezes, de mitos e crenças, como também de outras considerações arbitrárias. A mulher é uma das que sofre bastante discriminação no mercado do trabalho, sendo que muitas vezes essa discriminação é resultado de conceitos da sociedade e da família, vindo a prejudicar a contratação da mulher para o trabalho³⁷.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 traz no artigo 7º, inciso XX, proteção à mulher no mercado de trabalho, em que admite que a mulher tenha tratamento distinto no mercado de trabalho, desde que seja para beneficiá-la, tendo objetivo lícito, sendo a distinção em caso real de acordo com a proporcionalidade³⁸. Porém, a mulher também é deixada de ser contratada pelo fato de ser casada, por motivo de gravidez, pelo fato de que se ela fosse contratada elevaria os custos da empresa, ou seja, a mulher sofre bastante distinção devido ao sexo no mercado de trabalho, sendo muitas vezes impossibilitada de permanecer no emprego.

A mulher vem sendo discriminada em relação ao salário, existindo muitos empregadores que querem pagar salário inferior à mulher, se comparado com o homem, e também sofre discriminação na “formação profissional, ao acesso das mulheres no trabalho, à manutenção e condições de emprego”³⁹. Pesquisas feitas no Brasil comprovam que as mulheres recebem salário menor que o que pagam ao homem, mesmo tendo nível de ensino maior, pois este nem sempre é determinante para o desenvolvimento do trabalho. Por exemplo, quando a mulher é aprovada em concurso público e passa a exercer a função de servidora pública, ela tem o mesmo salário que os homens, sem

³⁵ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Iniciação ao Direito do Trabalho. 22. ed. São Paulo: LTr, 2008.

³⁶ BARROS, Alice Monteiro de. Curso de Direito do Trabalho. 4. ed. São Paulo: LTr, 2008, p. 183.

³⁷ Idem.

³⁸ DELGADO, M. G. Curso de Direito do Trabalho. 7. ed. São Paulo: LTr, 2008, p. 105.

³⁹ BARROS, Alice Monteiro de. Curso de Direito do Trabalho. 4. ed. São Paulo: LTr, 2008, p. 152.

distinção; porém, quando ocorrem as promoções, a preferência é sempre dada aos homens. A discriminação poderá ocorrer no ato da contratação, no decorrer da vigência do contrato de trabalho ou na rescisão deste, podendo se manifestar por meio do ódio, em relação a uma raça, ou por meio da questão da superioridade, quanto às condições econômicas⁴⁰.

O preconceito pode ser um fato que venha a gerar a discriminação, no qual se tem uma avaliação que não é compatível com aquilo que é real, geralmente relacionado ao sexo, idade, raça, ofendendo a dignidade humana do cidadão, assim, como a ignorância poderá se dar pela mesma forma pelo fato de as pessoas não terem conhecimento, surgem certos conceitos que não condizem com a realidade. A discriminação também se dá pelo temor no mercado de trabalho, pelo fato de a concorrência estar cada vez aumentando mais, o sexo e a raça estarem implicados na hora de contratar, levando-se em conta que isso irá contribuir para o desenvolvimento do trabalho.

A Organização Internacional do Trabalho também vem contribuindo para a promoção da igualdade no trabalho, pois tem a Convenção nº. 100, de 1951, que trata da igualdade de remuneração, e a Convenção nº. 111, de 1958, referente à discriminação no emprego e ocupação. O afastamento da discriminação no emprego e ocupação foi declarado novamente em 1998 com a Declaração sobre Princípios e Direitos no Trabalho, sustentando a igualdade de oportunidade e tratamento no ambiente de trabalho, a fim de eliminar de uma vez por toda qualquer tipo de discriminação⁴¹.

Nesse cenário, a Lei nº. 9.799, de 1999, revogou diversos artigos da Consolidação das Leis do Trabalho que limitavam o trabalho da mulher⁴². A discriminação não é, necessariamente, fruto de atitudes pessoais, podendo advir da adoção de políticas estabelecidas com o objetivo de impor uma separação de raças e proteger uma delas, o que, aliás, tem sido até consagrado em leis de imigração, na regulamentação do emprego, nas práticas laborais, nos programas de formação profissional, nas convenções coletivas e nos estatutos e regulamentos sindicais. O sistema que vigorava na África do Sul, de reservar certos empregos para determinadas raças, traduz um exemplo flagrante de política de discriminação, a qual não desaparece com a simples derrogação de leis, mas com o combate de suas causas, que pressupõem modificação nas atitudes pessoais⁴³.

Enfim, de acordo com que foi exposto, é possível verificar que mesmo existindo proteção especial quanto à discriminação no ordenamento jurídico brasileiro, na realidade o ato discriminatório é difícil de ser combatido pela precária falta de conscientização social nas áreas educacional, econômica e social. Sendo que leis não são suficientes para combater a discriminação, é preciso “combater as causas. Seu combate exige educação, informação e sensibilização”⁴⁴.

⁴⁰ ROMITA, Arion Sayão. O princípio de não-discriminação da mulher no direito do trabalho brasileiro. In: PENIDO, Lais de Oliveira (Coord.). A Igualdade dos Gêneros nas Relações de Trabalho. Brasília: Pontual, 2006.

⁴¹ HEMETÉRIO, Rilma Aparecida, Op. cit.

⁴² Idem.

⁴³ BARROS, Alice Monteiro de, Op. cit, p. 99.

⁴⁴ Idem.

5. O Direito à Igualdade no Sistema Interamericano

Interessante e relevante no caso em estudo é a forma pela qual a Comissão Interamericana de Direitos Humanos tratou o artigo 24 da CADH, sendo que os petionários declararam que a vítima foi discriminada devido a sua cor no direito de acesso ao trabalho, protegido pelo artigo 6 do Protocolo de San Salvador.

Conforme este Protocolo, apenas a violação aos seus artigos 8a e 13 são devidamente protegidos pelo sistema da petição à Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Nesse cenário, o Estado respondente não questionou este pleito e a Comissão Interamericana de Direitos Humanos apenas deixou o assunto *in albis*. Se não existisse a natureza independente do direito à igualdade no Sistema Interamericano, a demanda considerar-se-ia inadmissível *ratione materiae*. Apesar disso, no Sistema Interamericano a proibição da discriminação goza de uma posição independente de demais direitos elencados em seu texto, possibilitando aos diversos petionários afirmar violações ao direito à igualdade e à proibição da discriminação, de qualquer disposição legal de um Estado, independente do fato de ser um direito elencado na Convenção⁴⁵. Esse posicionamento no Sistema Interamericano se torna análogo ao do sistema global, em que a natureza independente de uma cláusula igualitária foi ilustrada claramente em vários casos levados ao Conselho de Direitos Humanos (CDH) da ONU, citando em *Broeks vs. Países Baixos*⁴⁶, onde a vítima alega que sofreu desvantagem no percebimento de sua pensão com relação a homens trabalhando a mesma quantidade de anos.

O Estado respondente afirmou que o CDH precisava de competência *ratione materiae*, porque o direito à seguridade social não era resguardado pelo PIDCP. Nesse caso, o CDH, rejeitando o argumento estatal, afirmou que o artigo 26 do Pacto é aplicativo às obrigações atribuídas aos Estados com relação à legislação interna e sua aplicação, e não apenas aos direitos no tratado elencados⁴⁷.

6. Considerações críticas sobre o caso em questão

Mister ressaltar que no caso em questão claramente o Brasil deixou muito a desejar em relação aos Direitos Humanos, ignorando de tal forma a discriminação sofrida pela vítima que até mesmo a Corte Americana se pôs em alerta com relação ao caso. Destaca-se de forma crítica que o arquivamento da denúncia de Simone André Diniz é uma situação que representa generalização da desigualdade e racismo no Brasil, evidenciando ainda a situação caótica de dificuldade no acesso à justiça e impunidade em casos de crimes com motivação racial no Brasil. Esse cenário mostra ainda a ineficácia da Lei 7.716, de 1989, pois esta não foi aplicada pelas autoridades brasileiras, provocando uma situação de desigualdade de acesso à justiça para vítimas de preconceito racial e racismo tanto no ambiente de trabalho como em demais ambientes.

⁴⁵ ANNONI, Danielle, Op. cit, p. 192.

⁴⁶ CDH, Caso *Broeks vs. Países Baixos*. Comunicação N. 172/1984, Doc. ONU: CCPR/C/OP/2, p. 196 (1990), § 12.3.

⁴⁷ *Idem*.

A Lei 7.716, de 1989, também conhecida como Lei Caó, foi instituída com a finalidade de combater e definir os crimes resultantes de preconceito de raça e de cor. Criminaliza a discriminação fundada em raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional, e, especificamente nos seus artigos 3º e 4º, sanciona a discriminação no acesso a qualquer cargo da administração direta, indireta e nas concessionárias de serviço público, como também no acesso a emprego em empresa privada. Assim, o artigo 3º é mais um dispositivo desenvolvido para garantir o sancionamento na eventual ocorrência do crime. Porém, há uma grande dificuldade por conta da aplicação do sistema em punir alguém pela prática do crime de racismo. Ao artigo 4º da Lei 7.716, de 1989, também é devido expor-se sua redação: “Art. 4º Negar ou obstar emprego em empresa privada: Pena – reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos⁴⁸”. Destaca-se que o conceito de empresa privada é bastante amplo pelo desenvolvimento da sociedade pós-moderna, por isso, sua abrangência é significativa.

Ao se comentar os artigos 3º e 4º da lei que trata sobre os crimes de racismo, ressalta-se quão importante o texto contido nos demais dispositivos. Mas, com a intenção de não escapar ao tema, comenta-se os que convém. O artigo 20 da Lei 7.716, de 1989, responsabilizou-se em cuidar do assunto nos casos em que se exercer, inspirar ou estimular a discriminação ou preconceito racial, de cor, etnia, religião ou procedência nacional. A redação originária do art. 20 na verdade apenas referia-se à data da vigência da lei. Com o advento da Lei 9.459, de 1997, a Lei 7.716, de 1989, e o art. 140 do Código Penal (CP) foram alterados. A Lei 9.459, de 13.05.1997, não só alterou o art. 20, como ainda acrescentou ao art. 140 do CP o § 3º, nos seguintes termos: “se a injúria consiste na utilização de elementos referentes à raça, cor, etnia, religião ou origem: Pena – reclusão de um a três anos e multa”. Este último dispositivo e seus respectivos parágrafos são tratados no CP. Considerando a íntima relação com o objeto do caput (art. 20).

Abarcado de forma geral o conteúdo das Leis em apreço, com breve ressalva às devidas extensões no campo do direito, percebeu-se a ampla bagagem trazida pelo Brasil dentre os diversos processos de desenvolvimento nacional e no anseio pela igualdade entre os sujeitos da história. Mas a evolução legislativa por si não deu conta de superar a discriminação existente na sociedade, o que obrigou os grupos organizados a lutarem pelo processo de redemocratização durante a constituinte, em busca de um discurso que apresentasse medidas que potencializassem a superação das desigualdades e das discriminações presentes na sociedade.

Diante do acima exposto, pode-se elencar ainda que a população negra está presente de forma significativa em nosso país. No Brasil, os negros e os pardos têm presença marcante. Eles representam cerca de 45% da população, no entanto, este segmento é alvo de grande discriminação⁴⁹. As pesquisas estatísticas comprovam a presença desses trabalhadores à margem do processo de inserção no trabalho. Como herança da escravidão, o Brasil não obteve sucesso na implementação de políticas de incorporação dos

⁴⁸ SILVA JR. H. Direito de Igualdade Racial: Aspectos Constitucionais, Civis e Penais. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 158.

⁴⁹ DIEESE. Anuário dos Trabalhadores. São Paulo: DIEESE, 2014.

ex-escravos no mercado. Tendo em vista a dificuldade de colocação do trabalhador negro no mercado de trabalho, observam-se os indicadores que fazem referência à oportunidade das vagas, passando pela ocupação dos postos até a percepção dos salários. O trabalhador negro é, e sempre foi, alvo de preconceito. No início, o trabalho do negro foi útil, pois sua força era comparada a de um animal, com a exploração dos escravos de ganho; depois, com a fase de trabalho assalariado, antes do período republicano, o negro é substituído pela vinda dos europeus e perde mais uma vez o lugar no esquema de crescimento do país; e hoje, sob a égide de uma Constituição Federal democrática de direitos, não se consegue aceitar a permanência da exclusão dos negros no mercado de trabalho.

Conclusão

Muito embora o respaldo legal da Constituição Federal de 1988 e de outras Leis especiais, vigentes em âmbito nacional e internacional, e do fato de o Brasil perfilar-se na defesa dos direitos humanos e dos documentos internacionais que assegurem a dignidade humana, constata-se a existência da discriminação racial para com os trabalhadores negros. Os interesses econômicos e políticos, além dos culturais, são fator de grande influência neste contexto, tendo em vista que a posição ocupada pelos negros sempre foi a de explorados e subordinados.

Considerando-se ser o problema em discussão um mal existente desde o início da formação do processo de produção no Brasil, o tema é recente e carece da atenção e do interesse de todos para que se observe a devida solução. Dessa forma, pode-se perceber que a escravatura e todos os acontecimentos vivenciados no período colonial são elementos de contribuição para a inferiorização da pessoa negra que ainda hoje carrega a lamentável marca da discriminação deixada pela história.

No desenrolar da evolução nacional, todos os episódios que poderiam fornecer ao negro a chance de mudança da visão que os subjugava e os mantinha indignos de reconhecimento são deixados de lado e superados pela preocupação em se formar um país forte com condições de concorrer economicamente com outras potências mundiais.

Nem a transição de um regime de Estado para outro fez com que mudasse o tratamento das elites e despertasse interesse pelo progresso de um grupo que sempre trabalhou na esperança de incluírem-se como iguais. Tanto que chegou a ser promovido o financiamento na vinda de imigrantes europeus para que esses ocupassem os postos de trabalho que surgiram com o advento da República e do trabalho assalariado, ficando evidente o descaso sofrido pelo negro.

Com isso, entende-se que a base estrutural do Brasil é viciada, pois são quinhentos anos de história sem que se consiga resolver o problema da discriminação racial nas relações de trabalho.

O mercado de trabalho torna-se cada vez mais restrito. Atualmente é necessário que se preencha uma série de requisitos para poder haver uma chance de concorrência. Os postos de trabalho considerados de alto padrão são ocupados por pessoas com nível superior de educação e que em sua maioria tiveram desde a infância uma condição eco-

nômica privilegiada.

Sendo assim, observa-se a desvantagem dos trabalhadores negros em relação aos brancos quando da ocupação dos melhores postos de serviço, quando da percepção dos melhores salários, das melhores condições de trabalho, e também do tempo dispensado nessa atividade. Em todos esses aspectos ficou evidenciado que o trabalhador negro está relacionado a um segundo plano, tendo que lutar para garantir a manutenção de sua vida e de sua família. O negro é obrigado a trabalhar mais horas, e assim mesmo a perceber menos do que os não negros.

Portanto, a discriminação por conta da cor está presente também nas relações de trabalho. Mas, por ser o Brasil uma nação jovem e rica em termos de legislação, acredita-se na superação desse mal social, no sucesso das políticas de promoção e no papel desempenhado pelas instituições não governamentais que muitos colaboram para a mudança dessa realidade. Claro que se faz necessário a continuidade da participação efetiva do Estado para que possamos superar as desigualdades históricas e seculares.

Apesar do tratamento especializado dado pela Justiça do Trabalho, o trabalhador brasileiro necessita de apoio, de aperfeiçoamento, de incentivo, e de oportunidades. E quando esse trabalhador é um afrodescendente, além de igualmente necessitar daqueles cuidados, ele precisa vencer o preconceito existente na sociedade, superar a discriminação e ter orgulho da sua origem.

Referências

- ANNONI, Danielle. Direitos Humanos & Acesso à Justiça no Direito Internacional: responsabilidade internacional do Estado. Curitiba: Juruá, 2005.
- BARROS, Alice Monteiro de. Curso de Direito do Trabalho. 4. ed. São Paulo: LTr, 2008.
- BENTO, Maria Aparecida Silva. Raça. Disponível em: <<http://www.observatorio-social.org.br/portal>> e <http://www.os.org.br/download/TRSconsolidados_mai-2004port.pdf>. Acesso em: 2014.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. Acesso à Justiça. Ellen Gracie Northfleet (trad.). Porto Alegre: Antonio Fabris, 2008.
- CDH, Caso Broeks vs. Países Baixos. Comunicação N. 172/1984, Doc. ONU: CCPR/C/OP/2, p. 196 (1990), § 12.3.
- CIDH. Caso Simone André Diniz vs. Brasil. petição 12.001. Aprovado pelo Relatório 66/06, em 21/11/2006.
- DELGADO, M.G. Curso de Direito do Trabalho. 7. ed. São Paulo: LTr, 2008.
- DIEESE. Anuário dos Trabalhadores. São Paulo: DIEESE, 2014.
- HEMETÉRIO, Rilma Aparecida. Proibição da Discriminação nas Relações do Trabalho. Juris Síntese, n. 53, maio/jun. 2005. Disponível em: <<http://www.trt02.gov.br>>. Acesso em: 2014.

MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. *Assistência Jurídica, Assistência Judiciária e Justiça Gratuita*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MELO, Raimundo Simão de. *Direito Ambiental do Trabalho e a Saúde do Trabalhador: responsabilidades legais, dano material, dano moral, dano estético, indenização pela perda de uma chance, prescrição*. 3 ed. São Paulo: LTr, 2008.

MTE. Ministério do Trabalho e Emprego. *Combate à discriminação no trabalho*. Disponível em: <<http://www.mte.gov.br/discriminacao/default.asp>>. Acesso em: 2014.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao Direito do Trabalho*. 22. ed. São Paulo: LTr, 2008.

OEA/Ser. L/V/II. 127 Doc. 4 rev., 13 de março de 2007.

PIOSEVAN, Flávia. *Direito Internacional dos Direitos Humanos e Igualdade Étnico-racial*. *Revista Eletrônica NeabBrasil*, v. 1, nº 1, p. 1-38, 2008.

RAMOS, André de Carvalho. *Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

ROMITA, Arion Sayão. *O princípio de não-discriminação da mulher no direito do trabalho brasileiro*. In: PENIDO, Laís de Oliveira (Coord.). *A Igualdade dos Gêneros nas Relações de Trabalho*. Brasília: Pontual, 2006.

SELL, Sandro César. *Ação Afirmativa e Democracia Racial: uma introdução ao debate no Brasil*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002.

SILVA JR. H. *Direito de Igualdade Racial: Aspectos Constitucionais, Cíveis e Penais*, São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

A TERRA DOS QUILOMBOLAS: ENTRE A AÇÃO DIREITA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3239 STF E A ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE NO TRF4

Nélida Reis Caseca Machado¹

Introdução

Os quilombolas² foram protegidos pela Constituição, com esta nomenclatura, em dois dispositivos. No artigo 216, §5^o³, que trata da Cultura, e no artigo 68⁴ do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT). Neste último, está prevista a titulação das terras ocupadas pelos remanescentes das comunidades dos quilombos, e este é o principal fundamento das ações que os envolvem, das quais duas, do controle de constitucionalidade, serão analisadas nesta pesquisa.

Necessário esclarecer, até porque é um argumento que gravita no entorno das ações, que a previsão constitucional foi concebida, a princípio, como uma norma de eficácia limitada. Em sendo assim, careceria de regulamentação infraconstitucional e até que ela exista não haveria titulação de terras.

Em virtude disso, a partir de 1988 vários atos normativos vieram ao ordenamento, às vezes ampliando a previsão constitucional e em outras restringindo-a, culminando na ausência de resultado ou baixo resultado positivo na concessão das terras.

Em 2003, quinze anos após a publicação da Constituição, veio o último ato normativo, o Decreto n. 4.887, que regulamentou o procedimento de identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos de que trata o artigo 68 do ADCT. Regulamentando o Decreto n. 4.887, de 2003, vieram algumas Instruções Normativas (IN) do Instituto

1 Mestre em Direito (Constitucionalismo e Democracia) pela Faculdade de Direito do Sul de Minas (FDSM). Professora e Pesquisadora no Centro Universitário de Formiga (UNIFOR), com fomento da FAPEMIG. Membro do grupo de pesquisa Direitos Humanos e Vulnerabilidades da Universidade Católica de Santos (UNISANTOS) e Assessora do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.

² Conforme art. 2º do Decreto n. 4.887, de 2003, “são quilombolas os remanescentes das comunidades dos quilombos, grupo étnico-racial, segundo critérios de auto-atribuição, com trajetória histórica própria, dotados de relações territoriais específicas, com presunção de ancestralidade negra relacionada com a resistência à opressão histórica sofrida”.

³ Art. 216. “Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem: § 5º - Ficam tombados todos os documentos e os sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos”.

⁴ Art. 68 do ADCT: “Aos remanescentes das comunidades dos quilombos que estejam ocupando suas terras é reconhecida a propriedade definitiva, devendo o Estado emitir-lhes os títulos respectivos”.

Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA) e, atualmente, encontra-se em vigor, o Decreto n. 4.887, de 2003, e a IN de n. 57, de 2009. Ambas as regulamentações, em virtude das burocracias, têm dificultado a eficácia da previsão constitucional na esfera administrativa.

Consta, no site do INCRA, uma estimativa de que existam mais de três mil comunidades quilombolas no Brasil, sendo que a Fundação Cultural Palmares certificou 123 títulos em 111 Territórios, o que corresponde a 192 comunidades com 11.977 famílias em 988.371,7824ha, enquanto a Comissão Pró-Índio noticia 111 comunidades com 11.595 famílias e 963.027,0000ha, dados não atualizados pela Comissão, não obstante os registros apontem a titulação de apenas 12%⁵.

Pelos dados apontados, o processo de titulação das terras dos quilombolas é dificultoso. Ao mesmo tempo, seu direito à terra é atacado judicialmente, como se verá, e nem sempre as decisões do Judiciário possuem fundamentos harmônicos.

O Decreto n. 4.887, de 2003, foi, em 2004, objeto de ação direta de inconstitucionalidade (ADI n. 3239), pelo Partido da Frente Liberal (PFL), atual Democratas (DEM). A ADI foi a julgamento na data de 18 de abril de 2012 e na sessão foi proferido o voto do Ministro Relator Cezar Peluso, que se pronunciou pela inconstitucionalidade dele, formal e material, modulando os efeitos para que aqueles que já estivessem em suas terras não fossem delas arrancados.

O julgamento foi suspenso após o pedido de vista da Ministra Rosa Weber e mesmo após vários pedidos de vista e juntada de documentos, até junho de 2014, mais de dois anos depois, o novo julgamento não tinha sido designado.

No final de março de 2015, a ADI foi novamente a julgamento, depois de ter sido adiado em data anterior no mesmo mês, e proferido o voto da Ministra, que se posicionou pela constitucionalidade do Decreto 4.887, de 2003. Ato contínuo, a ADI, por pedido de vista do Ministro Dias Toffoli, teve o julgamento novamente suspenso.

No entanto, em 21 de dezembro de 2013, foi julgada uma arguição de inconstitucionalidade pela Corte Especial do Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF4)⁶. Com o voto de 12 desembargadores dos 15 que compõem a Corte Especial, o Decreto n. 4.887, de 2003, foi julgado constitucional.

A expectativa do Ministério Público Federal e de outras comunidades quilombolas é a de que a consistência das posições em favor da constitucionalidade expostas pelos desembargadores seja significativa e apta a influenciar a decisão que o Supremo vai tomar quando do julgamento da ADI 3229, havendo, portanto, a possibilidade de uma

⁵ Dados apontados nas páginas: QUILOMBOLAS. Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária. Brasília. Disponível em: <<http://www.incra.gov.br/index.php/estrutura-fundiaria/quilombolas>>. Acesso em: 12 abr. 2012. TÍTULOS EXPEDIDOS ÀS COMUNIDADES QUILOMBOLAS. Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária. Brasília, 15 de novembro de 2011. Disponível em: <<http://www.incra.gov.br/index.php/estrutura-fundiaria/quilombolas/file/108-titulos-expedidos-as-comunidades-quilombolas>>. Acesso em: 20 abr. 2012. TERRAS QUILOMBOLAS. Comissão Pró-Índio de São Paulo. São Paulo. Disponível em: <http://www.cpis.org.br/terras/asp/terras_tabela.aspx>. Acesso em: 10 mar. 2012.

⁶ O Tribunal Regional Federal da 4ª Região, com sede na cidade de Porto Alegre, é o órgão de 2º Grau da Justiça Federal dos estados do Paraná, Santa Catarina e Rio Grande do Sul.

conjunção entre os dois julgados, delineando melhor a efetivação do direito à terra dos quilombolas. Inclusive porque desta decisão foi manejado recurso extraordinário.

A proposta deste estudo, então, é trazer os argumentos que envolvem estas duas ações, porque diametralmente relacionadas. Afinal, em ambas e em prejuízo aos quilombolas se questiona a inconstitucionalidade do Decreto n. 4.887, de 2003, uma no controle concentrado (ADI 3239/2004-STF)⁷, outra no controle difuso (arguição de inconstitucionalidade de n. 5005067-52.2013.404.0000/TRF4)⁸.

Para bem delimitar as ideias a serem traçadas neste apanhado, serão apontados dados acerca de processos e julgamentos feitos pelo Poder Judiciário quanto aos direitos quilombolas, depois a ADI 3239 e, por fim, a arguição de inconstitucionalidade 5005067-52.2013.404.0000, tudo a facilitar a visualização do cenário jurídico enfrentado pelos quilombolas e a trazer os principais argumentos usados nas discussões que envolvem a titulação de suas terras.

1. Composição do Cenário: as ações que envolvem o direito dos quilombolas

Os dados trazidos neste item foram colhidos em 2009, por Luiza Andrade Corrêa e pela Comissão Pró-Índio de São Paulo (CPI-SP). Posteriormente a esta data não se encontrou nenhuma análise parecida. Como esta pesquisa não é primordialmente quantitativa, mas qualitativa, e envolve duas ações do controle de constitucionalidade, as informações para compor o cenário quanto aos litígios que envolvem as terras quilombolas serão as encontradas pelas referidas pesquisas.

As ações judiciais, espalhadas por todo o país, que fizeram parte da pesquisa de Luiza Andrade Corrêa estavam vinculadas à efetivação do direito à terra com fundamento no Decreto n. 4.887, de 2003. Dela se extrai que, em um total de 61 decisões, apenas 17 aplicaram o decreto, sem qualquer manifestação acerca da constitucionalidade ou inconstitucionalidade. Em 2 decisões são citadas as instruções normativas do INCRA sem fazer referência ao decreto e 12 tratam do decreto, declarando-se a sua constitucionalidade ou se fazendo menção aos argumentos de inconstitucionalidade. As demais não fizeram referência nem ao decreto e nem à instrução normativa do INCRA⁹.

Assim, o resultado, em um quadro geral, é o de que o Judiciário trata diretamente do artigo 68 do ADCT em aproximadamente metade dos casos (29 de 61) e, quando analisa o Decreto n. 4.887, de 2003, tende a considerá-lo constitucional, expressa ou

⁷ O andamento processual da ADI 3239 encontra-se na página do STF, conforme o link: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2227157>>.

⁸ Seguem os dados do processo para que possa ser acompanhado o andamento processual junto ao TRF4: Arguição de Inconstitucionalidade Nº 5005067-52.2013.404.0000, Autora: COOPERATIVA AGRÁRIA AGROINDUSTRIAL e Réu: INSTITUTO NACIONAL DE COLONIZAÇÃO E REFORMA AGRÁRIA – INCRA

⁹ CORREA, Luiza Andrade Corrêa. Comunidades Quilombolas no Judiciário Brasileiro: análise comparativa da jurisprudência. 2009. 329f. Monografia (Pós-graduação) - Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP – São Paulo, 2009. p. 50. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/monografia/153_Monografia%20Luiza.pdf>. Acesso em: 30 set. 2012.

tacitamente (28 de 31 casos), sendo que nos três casos em que foi declarada a inconstitucionalidade não foi concedido o direito à terra aos quilombolas, conforme prevê o artigo 68 do ADCT¹⁰. Verifica-se, desta análise, que o artigo 68 do ADCT vem sendo aplicado, independentemente da menção ao Decreto n. 4.887, de 2003, demonstrando uma tendência dos aplicadores do direito em garantir o direito constitucional¹¹, diretamente pela aplicação da norma constitucional.

Quanto ao conceito de quilombolas, que também é questão debatida nos processos por ser um conceito poroso e de difícil definição jurídica, na maioria dos casos o Judiciário optou por uma abordagem alargada¹², considerando os aspectos culturais que envolvem o conceito, o que também alarga a proteção dos direitos.

Considerando-se os elementos que permearam o exame de Luiza, visualiza-se uma desvinculação das normas infraconstitucionais aplicadas na seara administrativa a orientar as decisões judiciais. Da mesma forma, não são unânimes os fundamentos das decisões, pelo contrário, são usados argumentos díspares para se encontrar um resultado equivalente, como, por exemplo, o entendimento de que o artigo 68 do ADCT é autoaplicável em um julgamento e de que é norma limitada ou contida em outro.

A pesquisa realizada pela CPI-SP, por sua vez, levantou a existência de 325 ações judiciais envolvendo terras de quilombo. A primeira delas foi proposta em 1993 e a mais recente em fevereiro de 2013. Deste total, 252 ainda estão em curso, 60 já foram extintas e 13 encontram-se suspensas.

As ações em curso envolvem 131 terras de quilombo distribuídas em 20 estados. O levantamento identificou que, das 252 ações, 148 foram propostas em defesa dos direitos territoriais das comunidades quilombolas, 101 são contra os quilombolas e 3 são ações discriminatórias¹³.

As que defendem os quilombolas são de diversas naturezas: ações civis públicas, ações possessórias, ações ordinárias, ações de desapropriação, mandados de segurança, usucapião, cautelares, declaratória incidental e reconhecimento de domínio. De diversas naturezas são também as ações contra os direitos dos quilombolas: possessórias, ações ordinárias, mandados de segurança, despejos, cautelares, suscitação de dúvida, usucapião, declaratória de inconstitucionalidade e ação popular¹⁴.

¹⁰ Idem, p. 52.

¹¹ MACHADO, Nélida Reis Caseca. A Proteção dos Quilombolas: possíveis releituras de inclusão. 2012. 124f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito do Sul de Minas, Pouso Alegre, 2012. Disponível em: <<http://www.fdsu.edu.br/Mestrado/Nelida%20Reis%20%20C%20%20Machado.pdf>>. Acesso em: 17 jan. 2013.

¹² Atualmente a comunidade quilombola não pode ser definida apenas como composta e formada de descendentes e remanescentes de escravos, afinal, dizer que os quilombolas são os remanescentes de quilombos depois de 124 anos da abolição da escravatura, bem como buscar um grupo de pessoas que se comporta com padrão histórico e cultural da época dos quilombos, é buscar um número ínfimo de pessoas, se realmente existem. Idem, s/p.

¹³ TERRAS DE QUILOMBOLAS – BALANÇO 2009. Comissão Pró-Índio de São Paulo. Disponível em: <<http://cpisp.org.br/upload/editor/file/TerrasQuilombolasBalanco2009.pdf>>. Acesso em: 27 jan. 2014.

¹⁴ Idem, s/p.

Delas, são 49 ações possessórias contra os quilombolas em 26 territórios¹⁵. Em sua maioria, os requeridos são quilombolas individualizados como pessoa física, com exceção de algumas¹⁶ em que a ação é contra a associação da comunidade. Em alguns casos, a Fundação Cultural Palmares, o INCRA, os institutos de terras estaduais e a União Federal também integram o polo passivo.

Nas comunidades quilombolas da Bahia, 12¹⁷ das 46 ações possessórias obtiveram decisão liminar contrária aos quilombolas, determinando a reintegração de posse em favor dos particulares. Com exceção das manejasdas pela União na ilha de Marambaia (RJ), as ações possessórias foram ajuizadas por particulares.

Dez destas ações estão em curso na Justiça Estadual e 40 na Justiça Federal, em virtude da presença da Fundação Cultural Palmares ou do INCRA. Na maioria, houve a concessão de liminar de reintegração ou manutenção de posse desfavorável aos quilombolas, registradas 27 liminares envolvendo 13 diferentes terras quilombolas.

São 34 ações judiciais que questionam procedimentos de regularização fundiária realizadas pelo INCRA. Ao todo, essas ações visam paralisar a titulação dos territórios de 32 diferentes comunidades quilombolas¹⁸, o que representa um número pequeno, considerando-se as extensões de terra e a quantidade de processos administrativos (1.000) e representa 3,4% do total¹⁹.

Por outro lado, 19 ações tiveram decisões judiciais favoráveis garantindo ao INCRA a possibilidade de continuar realizando o procedimento de titulação²⁰, inclusive

¹⁵ Água Morna (Paraná); Barra do Parateca (Bahia); Brejo dos Crioulos (Minas Gerais); Caçandoca (São Paulo); Carmo (São Paulo); Casca (Rio Grande do Sul); Conceição das Crioulas (Pernambuco); Kalunga (Goiás); Gurutuba (Minas Gerais); Grotão (Tocantins); Lagoinha de Baixo (Mato Grosso); Lagoinha de Campinhos (Sergipe); Lapinha (Minas Gerais); Linharinho (Espírito Santo); Mata-Cavalo (Mato Grosso); Marambaia (Rio de Janeiro); Pedra do Sal (Rio de Janeiro); Pedro Cubas (São Paulo); Porto Velho (São Paulo); Sabonete (Piauí); Santarém (Maranhão); São Domingos (Espírito Santo); São Francisco Malaquias (Maranhão); São Francisco do Paraguaçu (Bahia); Tabacaria (Alagoas); Vãozinho-Voltinha (Mato Grosso); Varzeão (Paraná). CPI/SP.

¹⁶ Água Morna, Barra do Parateca, Brejo dos Crioulos, Casca, Lagoinha de Baixo, São Domingos, Tabacaria e Varzeão.

¹⁷ Dez das 46 ações possessórias envolvem a comunidade de Barra do Parateca e 4 a comunidade de São Francisco do Paraguaçu. Todas as ações de Barra do Parateca e 2 de São Francisco do Paraguaçu obtiveram decisão liminar contrária aos quilombolas, determinando a reintegração de posse em favor dos particulares. (Cf. TERRAS DE QUILOMBOLAS – BALANÇO 2009. Comissão Pró-Índio de São Paulo. Disponível em: <<http://cpisp.org.br/upload/editor/file/TerrasQuilombolasBalanço2009.pdf>>. Acesso em: 27 jan. 2014).

¹⁸ Barra do Parateca (BA), Salamina Putumuju (BA), São Francisco do Paraguaçu (BA), Linharinho (ES), Santa Joana (MA), Furnas de Boa Sorte (MS), Picadinha (MS), Sabonete (PI), Água Morna (PR), Invernada Paiol da Telha (PR), Serra do Apon, Pedra do Sal (RJ), Santana (RJ), Acauã (RN), São Miguel (RS), Ponta dos Crioulos (SE), Invernada dos Negros (SC) e Cafundó (SP). (Cf. Idem., s/p).

¹⁹ TERRAS DE QUILOMBOLAS – BALANÇO 2009. Comissão Pró-Índio de São Paulo. Disponível em: <<http://cpisp.org.br/upload/editor/file/TerrasQuilombolasBalanço2009.pdf>>. Acesso em: 27 jan. 2014.

²⁰ Barra do Parateca (BA), São Francisco do Paraguaçu (BA), Santa Joana (MA), Furnas de Boa Sorte (MS), Picadinha (MS), Água Morna (PR), Invernada Paiol da Telha (PR), Serra do Apon (PR), Pedra do Sal (RJ), Santana (RJ), Palmas (RS), São Miguel (RS), Pontal dos Crioulos (SE) e Invernada dos Negros (SC). Também em Linharinho (ES), duas ações judiciais tiveram liminar favorável, mas que não se encontram em

por alteração da liminar pelo Tribunal, o que ocorreu com o Paiol da Telha (PR)²¹ e de Pedra do Sal (RJ).

Dentre as ações contrárias aos interesses quilombolas estão a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3239, proposta em 2004 pelo Partido da Frente Liberal contra o Decreto n. 4.887, de 2003, e a arguição de inconstitucionalidade que adveio de uma ação ordinária que questiona a regularização fundiária conduzida pelo INCRA. São estas, reforça-se, as duas ações objeto deste estudo.

Feito este apinhado, importante frisar que as duas ações que embasarão este estudo são ações movidas contra o direito dos quilombolas. Isto porque em ambas se tenta afastar o direito de titulação de terras através da declaração de inconstitucionalidade do decreto que regulamenta a titulação, e é delas que se extraem os argumentos jurídicos que demonstram como as comunidades quilombolas são vistas pelo Judiciário.

2. A Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI 3239

A ADI 3.239 distribuída em 2004 pelo Partido da Frente Liberal (PFL), atual Democratas (DEM), tem como objeto a declaração de inconstitucionalidade do Decreto n. 4.887, de 2003. Como se disse, ela foi a julgamento em 18 de abril de 2012, tendo havido a manifestação do DEM, da Advocacia-Geral da União (AGU) e da Procuradoria-Geral da República (PGR), bem como de vários interessados na condição de *amicus curiae*²², tendo sido lançado o primeiro voto e depois voltou ao julgamento em 25 de março de 2015, ocasião em que foi proferido o segundo voto junto ao STF, sem que o julgamento fosse finalizado.

A inconstitucionalidade evocada na ADI está fundada em quatro fatores: 1) a inconstitucionalidade formal do Decreto 4.887, de 2003, ao argumento de ser ele um regulamento autônomo; 2) a impossibilidade de se alargar o conteúdo do art. 68 do ADCT, criando critérios de autoatribuição para as comunidades quilombolas; 3) a impossibilidade de previsão de um novo tipo de desapropriação por meio de decreto, até porque não haveria a necessidade de desapropriação, uma vez que o artigo 68 do ADCT transferiu a propriedade dos imóveis, sendo o título meramente declaratório da posse obrigatória; e 4) o critério da territorialidade é inconstitucional por conferir mais terras às comunidades do que lhes é de direito²³.

Na primeira sessão do julgamento foi proferido apenas o voto do Ministro Relator

vigor em função da vitória da Aracruz Celulose na ação mencionada acima. (Cf. Idem, s/p).

²¹ Em Paiol da Telha, foi um acórdão do Tribunal Regional Federal – 4ª Região, publicado em 30 de julho de 2008, que garantiu ao INCRA a possibilidade de poder continuar na condução de seus trabalhos. O acórdão reconheceu a constitucionalidade do Decreto n.º 4.887, de 2003, a aplicabilidade na Convenção 169 da OIT e do critério da autoatribuição, além de discorrer acerca dos fundamentos pluriculturais do constitucionalismo moderno, das recomendações e manifestações de comitês internacionais acerca dos direitos quilombolas e do entendimento atual de comunidades remanescentes de quilombos.

²² QUILOMBOLAS. Notícias STF. Relator vota pela inconstitucionalidade do decreto 4.887/03. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=205330>>. Acesso em: 18 mar. 2012.

²³ MACHADO, Op. cit.

Cezar Peluso, que se pronunciou pela inconstitucionalidade do decreto, mas modulando os efeitos para que aqueles que já possuíam o título das terras não a perdessem. Entendeu, fundamentando a inconstitucionalidade, que o decreto em questionamento é autônomo, inclusive por isso ele poderia ensejar uma ADI.

Sustenta que a inconstitucionalidade é formal, pois o dispositivo constitucional haveria de ser regulamentado por lei em sentido formal em face do princípio da legalidade e ao regulamentar a matéria o Executivo extrapolou sua competência. Assim, o decreto ofende o princípio da legalidade e da reserva de lei.

Diz ainda, que a inconstitucionalidade é também material porque o decreto ofenderia a Constituição ao trazer, para efetivar o direito, uma instabilidade social; que os destinatários são os quilombolas e não a comunidade em virtude da intenção do constituinte originário. Que a Convenção 169 da OIT é posterior ao decreto e cuida de outros grupos étnicos, prevendo o critério da “consciência” como fundamental à determinação dos grupos, aos quais se aplicam suas disposições, e não para a aquisição deste ou daquele direito.

Que o decreto prevê uma forma de usucapião diferenciada, com o marco da posse em 5 de outubro de 1988, nunca em outro momento, sendo ela secular. Que a ocupação presumida é a maior inconstitucionalidade, porque não se encaixa em nenhuma das espécies de desapropriação previstas, inclusive os proprietários nem sequer passam pelo devido processo legal.

Por fim, que as instruções que iam dar efetividade ao decreto dificultaram em muito a aplicabilidade dele, no intuito de conter a arrazoada previsão, que não teria os aspectos pontuados se fosse obra do legislador.

Assim, o primeiro voto deixa o artigo 68 do ADCT sem regulamentação e sequer aplica o efeito repristinatório, ao argumento de que o decreto anterior padecia dos mesmos vícios.

O voto da Ministra Rosa Weber trilhou caminho diverso. Ela entendeu pela constitucionalidade do decreto ao argumento de que não há inconstitucionalidade formal, pois não há nele norma de preceito genérico, inclusive porque, a seu ver, o artigo 68 do ADCT tem eficácia plena e aplicação imediata, pois define direito fundamental de grupo étnico-racial minoritário e, em razão disso, não carece de regulamentação, sendo um ato que decorre diretamente da Constituição.

Além do mais, continua, o decreto presidencial é juridicamente perfeito, na medida em que apenas trouxe as regras administrativas para dar efetividade a direito que já estava assegurado no momento da promulgação da Constituição de 1988, direito subjetivo exercitável independentemente de qualquer integração legislativa.

E também não haveria inconstitucionalidade material, tendo em vista que o direito decorre da Constituição, bem como representa a internacionalização da Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), que dispõe que nenhum Estado tem o direito de negar a identidade de um povo indígena ou tribal que se reconheça como tal. Além do mais o critério de autoatribuição se coaduna com o mesmo dispositivo e é o método autorizado pela antropologia contemporânea.

Que não há inconstitucionalidade no processo de desapropriação previsto do Decreto n. 4.887, inclusive porque se coaduna com o procedimento previsto para a proteção constitucional do patrimônio cultural, sendo certo que o artigo 68 do ADCT tem uma ligação íntima com o disposto nos artigos 215 e 216 da Constituição. Por fim, sustenta que a alegação de que o decreto é insuficiente quanto ao seu resultado como política pública não o torna inconstitucional.

No entanto, além destes dois votos já proferidos, o julgamento contou com várias participações e que influenciarão os demais julgadores do STF. Em agosto de 2004, a Advocacia-Geral da União apresentou a defesa do decreto.

Em setembro, a Procuradoria-Geral da República apresentou parecer pela improcedência da ação. Em junho de 2009, o Procurador-Geral da República protocolou dois pareceres em defesa do decreto, um elaborado pelo Procurador Regional da República Daniel Sarmento e outro pela Professora Flávia Piovesan.

Neste parecer, Daniel Sarmento argumenta que, ao se reconhecer no texto constitucional o direito à titulação das terras, houve uma afetação das terras ocupadas pelos quilombolas a uma finalidade pública de máxima relevância, porque o reconhecimento está relacionado com os direitos fundamentais de uma minoria étnica vulnerável.

E, em razão da afetação, os proprietários particulares não podem reivindicar a posse da terra, ou buscar a sua proteção possessória contra os quilombolas, o máximo que os proprietários podem fazer é postular o recebimento de indenização do Poder Público, tal como ocorre na desapropriação indireta²⁴.

Por outro lado, os remanescentes de quilombos, ao inverso, podem se valer de todos os instrumentos processuais adequados à efetivação e à proteção do seu direito à posse do território étnico, mesmo antes da desapropriação, e até independentemente dela, contra o proprietário ou contra terceiros.

Sustenta, ainda, que o uso das terras, pelas próprias comunidades, de acordo com os seus costumes e tradições, é uma forma de garantir a reprodução física, social, econômica e cultural do grupo. Afinal, o artigo 68 do ADCT deve ser entendido como um direito fundamental, pois protege a dignidade da pessoa humana dos quilombolas e o direito à moradia (artigo 6º, CF) de pessoas que, na sua absoluta maioria, se desalojadas das terras que ocupam, não teriam onde morar, compondo o direito à moradia o mínimo existencial que integra o princípio da dignidade da pessoa humana²⁵. Da mesma forma, privada da terra, os quilombolas tendem a se dispersar e a desaparecer.

Portanto, quando não se protege a terra dos quilombolas não só eles perdem a terra, perde-se a identidade coletiva, o que levaria a uma espécie de etnocídio²⁶. Sendo assim, o direito à terra destas comunidades se encaixa no direito fundamental cultural (artigo 215, CF), que se liga à própria identidade de cada membro da comunidade.

Inclusive, negar o direito à posse até a regularização da propriedade é afastar o ob-

²⁴ SARMENTO, Daniel. A garantia do direito à posse dos remanescentes de quilombos antes da desapropriação. Disponível em: <http://6ccr.pgr.mpf.mp.br/institucional/grupos-de-trabalho/quilombos-1/documentos/Dr_Daniel_Sarmento.pdf>. Acesso em: 22 mar. 2014.

²⁵ Idem, s/p.

²⁶ Idem, s/p.

jetivo da norma constitucional²⁷. Até porque, seria um contrassenso a retirada de remanescentes de quilombos dos seus territórios étnicos – pondo em risco a sobrevivência do grupo – para, em seguida à desapropriação, restituir a eles as mesmas terras. Seria, na verdade, um atentado aos direitos fundamentais destas comunidades, em ofensa à Constituição²⁸.

Sustenta a Professora Flávia Piovesan que o Poder Executivo poderia ter editado o Decreto n. 4.887, de 2003, sem qualquer vício de constitucionalidade, pois ele está assentado na Convenção n. 169 da OIT²⁹, e ainda que ela tenha sido promulgada posteriormente à edição do decreto, ela já tinha sido aprovada pelo Congresso Nacional antes disso. Logo, ele não seria um decreto autônomo.

Sustenta, ainda, que caso haja a invalidação do decreto por decisão do STF, o Estado brasileiro sujeitar-se-á à responsabilização no plano internacional, por frustrar a efetividade de norma internacional de direitos humanos a cujo respeito se obrigou³⁰. Inclusive porque o artigo 21 da Convenção Interamericana vem sendo interpretado no sentido de garantir aos povos indígenas e outras comunidades étnicas que mantêm relação especial com a terra habitada o direito ao reconhecimento da propriedade coletiva das áreas tradicionalmente ocupadas³¹.

Isto porque se reconhece que as terras ocupadas pelos quilombolas não são apenas bens patrimoniais, pois as terras assumem um significado transcendental, possibilitando a manutenção dos laços comunitários, dos seus costumes e *modus vivendi* ao longo do tempo, ensejando a possibilidade de sobrevivência e florescimento destes grupos,

²⁷ Idem, s/p.

²⁸ Idem, s/p.

²⁹ A Convenção n. 169 da OIT foi uma Conferência Geral da Organização Internacional do Trabalho que se realizou em Genebra em 7 de junho de 1989, em sua septuagésima sexta sessão, em que, após a observação dos diversos diplomas internacionais que dispõe sobre a discriminação e no intuito de que os povos indígenas e tribais mantivessem o controle de suas próprias instituições e formas de vida e seu desenvolvimento econômico, e manter e fortalecer suas identidades, línguas e religiões, dentro do âmbito dos Estados onde moram, se adotou esta convenção que foi denominada Convenção Sobre os Povos Indígenas e Tribais, 1989. No artigo 14 da Convenção se prevê expressamente o direito à propriedade das terras tradicionalmente ocupadas pelos povos tribais, como os quilombolas. E o item 3 deste artigo 14 estabelece o dever dos Estados de instituírem “procedimentos adequados no âmbito do sistema jurídico nacional para solucionar as reivindicações de terras formuladas pelos povos interessados”.

³⁰ A Convenção n. 169 da OIT insere-se numa das tendências contemporâneas do Direito Internacional dos Direitos Humanos, de proteção a grupos especialmente vulneráveis. Tal tendência reflete a preocupação com a especificação dos sujeitos de direito. Com efeito, torna-se insuficiente tratar o indivíduo de forma genérica, geral e abstrata. Faz-se necessária a especificação do sujeito de direito, que passa a ser visto em sua peculiaridade e particularidade. Nesta ótica, determinados sujeitos de direitos, ou determinadas violações de direitos, exigem uma resposta específica e diferenciada. Os povos indígenas, as mulheres, as crianças, as populações afrodescendentes, os migrantes, as pessoas com deficiência, dentre outras categorias vulneráveis, devem ser vistas nas especificidades e peculiaridades de sua condição social. Ao lado do direito à igualdade, surge também como direito fundamental, o direito à diferença. Importa o respeito à diferença e à diversidade, o que lhes assegura um tratamento especial. (Cf. PIOVESAN, Flávia. Parecer. Disponível em: <<http://6ccr.pgr.mp.br/adi3239/parecer-dra-flavia-piovesan-do-dia-23-de-marco-de-2009>>. Acesso em: 22 mar. 2014).

³¹ Idem, s/p.

não só sob o ângulo material, mas também cultural e espiritual.

Em razão disso, conclui que o artigo 21 do Pacto de San José da Costa Rica³² também pode ser concebido como fundamento de validade para a edição do Decreto n. 4.887, de 2003³³, o que também afasta a ideia de que o decreto é autônomo.

Também em defesa do decreto diversas ONGs e órgãos do governo na condição de *amicus curiae*, bem como vários outros requereram a participação ao lado do DEM³⁴, isto é, contra o decreto. Os pedidos de audiência pública foram negados.

Dois dias antes do julgamento (16/04), o decreto foi debatido na Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa do Senado, em que os debatedores entenderam, em síntese, que a ADI seria o resultado de uma reação conservadora contra o direito constitucional conquistado pelos quilombolas a partir da luta do movimento negro na elaboração da Constituição³⁵. Isto porque, no entendimento deles, o Decreto n. 4.887 teria sido recepcionado pelo Estatuto da Igualdade Racial, norma que aborda o tema das terras das comunidades quilombolas, funcionando, então, como legislação regulamentadora, não como um decreto autônomo.

Ao mesmo tempo, debateram que as pressões a favor da ADI seriam um momento do agronegócio, influenciado pela visão conservadora ainda do século 19. Inclusive, as pressões fariam com que não se observassem que os direitos dos quilombolas não se igualam aos “direitos dos pobres”, trata-se de lidar com autoconsciência cultural, com autoatribuição, o que se revela muito importante³⁶, inclusive, é neste sentido a proteção constitucional.

Nesta esteira, aguardam os quilombolas a decisão dos demais Ministros para saber se seus direitos à terra serão ou não efetivados.

³² O direito ao reconhecimento da propriedade coletiva de grupos étnicos tradicionais, como os remanescentes de quilombo, na esteira da sólida e reiterada jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. PIOVESAN, Flávia. Parecer. Disponível em: <<http://6ccr.pgr.mpf.mp.br/adi3239/parecer-dra-flavia-piovesan-do-dia-23-de-marco-de-2009>>. Acesso em: 22 mar.2014.

³³ *Idem*, s/p.

³⁴ Requereram a entrada no processo como *amicus curiae* ao lado do DEM a Sociedade Brasileira de Direito Público, a Conectas Direitos Humanos, Instituto Pró-Bono, o Centro pelo Direito à Moradia contra Despejos, a Justiça Global, o Instituto Socioambiental, o Instituto Polis, o Fetagri-Pará, a Procuradoria-Geral do Estado do Pará e a Procuradoria-Geral do Estado do Paraná. A Confederação da Agricultura e Pecuária do Brasil, a Confederação Nacional da Indústria, a Associação Brasileira de Celulose e Papel, a Sociedade Rural Brasileira e o Estado de Santa Catarina.

³⁵ As comunidades quilombolas, as organizações dos movimentos negros urbanos e dos campos, pesquisadores e parlamentares se articularam para que se estabelecesse o direito dos quilombolas na Constituição da República. Os debates das comunidades negras aconteceram em vários estados da federação e fortaleceram as discussões do art. 68 do ADCT, eis que as mobilizações antecederam o texto constitucional. (Cf. SOUZA, Bárbara Oliveira. Aquilombar-se: panorama histórico, identitário e político do movimento quilombola brasileiro. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select_action=&co_obra=130995>. Acesso em: 24 abr. 2012).

³⁶ AÇÃO CONTRA DIREITOS DE QUILOMBOLAS REFLETE 'TRIUNFALISMO' DO AGRONEGÓCIO, DIZ ANTROPÓLOGO. SENADO FEDERAL. Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/noticias/materias/2012/04/16/acao-contra-direitos-de-quilombolas-reflete-2018triunfalismo2019-do-agronegocio-diz-antropologo>>. Acesso em: 28 jan. 2014.

3. A Arguição de Inconstitucionalidade no TRF4

A arguição de inconstitucionalidade teve origem em uma ação ordinária movida pela Cooperativa Agrária Agroindustrial e outros proprietários e possuidores do local em face do INCRA. Nela se questionaram os termos do processo administrativo do Instituto de Colonização e Reforma Agrária do Paraná (INCRA-PR) para a titulação da terra da comunidade quilombola Paiol de Telha³⁷.

Paiol de Telha foi a primeira comunidade do Paraná a receber a Certificação da Fundação Cultural Palmares. Neste ato, reconheceram-se as famílias da localidade como descendentes diretas de trabalhadores escravizados e comunidade remanescente de quilombos. Foi uma das primeiras a ter o processo aberto no INCRA-PR em busca da titulação³⁸.

De 2005 para cá, entretanto, poucos foram os avanços no processo de titulação desta comunidade. Embora o INCRA tenha terminado todos os estudos necessários e rejeitado todos os recursos administrativos da Cooperativa Agrária Entre Rios, tudo ficou suspenso em virtude da ação manejada junto ao Poder Judiciário.

Importante, a este ensejo, porque a questão está afeta ao controle de constitucionalidade difuso³⁹, fazer referências ao histórico da comunidade⁴⁰. A comunidade quilombola Invernada Paiol de Telha conquistou o acesso ao território em 1860, quando 11 trabalhadores escravizados foram libertados pela então proprietária das terras, Balbina Francisca de Siqueira, e receberam o território como herança⁴¹.

A partir da década de 1970, a comunidade começou a viver a insegurança da posse

³⁷ Esta comunidade foi citada no estudo quantitativo da comissão Pro Índio - CPI-SP.

³⁸ TRF4 JULGARÁ A CONSTITUCIONALIDADE DO DECRETO FEDERAL QUE VIABILIZA A TITULAÇÃO DOS TERRITÓRIOS QUILOMBOLAS. Disponível em: <<http://terradedireitos.org.br/biblioteca/trf4-julgara-a-constitucionalidade-do-decreto-federal-que-viabiliza-a-titulacao-dos-territorios-quilombolas-2/>>. Acesso em: 20 jan. 2014.

³⁹ Controle em que é possível verificar de perto a questão que envolve uma comunidade particular, do qual se pode extrair a luta contra a violência, a negação de existência e a vulnerabilidade da comunidade em questão.

⁴⁰ A história da comunidade e o processo de tomada das terras são resgatados no livro *O Sangue e o Espírito dos Antepassados: escravidão, herança e expropriação no grupo negro Invernada Paiol de Telha – PR*, da professora do Programa de Pós-Graduação em Antropologia Social da Universidade Federal de Santa Catarina, Miriam Hartung.

⁴¹ TRF4 JULGARÁ A CONSTITUCIONALIDADE DO DECRETO FEDERAL QUE VIABILIZA A TITULAÇÃO DOS TERRITÓRIOS QUILOMBOLAS. Disponível em: <<http://terradedireitos.org.br/biblioteca/trf4-julgara-a-constitucionalidade-do-decreto-federal-que-viabiliza-a-titulacao-dos-territorios-quilombolas-2/>>. Acesso em: 20 jan. 2014. TRF4. É muito comum nas comunidades quilombolas a propriedade legítima da terra porque advinda de doação ou de herança de seus anteriores donos. Nas comunidades de Casca e Morro Alto, a doação de terras de senhores aos seus escravos, mesmo firmada em testamento, não foi plenamente respeitada pelos parentes dos inventariados. Em Cambará, os documentos que atestavam a compra de terras por ex-escravos na primeira metade do século XIX foram postos sob suspeita por não terem sido lavrados em cartórios. (Cf. SALAINI e SCHMITT, Alessandra. TURATTI, Maria Cecília Manzoli; CARVALHO, Maria Celina Pereira de. A atualização do conceito de quilombo: Identidade e território nas definições teóricas. *Ambiente & Sociedade*, ano V, n. 10, 1º Semestre de 2002. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/asoc/n10/16889.pdf>>. Acesso em: 17 jan. 2012).

da terra, tendo em vista que pelas invasões e apropriações de terceiros foram-se reduzindo a área originariamente ocupada para uma pequena porção de terra ou em localidades próximas. Perdendo terreno, uma grande parte da área que foi destinada à Comunidade está na posse de colonos europeus ou descendentes cooperados da Cooperativa Agrária Entre Rios – uma das Autoras da ação –, que produz commodities para exportação⁴².

Em juízo, os Autores utilizaram como argumento contra a titulação das terras quilombolas os seguintes pontos: a) o procedimento administrativo levado a efeito pelo INCRA deixou de observar garantias constitucionais mínimas, entre elas o contraditório e a ampla defesa; b) o artigo 68 do ADCT, que embasa o agir administrativo, reconhece a propriedade aos remanescentes das comunidades dos quilombos para o caso de ocupação atual dos imóveis, mas não para as hipóteses em que tenha havido pretérita e regular cessão da posse, como é o caso em exame; c) o instituto previsto no artigo 68 do ADCT não representa modalidade de desapropriação, forma de aquisição da propriedade que encontra sede constitucional restrita às hipóteses do inciso XXIV do artigo 5º; e d) é inconstitucional o Decreto n. 4.887, de 2003 e sua regulamentação consequente por importar em ofensa à legalidade, à isonomia, ao devido processo legal, à ampla defesa, ao contraditório, ao direito de propriedade em atendimento a sua função social, em exorbitância do poder regulamentar, assim também ao criar caso de desapropriação que não encontra amparo na Constituição Federal⁴³.

Pelo Juízo de primeira instância foi deferido o pedido de antecipação de tutela que reconheceu a inconstitucionalidade do Decreto n. 4.887, de 2003 e da IN n. 20, de 2003 do INCRA e invalidou o procedimento administrativo de titulação da comunidade quilombola Paiol da Telha. Desta decisão foi manejado agravo de instrumento de n. 2008.04.00.010160-5, proposto pelo INCRA junto ao TRF4. Tanto a antecipação da tutela do agravo (abril de 2008) quanto o acórdão final (julho de 2008) do agravo estavam fundados na constitucionalidade do decreto⁴⁴.

Em decisão final, o Juiz de primeira instância reconheceu a inconstitucionalidade formal do Decreto n. 4.887, de 2003 e da Instrução Normativa/INCRA n. 20, de 2005, de-

⁴² TRF4 JULGARÁ A CONSTITUCIONALIDADE DO DECRETO FEDERAL QUE VIABILIZA A TITULAÇÃO DOS TERRITÓRIOS QUILOMBOLAS. Disponível em: <<http://terradedireitos.org.br/biblioteca/trf4-julgara-a-constitucionalidade-do-decreto-federal-que-viabiliza-a-titulacao-dos-territorios-quilombolas-2/>>. Acesso em: 20 jan. 2014.

⁴³ O julgado, na íntegra, encontra-se disponível na página <http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=6416601&termosPesquisados=paiol>. Acesso em: 06 set. 2015.

⁴⁴ “Na interpretação das normas constitucionais há que se ter em conta: [...] ‘a máxima efetividade, de forma que a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê’ [...] A edição de lei em sentido formal, em princípio, é desnecessária [...] porque, estando presentes todos os elementos necessários para a fruição do direito, desnecessária a edição de lei formal, podendo, pois, o procedimento ser regulamentado por decreto, na esteira do precedente do STF na ADIN 1.590/SP (rel. Min. Sepúlveda Pertence, julg. 19-06-1997), segundo o qual ‘suposta a eficácia plena e a aplicabilidade imediata, a sua implementação, ‘não dependendo de complementação normativa’, não parece ‘constituir matéria de reserva à lei formal’ e, no âmbito do Executivo poderia ‘ser determinada por decreto’”. Além disso, essa decisão também sustenta que, além de amparado na Constituição Federal de 1988, o Decreto n.º 4.887/2003 está embasado na Convenção 169 da OIT.

terminando o encerramento do procedimento administrativo n. 54.200.001727/2005-08 e impedindo que o INCRA intentasse iniciativa similar.

Apelaram o INCRA, a Associação Pró-Reintegração da Invernada Paiol de Telha - Associação Heliodoro e os Autores. O Tribunal Regional Federal julgou o incidente de inconstitucionalidade no dia 21/12/2013.

O Tribunal, dentre vários apontamentos, decidiu que o quilombo jamais foi um mero amontoado de negros fugidos, existindo nele também índios, brancos e mestiços; que a política do “branqueamento” retira do negro a opção por ser ele mesmo, recusando-lhe a preservação de sua história, de seus costumes, de suas manifestações religiosas, de sua cultura; que o artigo 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias é um direito fundamental e, como tal, guarda aplicabilidade imediata como princípio imperativo.

E ainda que o art. 68 necessitasse de regulamentação infraconstitucional esta regulamentação adviria da convenção 169 da OIT, norma supralegal, e o Decreto 4.887, de 2003 a regulamentaria, não sendo o decreto autônomo e não haveria inconstitucionalidade. Saliente-se que a convenção se aplica tanto aos índios quanto às comunidades quilombolas.

Da mesma forma, ele estaria a regulamentar o artigo 21⁴⁵ do Pacto de São José da Costa Rica, que trata do direito de propriedade e devem ser aplicados às comunidades quilombolas e que também foi recepcionado como norma supralegal.

Que não há qualquer inconstitucionalidade na possibilidade de autodeclaração das comunidades quilombolas nem violação ao devido processo legal, pois a ela está prevista no Decreto 4887, de 2003, em consonância com o artigo 1º, nº 2, da Convenção 169 da OIT, segundo a qual é a consciência da identidade que deverá ser considerada como critério fundamental para determinar os grupos respectivos.

Inclusive porque não é apenas a manifestação de vontade do interessado que lhe garante qualquer direito, havendo necessidade de várias providências para assegurar o devido processo legal.

Por fim, que a desapropriação, na hipótese, já está regulamentada em lei, que prevê o uso do instituto por interesse social, ausente qualquer vedação a seu uso no alcance do escopo constitucional, inarredável de preservar e proteger o quilombo ou o remanescente de quilombo.

Assim, o TRF4, em sua decisão, sem fundamentar-se diretamente neles, acabou acolhendo os argumentos tecidos pelos professores Flávia Piovesan e Daniel Sarmento e lançados nos pareceres apresentados na ADI 3239, em decisão diametralmente oposta à assumida pelo Relator Cezar Peluso e em convergência com o voto da Ministra Rosa Weber.

⁴⁵ Artigo 21 - Direito à propriedade privada: 1. Toda pessoa tem direito ao uso e gozo de seus bens. A lei pode subordinar esse uso e gozo ao interesse social.

Conclusão

A luta dos quilombolas pela terra é longa e anterior à própria Constituição. O caso julgado pelo TRF4, Paiol das Telhas, é emblemático por envolver o questionamento da constitucionalidade do Decreto Federal n. 4.887, de 2003 e, ao analisá-lo, há uma consolidação da posição acerca de todos os territórios quilombolas da região Sul, influenciando também outros processos em curso no país, mormente a ADI 3239.

Sendo assim, o julgamento favorável representa uma vitória para todas as comunidades quilombolas e representa um avanço no processo histórico de afirmação e conquista de direitos humanos por eles.

Além do mais, pela lógica do sistema, é necessário relembra que a Convenção 169 da OIT foi ratificada em julho de 2002, tendo sido recepcionada no ordenamento jurídico, conforme o entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF), como norma supralegal. Isto porque, o STF, ao decidir sobre o Pacto de San José da Costa Rica no Recurso Extraordinário n. 349.703-1, conferiu aos tratados internacionais de direitos humanos status de norma supralegal, inaugurando uma nova fase de entendimento jurisprudencial do STF sobre o tema.

Deste modo, ambas, a Convenção 169 da OIT e a Convenção Interamericana de Direitos Humanos (Pacto São José da Costa Rica), estão hierarquicamente acima das leis e abaixo da Constituição e, portanto, podem servir como fundamento para embasar o Decreto n. 4.887, de 2003. Logo, ele não seria um decreto autônomo⁴⁶ ao estabelecer as políticas públicas de demarcação e titulação das terras quilombolas.

O Judiciário, como se sabe, pode fazer uma análise majoritária ou contramajoritária, dependendo da força política que envolve o julgamento. Se ele se omite ou deixa de efetivar uma política pública, incorre em falta de legitimidade, ao mesmo tempo em que lhe falta legitimidade quando efetiva política pública sem que haja participação popular no julgamento. Entretanto, é um importante espaço de efetivação dos direitos humanos, principalmente considerando-se ser um grupo minoritário e vulnerável.

Isto porque, em que pese a decisão do TRF4 não possa ser aplicada em todos os casos porque tem efeito inter partes e não pode ser entendida como geral e abstrata, pois este é o papel das leis, os fundamentos determinantes (*ratione decidendi* ou *holding*)⁴⁷ podem constituir uma maior unidade na proteção dos direitos humanos e influenciar a decisão definitiva que o STF pronunciará.

Enquanto isso não ocorre, poderá refletir e se replicar em outros estados e Tribunais, contribuindo para uma formulação mais robusta sobre o papel dos precedentes⁴⁸,

⁴⁶ MACHADO, op. cit.

⁴⁷ BAHIA, Alexandre Melo Franco. NUNES, Dierle. Falta aos tribunais formulação robusta sobre precedentes. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-jan-07/falta-aos-tribunais-formulacao-robusta-precedentes>>. Acesso em: 14 jan. 2014.

⁴⁸ Há que se fazer exaustiva análise comparativa entre os casos (presente e passado, isto é, o precedente), para saber se, em havendo similitude, em que medida a solução do anterior poderá servir ao atual para que o precedente seja aplicado. Caso contrário, o Judiciário trabalharia com pressupostos e com resultados perigosos e equivocados, o que viola princípios constitucionais como a separação dos poderes, contraditório,

de forma que se possa aplicar o caso anterior ao novo, dando robustez ao julgado. Com efeito, poderá fazer com que os fundamentos e os raciocínios que envolvem estes dois julgados possam ser depurados para alcançar uma melhor proteção a estas comunidades e suas culturas.

Referências

AÇÃO CONTRA DIREITOS DE QUILOMBOLAS É 'REAÇÃO CONSERVADORA', AFIRMAM DEBATEDORES. SENADO FEDERAL. Disponível em: <<http://senado.justica.inf.br/noticia/2012/04/acao-contra-direitos-quilombolas-reacao-conservadora-afirmam-debatedores>>. Acesso em: 25 jan. 2014.

AÇÃO CONTRA DIREITOS DE QUILOMBOLAS REFLETE 'TRIUNFALISMO' DO AGRONEGÓCIO, DIZ ANTROPÓLOGO. SENADO FEDERAL. Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/noticias/materias/2012/04/16/acao-contra-direitos-de-quilombolas-reflete-2018triunfalismo2019-do-agronegocio-diz-antropologo>>. Acesso em: 28 jan. 2014.

AÇÕES JUDICIAIS E TERRAS DE QUILOMBOS. Comissão Pro-Índio de São Paulo. Disponível em: <<http://www.cpisp.org.br/acoes/html/resultados.aspx?LinkID=15>>. Acesso em: 02 fev. 2014.

BAHIA, Alexandre Melo Franco. NUNES, Dierle. Falta aos tribunais formulação robusta sobre precedentes. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-jan-07/falta-aos-tribunais-formulacao-robusta-precedentes>>. Acesso em: 14 jan. 2014.

BALDI, César Augusto. Quilombolas do país inteiro aguardam julgamento do TRF-4. Consultor jurídico. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-nov-25/cesar-baldi-quilombolas-pais-inteiro-aguardam-julgamento-trf>>. Acesso em: 17 jan. 2014.

CORREA, Luiza Andrade Corrêa. Comunidades Quilombolas no Judiciário Brasileiro: análise comparativa da jurisprudência. 2009. 329f. Monografia (Pós-graduação) - Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP – São Paulo, 2009. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/monografia/153_Monografia%20Luiza.pdf>. Acesso em: 30 set. 2012.

LARAIA, Roque de Barros. Cultura: um conceito antropológico. 23 ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2009.

MACHADO, Nélida Reis Caseca. A Proteção dos Quilombolas: possíveis releituras de inclusão. 2012. 124f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito do Sul de Minas, Pouso Alegre, 2012. Disponível em: <<http://www.fdsu.edu.br/Mestrado/Nelida%20Reis%20%20C%20%20Machado.pdf>>. Acesso em: 17 jan. 2013.

NARDI. Fabiele Stockmans de. Marcas de identidade. Revista do Programa de Pós-

ampla defesa e devido processo legal. (Idem).

-Graduação em Letras da Universidade de Passo Fundo, v. 4, n. 1, p. 61-78, jan./jun. 2008 Disponível em: <www.upf.br/seer/index.php/rd/article/download/545/349>. Acesso em: 20 abr. 2012.

NOTÍCIAS STF. ÍNTEGRA DO VOTO DA MINISTRA ROSA WEBER NO JULGAMENTO SOBRE TERRAS REMANESCENTES. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI3239RW.pdf>>. Acesso em: 12 abr. 2015.

PEDIDO DE VISTA ADIA DECISÃO SOBRE CASO QUE JULGA CONSTITUCIONALIDADE DO DECRETO N. 4.887/03. Ministério Público Federal considera decreto forma como o Poder Público identifica e titula terras dos descendentes de quilombos. Disponível em: <http://www.prr4.mpf.mp.br/site/index.php?option=com_content&view=article&id=600:pedido-de-vista-adia-decisao-sobre-caso-que-julga-constitucionalidade-do-decreto-no-488703&catid=10:noticias&Itemid=58>. Acesso em: 27 jan. 2014.

PIOVESAN, Flávia. Parecer. Disponível em: <<http://6ccr.pgr.mpf.mp.br/adi3239/parecer-dra-flavia-piovesan-do-dia-23-de-marco-de-2009>>. Acesso em: 22 mar. 2014.

QUILOMBOLAS. Notícias STF. Relator vota pela inconstitucionalidade do Decreto 4.887/03. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=205330>>. Acesso em: 18 mar. 2012.

SALAINI e SCHMITT, Alessandra; TURATTI, Maria Cecília Manzoli; CARVALHO, Maria Celina Pereira de. A atualização do conceito de quilombo: identidade e território nas definições teóricas. *Ambiente & Sociedade*, ano V, n. 10, 1º Semestre de 2002. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/asoc/n10/16889.pdf>>. Acesso em: 17 jan. 2012.

SARMENTO, Daniel. A garantia do direito à posse dos remanescentes de quilombos antes da desapropriação. Disponível em: <http://6ccr.pgr.mpf.mp.br/institucional/grupos-de-trabalho/quilombos-1/documentos/Dr_Daniel_Sarmento.pdf>. Acesso em: 22 mar. 2014.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. Direito e reciprocidade na ausência de um único mundo vivido: o multiculturalismo na Amazônia ocidental. *Revista de Direitos culturais*, v. 3, n. 5, p. 53-65, dezembro 2008.

SOUZA, Bárbara Oliveira. Aquilombar-se: panorama histórico, identitário e político do movimento quilombola brasileiro. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select_action=&co_obra=130995>. Acesso em: 24 abr. 2012.

TERRAS DE QUILOMBOLAS – BALANÇO 2009. Comissão Pró-Índio de São Paulo. Disponível em: <<http://cpisp.org.br/upload/editor/file/TerrasQuilombolasBalanco2009.pdf>>. Acesso em: 27 jan. 2014.

TRF4 JULGARÁ A CONSTITUCIONALIDADE DO DECRETO FEDERAL QUE VIABILIZA A TITULAÇÃO DOS TERRITÓRIOS QUILOMBOLAS. Disponível em: <<http://terradedireitos.org.br/biblioteca/trf4-julgara-a-constitucionalidade-do-decreto-federal-que-viabiliza-a-titulacao-dos-territorios-quilombolas-2/>>. Acesso em: 20 jan. 2014. TRF4.

VAZ, Paulo Afonso Brum. Resenha crítica da Sentença proferida pelo Juiz Federal Eduardo Tonetto Picarelli, do 1º Juizado Especial Federal Previdenciário de Porto Alegre-RS, no Processo nº 2007.71.95.025314-4, em 17 de agosto de 2007, reconhecendo, para fins previdenciários, o labor rural desenvolvido em áreas ocupadas por remanescentes de comunidades quilombolas, independentemente de início de prova material da propriedade da terra. *Revista Crítica do Direito*, v. 54, n. 3.

VOGT, Carlos; FRY, Peter. *Cafundó: a África no Brasil: linguagem e sociedade*. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO POR ORIENTAÇÃO SEXUAL E IDENTIDADE DE GÊNERO NO SISTEMA EUROPEU DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS¹

Flávia Piovesan²
Akemi Kamimura³

Introdução

Desde 1948 a Declaração Universal dos Direitos Humanos já destacava em seu artigo II. que

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.

O direito à igualdade e a proibição da discriminação é consagrado em diversos instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos. Entretanto, muitas pessoas ainda são estigmatizadas e discriminadas em razão de sua orientação sexual ou identidade de gênero.

No âmbito europeu, o Comitê de Ministros adotou em 2010 uma Recomendação aos Estados-Membros sobre medidas para o combate à discriminação em razão da

¹ Um especial agradecimento é feito à Alexander von Humboldt Foundation pela, fellowship que tornou possível este estudo, e ao Max-Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, por prover um ambiente acadêmico de extraordinário vigor intelectual.

² Professora doutora em Direito Constitucional e Direitos Humanos da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Professora de Direitos Humanos dos Programas de Pós-Graduação da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, da Pontifícia Universidade Católica do Paraná e da Universidade Pablo de Olavide (Sevilha, Espanha); visiting fellow do Human Rights Program da Harvard Law School (1995 e 2000), visiting fellow do Centre for Brazilian Studies da University of Oxford (2005), visiting fellow do Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law (Heidelberg - 2007 e 2008); desde 2009 é Humboldt Foundation Georg Forster Research Fellow no Max Planck Institute (Heidelberg); membro do Conselho Nacional de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana. Foi membro da UN High Level Task Force on the implementation of the right to development e é membro do OAS Working Group para o monitoramento do Protocolo de San Salvador em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais.

³ Advogada, Mestre em Direitos Humanos pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (2009) e Especialista em Direitos Humanos das Mulheres pelo Centro de Direitos Humanos da Faculdade de Direito da Universidade do Chile (2010). Um especial agradecimento é feito ao Max-Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, pela fellowship que possibilitou o estudo e a coleta de bibliografia para a elaboração deste capítulo.

orientação sexual ou da identidade de gênero.⁴ Tal recomendação destaca dentre seus considerandos o impacto da jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos no reconhecimento da proibição de discriminação em razão de orientação sexual e em sua contribuição para a melhoria da proteção dos direitos das pessoas transgênero.

Ainda assim, há Estados na Europa em que a legislação e práticas administrativas violam direitos de pessoas LGBT. De acordo com levantamento realizado pela ILGA-Europe⁵, em 13 países não há procedimento para o reconhecimento jurídico da identidade de gênero de transexuais; em 27 países não há a previsão de nenhuma forma de proteção ou reconhecimento de casais do mesmo sexo (seja o registro da parceria, casamento ou mesmo sua convivência) e em 11 Estados não há expressa proteção jurídica à igualdade e não discriminação com base na orientação sexual (seja na Constituição, legislação ou plano e programas governamentais).

Como compreender o direito à diferença à luz da concepção contemporânea de direitos humanos? Qual é o alcance do direito ao reconhecimento de identidades no sistema europeu de direitos humanos? Qual é o grau de proteção da cláusula de igualdade e não discriminação, especificamente quanto ao direito à livre orientação sexual e identidade de gênero no sistema regional europeu de proteção dos direitos humanos? Como a proibição da discriminação por orientação sexual e identidade de gênero tem sido tratada pela Corte Europeia de Direitos Humanos? Quais os casos emblemáticos da Corte Europeia de Direitos Humanos na promoção dos direitos de Lésbicas, Gays, Bissexuais e Transgêneros? Qual tem sido o impacto dessa jurisprudência? Quais são os principais avanços, desafios e perspectivas no processo de afirmação dos direitos à livre orientação sexual e à identidade de gênero?

São essas as questões centrais a inspirar este artigo que tem como objetivo maior enfocar os casos emblemáticos do Sistema Europeu de Proteção dos Direitos Humanos no processo de consolidação do direito à livre orientação sexual e identidade de gênero, em sua dinâmica e complexidade, considerando a vocação emancipatória dos direitos humanos como idioma do respeito à alteridade.

1. O Direito à Diferença à Luz da Concepção Contemporânea de Direitos Humanos

No dizer de Joaquin Herrera Flores⁶, os direitos humanos compõem uma racional-

4 Recomendação CM/Rec(2010)5 do Comitê de Ministros aos Estados-Membros sobre medidas para o combate à discriminação em razão da orientação sexual ou da identidade de gênero. Disponível em: <http://www.coe.int/t/dg4/lgbt/Source/RecCM2010_5_PT.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2014.

5 Conforme ILGA-Europe Rainbow Index, May 2012. Disponível em: <<http://www.coe.int/t/dg4/lgbt/Source/ILGA-Europe%20Rainbow%20Index%20side%20B.pdf>>. Acesso em: 31 mar. 2014. Veja também o ILGA-Europe Rainbow Map, May 2012, disponível em: <<http://www.coe.int/t/dg4/lgbt/Source/ILGA-Europe%20Rainbow%20Map%20side%20A.pdf>>. Acesso em: 31 mar. 2014.

6 FLORES, Joaquín Herrera Flores. Direitos Humanos, Interculturalidade e Racionalidade de Resistência. In: Sequência, Universidade Federal de Santa Catarina, Santa Catarina, v. 23, n. 44, 2002, p. 21. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15330/13921>>. Acesso em: 28 ago. 2015.

lidade de resistência, na medida em que traduzem processos que abrem e consolidam espaços de luta pela dignidade humana. Invocam uma plataforma emancipatória voltada à proteção da dignidade humana e à prevenção do sofrimento humano. O “victim centric approach” é a fonte de inspiração que move a arquitetura protetiva internacional dos direitos humanos – toda ela destinada a conferir a melhor e mais eficaz proteção às vítimas reais e potenciais de violação de direitos.

Ao longo da história, as mais graves violações aos direitos humanos tiveram como fundamento a dicotomia do “eu versus o outro”, em que a diversidade era captada como elemento para aniquilar direitos. A diferença era visibilizada para conceber o “outro” como um ser menor em dignidade e direitos, ou, em situações-limites, um ser esvaziado mesmo de qualquer dignidade, um ser descartável, um ser supérfluo, objeto de compra e venda (como na escravidão) ou de campos de extermínio (como no nazismo). Nesta direção, merecem destaque as violações da escravidão, do nazismo, do sexismo, do racismo, da homofobia, da xenofobia e de outras práticas de intolerância.

O temor à diferença é fator que permite compreender a primeira fase de proteção dos direitos humanos, marcada pela tônica da proteção geral e abstrata, com base na igualdade formal – eis que o legado do nazismo pautou-se na diferença como base para as políticas de extermínio, sob o lema da prevalência e da superioridade da raça pura ariana e da eliminação das demais.

Torna-se, contudo, insuficiente tratar o indivíduo de forma genérica, geral e abstrata. Faz-se necessária a especificação do sujeito de direito, que passa a ser visto em sua peculiaridade e particularidade. Nesta ótica, determinados sujeitos de direitos, ou determinadas violações de direitos, exigem uma resposta específica e diferenciada. Neste cenário as mulheres, as crianças, as populações afrodescendentes, os povos indígenas, os migrantes, as pessoas com deficiência, dentre outras categorias vulneráveis, devem ser vistas nas especificidades e peculiaridades de sua condição social. Ao lado do direito à igualdade, surge, também como direito fundamental, o direito à diferença. Importa o respeito à diferença e à diversidade, o que lhes assegura um tratamento especial.

Destacam-se, assim, três vertentes no que tange à concepção da igualdade: a) a igualdade formal, reduzida à fórmula “todos são iguais perante a lei” (que, ao seu tempo, foi crucial para a abolição de privilégios); b) a igualdade material, correspondente ao ideal de justiça social e distributiva (igualdade orientada pelo critério socioeconômico); e c) a igualdade material, correspondente ao ideal de justiça enquanto reconhecimento de identidades (igualdade orientada pelos critérios de gênero, orientação sexual, idade, raça, etnia e demais critérios).

Para Nancy Fraser⁷, a justiça exige, simultaneamente, redistribuição e reconhe-

⁷ Ver FRASER, Nancy. From Redistribution to Recognition? Dilemmas of Justice in a Postsocialist Age. In: Justice Interruptus. Critical reflections on the “Postsocialist” condition. NY/London: Routledge, 1997; HONNETH, Axel. The Struggle for Recognition: The moral grammar of social conflicts. Cambridge/Massachusetts: MIT Press, 1996; FRASER, Nancy; HONNETH. Redistribution or Recognition? A political-philosophical exchange. London/NY: Verso, 2003; TAYLOR, Charles. The politics of recognition. In: TAYLOR, Charles et. al. Multiculturalism – Examining the politics of recognition. Princeton, Princeton University Press, 1994; YOUNG, Iris. Justice and the politics of difference. Princeton: Princeton Univer-

cimento de identidades. O direito à redistribuição requer medidas de enfrentamento da injustiça econômica, da marginalização e da desigualdade econômica, por meio da transformação nas estruturas socioeconômicas e da adoção de uma política de redistribuição. De igual modo, o direito ao reconhecimento requer medidas de enfrentamento da injustiça cultural, dos preconceitos e dos padrões discriminatórios, por meio da transformação cultural e da adoção de uma política de reconhecimento. É à luz desta política de reconhecimento que se pretende avançar na reavaliação positiva de identidades discriminadas, negadas e desrespeitadas; na desconstrução de estereótipos e preconceitos; e na valorização da diversidade cultural.

Se, para a concepção formal de igualdade, esta é tomada como pressuposto, como um dado e um ponto de partida abstrato, para a concepção material de igualdade, esta é tomada como um resultado ao qual se pretende chegar, tendo como ponto de partida a visibilidade às diferenças. A ótica material objetiva construir e afirmar a igualdade com respeito à diversidade.

Testemunha-se o processo de internacionalização dos direitos humanos e de humanização do Direito Internacional. Neste contexto, a Declaração de 1948 vem a inovar a gramática dos direitos humanos, ao introduzir a chamada concepção contemporânea de direitos humanos, marcada pela universalidade e indivisibilidade destes direitos. Universalidade porque clama pela extensão universal dos direitos humanos, sob a crença de que a condição de pessoa é o requisito único para a titularidade de direitos, considerando o ser humano como um ser essencialmente moral, dotado de unicidade existencial e dignidade, esta como valor intrínseco à condição humana. Indivisibilidade porque a garantia dos direitos civis e políticos é condição para a observância dos direitos sociais, econômicos e culturais e vice-versa.

A partir da Declaração de 1948, começa a se desenvolver o Direito Internacional dos Direitos Humanos, mediante a adoção de inúmeros instrumentos internacionais de proteção. A Declaração de 1948 confere lastro axiológico e unidade valorativa a este campo do Direito, com ênfase na universalidade, indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos.

O processo de universalização dos direitos humanos permitiu a formação de um sistema internacional de proteção destes direitos. Este sistema é integrado por tratados internacionais de proteção que refletem, sobretudo, a consciência ética contemporânea compartilhada pelos Estados, na medida em que invocam o consenso internacional acerca de temas centrais aos direitos humanos, na busca da salvaguarda de parâmetros protetivos mínimos – do “mínimo ético irredutível”. Os tratados internacionais refletem a consciência ética contemporânea compartilhada pelos Estados, na busca de assegurar o “mínimo ético irredutível”.

Ao lado do sistema normativo global, surgem os sistemas regionais de proteção, que buscam internacionalizar os direitos humanos nos planos regionais, particularmente na Europa, América e África. Consolida-se, assim, a convivência do sistema global da

city Press, 1990; e GUTMANN, Amy. *Multiculturalism: examining the politics of recognition*. Princeton: Princeton University Press, 1994.

ONU com os sistemas regionais, por sua vez, integrados pelos sistemas interamericano, europeu e africano de proteção aos direitos humanos.

Nesta ótica, os diversos sistemas de proteção de direitos humanos interagem em benefício dos indivíduos protegidos. Ao adotar o valor da primazia da pessoa humana, estes sistemas se complementam, somando-se ao sistema nacional de proteção, a fim de proporcionar a maior efetividade possível na tutela e promoção de direitos fundamentais. Esta é inclusive a lógica e principiologia próprias do Direito dos Direitos Humanos.

Sob o prisma do sistema global de proteção, constata-se que o direito à igualdade e a proibição da discriminação foram enfaticamente consagrados pela Declaração Universal de 1948, pelo Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e pelo Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

A Declaração Universal de 1948, em seu artigo I, desde logo enuncia que “todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos”. Prossegue, no artigo II, a endossar que “toda pessoa tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos na 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. Estabelece o artigo VII a concepção da igualdade formal, prescrevendo que “todos são iguais perante a lei e têm direito, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei”. Portanto, se o primeiro artigo da Declaração afirma o direito à igualdade, o segundo artigo adiciona a cláusula da proibição da discriminação de qualquer espécie, como corolário e consequência do princípio da igualdade. O binômio da igualdade e da não discriminação, assegurado pela Declaração, sob a inspiração da concepção formal de igualdade, impactará a feição de todo sistema normativo global de proteção dos direitos humanos.

Com efeito, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1966, já em seu artigo 2º (1), consagra que “os Estados-partes no Pacto comprometem-se a garantir a todos os indivíduos que se encontrem em seu território e que estejam sujeitos à sua jurisdição os direitos reconhecidos no presente Pacto, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer outra situação”. Uma vez mais, afirma-se a cláusula da proibição da discriminação para o exercício dos direitos humanos. A relevância de tal cláusula é acentuada pelo artigo 4º do Pacto, ao prever um núcleo inderrogável de direitos, a ser preservado ainda que em situações excepcionais e ameaçadoras, admitindo-se, contudo, a adoção de medidas restritivas de direitos estritamente necessárias, “desde que tais medidas não acarretem discriminação alguma apenas por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião ou origem social”. A concepção da igualdade formal, tal como na Declaração, é prevista pelo Pacto, em seu artigo 26, ao determinar que

todas as pessoas são iguais perante a lei e têm direito, sem discriminação alguma, a igual proteção da lei. [...] a lei deverá proibir qualquer forma de discriminação e garantir a todas as pessoas

proteção igual e eficaz contra qualquer discriminação por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer outra situação.

O Comitê de Direitos Humanos, em sua Recomendação Geral nº.18, a respeito do artigo 26, entende que o princípio da não discriminação é um princípio fundamental previsto no próprio Pacto, condição e pressuposto para o pleno exercício dos direitos humanos nele enunciados. No entender do Comitê: “A não discriminação, assim como a igualdade perante a lei e a igual proteção da lei sem nenhuma discriminação, constituem um princípio básico e geral, relacionado à proteção dos direitos humanos”⁸. Ressalte-se que, em 1994, no caso *Toonem v. Austrália*, o Comitê de Direitos Humanos sustentou que os Estados estão obrigados a proteger os indivíduos da discriminação baseada em orientação sexual⁹.

Por sua vez, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966, em seu artigo 2º, estabelece que os Estados-partes comprometem-se a garantir que os direitos nele previstos serão exercidos sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer outra situação. Uma vez mais, consagra-se a cláusula da proibição da discriminação. Em sua Recomendação Geral n.20, o Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais observou que a expressão “outra situação” constante do artigo 2º do Pacto inclui orientação sexual. Realçou o dever dos Estados-partes de assegurar que a orientação sexual de uma pessoa não signifique um obstáculo para a realização dos direitos enunciados no Pacto, como, por exemplo, direitos previdenciários, adicionando que a cláusula da proibição da discriminação alcança o critério da identidade de gênero¹⁰.

O Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, em sua Recomendação Geral n. 16, adotada em 2005, afirma ainda que “*guarantees of non-discrimination and equality in international human rights treaties mandate both de facto and de jure equality. De jure (or formal) equality and de facto (or substantive) equality are different but interconnected concepts*”.

A Declaração Universal e os Pactos invocam, assim, a primeira fase de proteção dos direitos humanos, caracterizada pela tônica da proteção geral, genérica e abstrata, sob o lema da igualdade formal e da proibição da discriminação.

A segunda fase de proteção, reflexo do processo de especificação do sujeito de direito, será marcada pela proteção específica e especial, a partir de tratados que obje-

⁸ No mesmo sentido, destaca a Recomendação Geral n.14 do Comitê sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial, adotada em 1993: “Non-discrimination, together with equality before the law and equal protection of the law without any discrimination, constitutes a basic principle in the protection of human rights”.

⁹ Caso *Toonem v. Australia*, Human Rights Committee, Communication n. 941/2000 – CCPR/C/78/D/941/2000.

¹⁰ Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, Recomendação Geral n.20 (E/C.12/GC/20).

tivam eliminar todas as formas de discriminação que afetam de forma desproporcional determinados grupos, como minorias étnico-raciais, mulheres, dentre outros.

Neste contexto é que se insere a Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial, adotada pela ONU em 1965, inaugurando, deste modo, o sistema especial de proteção¹¹. Não há até o momento o consenso internacional suficiente para avançar na adoção de uma Convenção sobre a Eliminação da Discriminação por Orientação Sexual. Em mais de 70 países, práticas homossexuais ainda são criminalizadas e apenas em 1990 é que a Organização Mundial de Saúde excluiu a homossexualidade do catálogo classificatório de doenças.

Desde seu preâmbulo, a Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial assinala que qualquer “doutrina de superioridade baseada em diferenças raciais é cientificamente falsa, moralmente condenável, socialmente injusta e perigosa, inexistindo justificativa para a discriminação racial, em teoria ou prática, em lugar algum”. Adiciona a urgência em se adotar todas as medidas necessárias para eliminar a discriminação racial em todas as suas formas e manifestações e para prevenir e combater doutrinas e práticas racistas.

O artigo 1º da Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial define a discriminação racial como “qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica, que tenha o propósito ou o efeito de anular ou prejudicar o reconhecimento, gozo ou exercício em pé de igualdade dos direitos humanos e liberdades fundamentais”. Vale dizer, a discriminação significa toda distinção, exclusão, restrição ou preferência que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o exercício, em igualdade de condições, dos direitos humanos e liberdades fundamentais, nos campos político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo. Logo, a discriminação significa sempre desigualdade.

Daí a urgência em se erradicar todas as formas de discriminação, baseadas em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica, que tenham como escopo a exclusão. O combate à discriminação racial é medida fundamental para que se garanta o pleno exercício dos direitos civis e políticos, como também dos direitos sociais, econômicos e culturais.

Se o combate à discriminação é medida emergencial à implementação do direito à igualdade, todavia, por si só, é medida insuficiente. Faz-se necessário combinar a proibição da discriminação com políticas compensatórias que acelerem a igualdade enquanto processo. Isto é, para assegurar a igualdade não basta apenas proibir a discriminação, mediante legislação repressiva. São essenciais as estratégias promocionais capazes de estimular a inserção e inclusão de grupos socialmente vulneráveis nos espaços sociais.

Os instrumentos internacionais que integram o sistema especial de proteção invocam uma proteção específica e concreta, que, transcendendo a concepção meramente

¹¹ No campo do sistema especial de proteção, merecem também menção a Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (1979), a Convenção sobre os Direitos da Criança (1990), a Convenção sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e seus Familiares (1990) e a Convenção sobre os Direitos de Pessoas com Deficiência (2006).

formal e abstrata de igualdade, objetivam o alcance da igualdade material e substantiva, por meio, por exemplo, de ações afirmativas, com vistas a acelerar o processo de construção da igualdade em prol de grupos socialmente vulneráveis.

Especificamente sobre o tema da orientação sexual e identidade de gênero, destaca-se a Resolução do Conselho de Direitos Humanos, adotada durante sua 17ª Sessão, em julho de 2011 sobre Direitos Humanos, orientação sexual e identidade de gênero (A/HRC/RES/17/19), em que o Conselho de Direitos Humanos expressou sua “grave preocupação” com a violência e a discriminação contra pessoas em razão de orientação sexual ou identidade de gênero¹². Tal Resolução possibilitou a elaboração de Relatório sobre leis e práticas discriminatórias e atos de violência contra pessoas em razão de sua orientação sexual e identidade de gênero (A/HRC/19/41) que ressaltou a violência sistemática e discriminação contra pessoas em razão de orientação sexual e identidade de gênero, ao redor do mundo, abarcando a discriminação no trabalho, no atendimento à saúde e educação, criminalização e ataques civis, inclusive mortes, além de tecer recomendações aos Estados para a plena implementação dos direitos humanos de lésbicas, gays, bissexuais e transgêneros. Vale destacar que, com base nesse relatório, pela primeira vez, em março de 2012 houve um painel formal de discussão sobre o tema no âmbito das Nações Unidas¹³.

Considerando o alcance da proteção da igualdade e da proibição da discriminação no sistema global, transita-se para o sistema regional europeu e sua jurisprudência emblemática na proteção ao direito à livre orientação sexual e identidade de gênero.

2. Proibição de Discriminação por Orientação Sexual e Identidade de Gênero no Sistema Regional Europeu de Proteção dos Direitos Humanos

A Convenção Europeia de 1950, em seu artigo 14, acolhe a cláusula da proibição da discriminação, ressaltando que

o gozo dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção deve ser assegurado sem quaisquer distinções, tais como as fundadas no sexo, raça, cor, língua, religião, opiniões políticas ou outras, origem nacional ou social, pertença a uma minoria nacional, riqueza, nascimento ou qualquer outra situação.

A Carta Social Europeia, adotada em 1961 e revisada em 1996, destaca os direitos sociais e econômicos, como os direitos à moradia, à saúde, à educação, ao trabalho, à proteção jurídica e social, dentre outros; além de garantir a igualdade e não-discrimina-

¹² A resolução A/HRC/RES/17/19 foi adotada por 23 votos favoráveis (Argentina, Bélgica, Brasil, Chile, Cuba, Equador, França, Guatemala, Hungria, Japão, Mauritius, México, Noruega, Polônia, República da Coreia, Eslováquia, Espanha, Suíça, Tailândia, Ucrânia, Reino Unido, Estados Unidos da América e Uruguai), 19 contrários (Angola, Bahrein, Bangladesh, Camarões, Djibouti, Gabão, Gana, Jordânia, Malásia, Maldivas, Mauritânia, Nigéria, Paquistão, Qatar, República de Moldova, Federação Russa, Arábia Saudita, Senegal e Uganda) e 3 abstenções (Burkina Faso, China e Zâmbia).

¹³ Para mais informações: <<http://www.ohchr.org/EN/Issues/Discrimination/Pages/LGBT.aspx>>.

ção em sua cláusula de não discriminação no Preâmbulo da Convenção¹⁴.

A Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção e o Combate à Violência contra as Mulheres e a Violência Doméstica, também conhecida como Convenção de Istambul, adotada em maio de 2011, foi a primeira convenção a incluir a proteção para mulheres lésbicas, bissexuais e transgêneros. O artigo 4º (3) dessa Convenção, sobre direitos fundamentais, igualdade e não discriminação, protege as mulheres contra discriminação e abrange expressamente a discriminação em razão de orientação sexual e identidade de gênero, reconhecendo-se a especial vulnerabilidade das mulheres LBT em relação à violência e múltipla discriminação.

Vale ainda destacar o Relatório produzido pelo Conselho da Europa em 2011 sobre discriminação em razão de orientação sexual e identidade de gênero na Europa¹⁵ e uma série de recomendações elaboradas no âmbito do Conselho da Europa sobre o tema da igualdade e proibição de discriminação em razão de orientação sexual e identidade de gênero¹⁶. Merece destaque a Recomendação CM/Rec(2010)5 do Comitê de Ministros aos Estados-Membros sobre medidas para o combate à discriminação em razão da orientação sexual ou da identidade de gênero, a qual trata de recomendações gerais e outras específicas sobre temas como: direito à vida, à segurança e à proteção contra a violência (“crimes de ódio” e outros incidentes motivados pelo ódio, “discursos de ódio”), liberdade de associação, liberdade de expressão e de reunião pacífica, direito ao respeito pela vida privada e familiar, emprego, educação, saúde, habitação, desportos, direito de pedir asilo, estruturas nacionais de direitos humanos e discriminação múltipla.

No sistema europeu emerge um vasto e significativo repertório jurisprudencial concernente aos direitos à livre orientação sexual e à identidade de gênero, não obstante a ausência de uma disposição específica e explícita sobre o tema da orientação sexual e identidade de gênero na Convenção Europeia de Direitos Humanos. Tal jurisprudência teve como agenda inaugural o combate à criminalização de práticas homossexuais consensuais entre adultos, no final da década de 1980. Posteriormente, outras violações foram enfrentadas pelo sistema europeu, como a discriminação baseada em orientação sexual (no final da década de 1990), casos relativos ao reconhecimento de direitos de transexuais (decisões favoráveis são proferidas a partir de 2002), adoção por homossexuais (decisões favoráveis são proferidas a partir de 2008) e o direito ao casamento (são os casos mais recentes decididos a partir de 2010).

¹⁴ O Comitê Europeu de Direitos Sociais, em decisão de 30 de março de 2009, considerou que declarações discriminatórias em que orientação homossexual era apresentada de maneira negativa e distorcida em material didático representavam discriminação em razão de orientação sexual, no caso *International Centre for the Legal Protection on Human Rights (INTERIGHTS) v. Croatia*, complaint n. 45/2007.

¹⁵ Council of Europe. *Discrimination on grounds of sexual orientation and gender identity in Europe*. 2nd edition. Strasbourg, Council of Europe Publishing, 2011. Disponível em: <http://www.coe.int/t/Commissioner/Source/LGBT/LGBTStudy2011_en.pdf>. Acesso em: 28 mar. 2014). Para mais informações, acessar: <http://www.coe.int/t/dg4/lgbt/Default_en.asp>.

¹⁶ Destaca-se a publicação do Conselho Europeu: *Combating Discrimination on grounds of sexual orientation or gender identity: Council of Europe standards*. Council of Europe, 2011. Disponível em: <http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/Publications/LGBT_EN.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2014.

2.1 Corte Europeia de Direitos Humanos: casos envolvendo o direito à livre orientação sexual e identidade de gênero

2.2.1 Casos relativos à proibição da criminalização de práticas homossexuais consensuais

Dentre as comunicações levadas à Corte Europeia sobre criminalização de práticas homossexuais consensuais, destaca-se o caso *Norris v. Irlanda*¹⁷ envolvendo denúncia de Davis Norris, ativista homossexual irlandês, fundador e presidente do Irish Gay Rights Movement, em face de leis irlandesas que criminalizam práticas homossexuais consensuais entre adultos. Argumentou o peticionário que tais medidas estariam a afrontar seu direito à privacidade, bem como estariam afetando gravemente sua saúde, propiciando um estado de depressão, agravado por abusos e ameaças de violência dos quais era vítima.

Em sentença proferida em 1988, a Corte Europeia acolheu a demanda e condenou a Irlanda, sob o fundamento de que tais leis constituiriam violação ao artigo 8º da Convenção Europeia (direito ao respeito à vida privada), sendo uma indevida ingerência estatal no direito ao respeito à vida privada, não justificável à luz do parágrafo 2º do artigo 8º da Convenção como uma medida “necessária em uma sociedade democrática”.

A Corte Europeia destacou que sr. Norris estava substancialmente na mesma situação tratada no caso *Dudgeon v. Reino Unido*¹⁸, em que a legislação então em vigor na Irlanda do Norte proibia e criminalizava qualquer prática homossexual. Ainda que a legislação não fosse aplicada, sua vigência constituía uma interferência continuada na vida privada do peticionário (inclusive sua vida sexual), uma vez que o peticionário deveria ou respeitar a lei e abster-se de relacionar-se (mesmo que em ambiente privado e com o consentimento de parceiro do mesmo sexo) em práticas sexuais proibidas nas quais ele tinha disposição em razão de sua orientação sexual; ou ele cometeria tais atos proibidos e assim estaria sujeito a uma persecução penal¹⁹.

A Corte considerou que não se poderia admitir que na Irlanda haveria uma “pressão social” que exigisse tornar práticas homossexuais em ofensas criminais. Ainda que parcela da sociedade irlandesa eventualmente considerasse homossexuais como “imorais” e pudesse sentir-se chocada, ofendida ou mesmo perturbada, para a Corte, isso por si só não pode justificar a aplicação de sanção penal a práticas sexuais consentidas entre

¹⁷ Caso *Norris v. Irlanda*, n. 10581/83, j. 26.10.1988. No mesmo sentido, ver caso *Dudgeon v. Reino Unido*, n. 7525/76, j. 22.10.1981. A respeito de proibição de práticas homossexuais e idade de consentimento, ver: caso *L and V v. Áustria*, n. 39392/98 e n. 39829/98, j. 9.01.2003; caso *S.L v. Áustria*, n. 45330/99, j. 9.01.2003; caso *B.B. v. Reino Unido*, n. 53760/00, j. 10.02.2004.

¹⁸ Caso *Dudgeon v. Reino Unido*, n. 7525/76, j. 22.10.1981. Nesse caso, a Corte Europeia de Direitos Humanos considerou que houve violação ao artigo 8º (respeito à vida privada) da Convenção Europeia de Direitos Humanos, tendo em vista que a restrição imposta ao sr. *Dudgeon* era desproporcional aos fins buscados, quais sejam de proteção “dos direitos e liberdades de outros” e da “moral”.

¹⁹ Nesse sentido, vide parágrafo 32 e seguintes da sentença ref. Caso *Norris v. Irlanda*, e parágrafo 41 da decisão ref. caso *Dudgeon v. Reino Unido*, j. 22.10.1981.

adultos, caracterizando-se uma ingerência injustificada na vida privada do sr. Norris.

A Corte Europeia enfrentou situação similar no caso *Modinos v. Cyprus*²⁰, em que o peticionário Alec Modinos, presidente do Liberation Movement of Homosexuals in Cyprus, questionou a legislação penal nacional de criminalização de relações homossexuais consensuais entre adultos. No mesmo sentido, a Corte acolheu a demanda e condenou Cyprus, sob o fundamento de que tais leis constituiriam violação ao artigo 8º da Convenção Europeia (direito ao respeito à vida privada), sendo uma injustificada ingerência estatal no direito ao respeito à vida privada.

Também no caso *A.D.T. v. Reino Unido*²¹, a Corte considerou que houve violação ao artigo 8º (direito ao respeito à vida privada) da Convenção, em razão de legislação de criminalização de relações homossexuais. O principal argumento do peticionário A.D.T. era que sua acusação e condenação por participar, em ambiente particular e em sua própria casa, de atos sexuais consentidos com mais de uma pessoa adulta do sexo masculino constituía em interferência em sua vida privada. Para a Corte, tais atos sexuais entre pessoas do mesmo sexo, em grupo e em ambiente privado eram puramente de natureza privada e a margem de apreciação do Estado era restrita. Ademais, não havia “pressão social” a justificar a legislação em questão ou sua aplicação em procedimentos criminais contra o peticionário. Nesse sentido, a Corte Europeia de Direitos Humanos, seguindo sua jurisprudência já mencionada, condenou o Reino Unido pela violação ao direito à vida privada do peticionário.

Observa-se, assim, entendimento jurisprudencial no sentido de que legislação penal que criminaliza práticas homossexuais consensuais entre adultos, seja entre dois ou mais indivíduos, em ambiente privado, viola o direito ao respeito à vida privada e familiar, nos termos do artigo 8º da Convenção Europeia de Direitos Humanos. Ressalta-se que tal violação ocorre pela simples vigência de normativa penalizadora, ainda que não haja investigação, processamento e final punição de indivíduos por atos e práticas sexuais consentidas de caráter homossexual.

2.2.2 Casos relativos à proibição da discriminação baseada em orientação sexual

Outros casos emblemáticos decididos pela Corte Europeia acerca da proibição da discriminação com base em orientação sexual são os casos *Perkins e R. v. Reino Unido*²² e *Beck, Copp e Bazeley v. Reino Unido*²³. Ambos referem-se à demissão de homossexuais das forças armadas no Reino Unido, após investigação de suas vidas privadas. Os peticionários, todos nacionais do Reino Unido, servindo nas forças armadas britânicas, foram demitidos com base em sua orientação sexual.

²⁰ Ver *Modinos v. Cyprus*, Application n.15070/89, Judgment 22.04.1993.

²¹ Caso *A.D.T. v. Reino Unido*, n. 35765/97, j. 31.07.2000.

²² Caso *Perkins e R. v. Reino Unido*, n. 43208/98 e 44875/98, j. 22.10.2002.

²³ Caso *Beck, Copp e Bazeley v. Reino Unido*, n. 48535/99, 48536/99 e 48537/99, j. 22.10.2002. No mesmo sentido, ver: caso *Lustig-Prean e Beckett v. Reino Unido*, n.31417/96 e 32377/96, j. 27.09.99; caso *Smith and Grady v. Reino Unido*, n. 33985/96, j. 27.09.99.

O Sr. Perkins servia na Marinha britânica (Royal Navy) como assistente médico desde 1991, sendo descrito como competente e com muito bom caráter. Admitiu sua condição de homossexual em uma entrevista, após as autoridades navais terem recebido a informação concernente à sua orientação sexual. A Sra. R., por sua vez, ingressou na Marinha (Royal Navy) em 1990, estagiando como operadora de rádio. Em 1992, foi aprovada em um exame de qualificação profissional para operadora de rádio “primeira classe”, sendo o seu caráter reconhecido como muito bom. Depois que uma colega – para quem teria confidenciado ter tido uma breve relação lésbica com uma civil – informou às autoridades a respeito de sua homossexualidade, foi ela submetida a uma entrevista e demitida.

O Sr. Beck ingressou na Aeronáutica (Royal Air Force) em 1976. Quando de sua demissão, em virtude de sua homossexualidade, era um analista de sistema de comunicações, com uma conduta profissional exemplar e altamente recomendado para promoção. Já o Sr. Copp ingressou na Army Medical Corps em 1978. Após receber uma promoção, sendo-lhe designado um posto na Alemanha em 1981, ele declarou sua homossexualidade, a fim de que não fosse separado de seu companheiro (um civil), tendo sido, por isso, demitido. O Sr. Bazeley entrou na Royal Air Force em 1985. Quando de sua demissão, era assistente de voo, considerado com bom potencial. Durante entrevista admitiu sua condição de homossexual, após sua carteira ter sido localizada contendo cartões de dois clubes homossexuais, tendo sido, por este motivo, também demitido.

Sem qualquer sucesso, os peticionários adotaram todas as medidas internas, visando reformar a decisão de demissão, sob o argumento de discriminação por orientação sexual. Alegaram ainda que a política do Ministério da Defesa do Reino Unido, relativa a não presença de homossexuais nas forças armadas, era “irracional” e contrária à Convenção Europeia de Direitos Humanos.

A Corte acolheu ambos casos e reafirmou decisão anterior em casos similares (caso Lustig-Prean e Beckett e caso Smith e Grady, ambos em face do Reino Unido) de que a política de banir a presença de homossexuais nas forças armadas, mediante investigação da vida privada e sexualidade, constituía violação ao artigo 8º (direito ao respeito à vida privada) da Convenção Europeia. A Corte ressaltou que não havia razões convincentes e consistentes que justificassem a política contra homossexuais nas forças armadas e contínua investigação da orientação sexual do peticionário após confirmada sua homossexualidade às autoridades. Para a Corte Europeia, tal prática caracterizava uma indevida ingerência no direito ao respeito à vida privada, não justificável à luz do parágrafo 2º do artigo 8º da Convenção como uma medida “necessária em uma sociedade democrática”.

Vale ainda mencionar que em ambos casos a Corte considerou que o argumento dos peticionários de violação ao artigo 14 (proibição de discriminação) combinado com o artigo 8º não ensejava outra discussão separada, visto se referir a mesma questão, ainda que tratada sob diferente aspecto, da já analisada pela Corte quanto à violação do artigo 8º.²⁴

²⁴ No caso Beck, Copp e Bazeley v. Reino Unido, seguindo decisão semelhante no caso Smith e Grady v.

No paradigmático caso *Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal*²⁵, a Corte Europeia, pela primeira vez, considerou que o tratamento diferenciado em razão de orientação sexual violava a proibição de tratamento discriminatório prevista no artigo 14 da Convenção, em relação ao direito ao respeito à vida privada e familiar.

O peticionário português foi casado e teve uma filha. Após o divórcio, passou a viver uma relação homossexual com outro homem e foi impedido de manter contato com sua filha, a qual foi mantida sob os cuidados da mãe e posteriormente dos avós maternos. Houve disputa judicial a respeito do poder parental e, não obstante parecer e decisão favorável ao peticionário, em grau de recurso o poder parental foi mantido com a mãe, com base em decisão que se fundamentou na orientação sexual do peticionário e em sua relação homossexual, para determinar em que consistiria o “melhor interesse da criança”.

A Corte Europeia condenou Portugal por afronta ao artigo 14 (proibição de discriminação) em conjunção ao artigo 8º (respeito ao direito à vida privada e familiar), sob o argumento de que teria ocorrido violação ao princípio da proporcionalidade. Enfatizou que a decisão da justiça portuguesa, ao embasar-se fundamentalmente na homossexualidade do peticionário e no argumento de que “criança deveria viver em uma família tradicional portuguesa” para negar-lhe o direito ao poder parental, estava a adicionar critério não previsto em lei, em direta afronta ao princípio da proporcionalidade, por “inexistir uma relação razoável entre os meios utilizados e o fim perseguido”.

A Corte Europeia ressaltou que no exercício de direitos e liberdades garantidos na Convenção, o artigo 14 da Convenção Europeia confere proteção contra tratamento diferente, sem justificativa objetiva e razoável, a pessoas em similar situação. E, nesse sentido, passou a analisar se houve diferença no tratamento e, em caso positivo, se tal distinção poderia ser justificada.

Nesse contexto, foi constatado que houve diferença de tratamento entre o peticionário e a mãe da criança, em razão da orientação sexual do peticionário — critério indubitavelmente abrangido pelo artigo 14 da Convenção Europeia, cuja lista é meramente ilustrativa e não exaustiva como se observa na própria expressão “sem quaisquer distinções, tais como”. De acordo com a jurisprudência europeia, uma diferença de tratamento é discriminatória quando não há justificativa objetiva e razoável, o que significa que não busca um fim legítimo ou não há relação razoável de proporcionalidade entre os meios empregados e o fim a ser realizado.

Embora a decisão da Corte de Apelação de Lisboa tenha buscado um fim legítimo, qual seja, a proteção da saúde e direitos da criança, ao examinar a apelação da mãe, introduziu novo fator – a orientação sexual do peticionário – a ser considerado na atribuição do poder parental, de maneira que a criança deveria viver em “família tradicional portuguesa” e que a criança não deveria crescer em ambiente de “situações anormais”.

Reino Unido, a Corte ainda considerou que houve violação ao artigo 13 (direito a um recurso efetivo) da Convenção, uma vez que os peticionários não dispunham de um recurso efetivo na esfera doméstica em relação à violação de seus direitos ao respeito à vida privada.

25 Caso *Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal*, n.33290/96, j. 21.03.2000.

A Corte Europeia destacou que o tribunal nacional fez uma distinção baseada em considerações relacionadas à orientação sexual do peticionário, distinção inaceitável nos termos da Convenção Europeia de Direitos Humanos e condenou Portugal pela violação ao direito ao respeito à vida privada e familiar (artigo 8º) tomado em conjunto à proibição de discriminação (artigo 14). Entendeu a Corte Europeia que a decisão em si mesma constitui uma justa reparação ao dano sofrido pelo peticionário e determinou pagamento de custas e taxas.

No caso *Kozak v. Polônia*²⁶, após a morte de seu parceiro homossexual, o peticionário sr. Kozak iniciou procedimento em face da municipalidade a fim de ser reconhecido como sucessor em contrato de arrendamento de apartamento em nome do companheiro falecido. Os tribunais poloneses consideraram que o peticionário havia se mudado do apartamento e parado de pagar as parcelas antes da morte do companheiro e também que a convivência marital de facto era pré-requisito para a sucessão em questão, relação que poderia existir somente entre pessoas de sexo oposto.

A Corte Europeia considerou que houve violação ao artigo 14 (proibição de discriminação) considerado em conjunto com o artigo 8º (direito ao respeito do domicílio) da Convenção Europeia de Direitos Humanos. Para a Corte, ainda que fosse legítimo o fim perseguido pelo Estado no caso em análise – qual seja, a proteção de famílias tradicionais –, o Estado deveria levar em consideração desenvolvimento e mudanças da sociedade, inclusive o fato de não haver uma única forma ou uma única opção na esfera de vida familiar e privada. Tendo em vista a restrita margem de apreciação do Estado em casos de diferença de tratamento em razão de orientação sexual, uma exclusão generalizada de sucessão em contrato de arrendamento para pessoas vivendo em relacionamento homossexual não pode ser considerada aceitável.

A Corte retomou julgados anteriores e ressaltou que no exercício de direitos e liberdades garantidos pela Convenção, o artigo 14 confere proteção contra tratamento desigual, sem justificativa objetiva e razoável, de pessoas em situações similares. Entretanto, nem toda diferença no tratamento resultará em violação ao dispositivo mencionado; pois os Estados-Partes da Convenção Europeia tem uma margem de apreciação para avaliar se e em qual medida diferenças em situações similares justificam tratamento jurídico diferente.

Nesse sentido, a fim de verificar se houve violação ao artigo 14, é preciso analisar se há justificativa objetiva e razoável para a diferença impugnada, em outras palavras, é necessário avaliar se há “fim legítimo” e “razoável proporcionalidade entre os meios empregados e a finalidade almejada”. Em relação à orientação sexual, a Corte destacou que tal conceito não apenas é protegido pelo artigo 14, como também exige razões mais consistentes para justificar eventual diferença de tratamento, pois a margem de apreciação concedida aos Estados é mais restrita. Em tais circunstâncias o princípio da proporcionalidade requer, além da análise sobre a razoabilidade dos meios empregados quanto aos fins buscados, a demonstração de que os meios eram necessários no contexto em

²⁶ Caso *Kozak v. Polónia*, n. 13102/02, j. 02.03.2010. No mesmo sentido, ver: Caso *Karner v. Austria*, n. 40016/98, j. 24.07.2003.

que foram adotados. E mais, se a justificativa para a diferença de tratamento se basear somente na orientação sexual do peticionário, isso pode caracterizar discriminação nos termos da Convenção.

Para os tribunais poloneses, a legislação nacional não reconhecia relações entre pessoas do mesmo sexo e a convivência marital de fato somente existiria quando um homem e uma mulher convivessem com estáveis vínculos afetivos e físicos. Assim, os tribunais consideraram que, devido à orientação sexual do sr. Kozak e sua relação homossexual com o falecido, não seria sequer necessário examinar outros critérios para a sucessão no arrendamento do apartamento em nome do falecido.

Para a Corte Europeia, tal posição demonstrou claramente que a principal questão considerada pelos tribunais nacionais foi relacionada à orientação sexual do peticionário, e não outros critérios que eventualmente poderiam excluir o peticionário da sucessão. Quanto à análise sobre justificativa objetiva e razoável para a distinção impugnada a respeito de casais de mesmo sexo e casais de sexos diferentes, a Corte Europeia considerou que, embora a proteção da família em seu sentido tradicional seja, a princípio, uma razão legítima para justificar diferença de tratamento, para alcançar tal finalidade uma infinidade de medidas podem ser implementadas pelo Estado. Nesse contexto, dado que a Convenção Europeia de Direitos Humanos é um “instrumento vivo”, a ser interpretado à luz das condições atuais, o Estado deve necessariamente levar em consideração o desenvolvimento na sociedade e mudanças na percepção de questões sociais, civis e de relacionamentos, inclusive o fato de que não existe uma única forma ou uma única escolha a seguir e viver a vida privada e familiar.

Tendo em vista a restrita margem de apreciação do Estado quanto à adoção de medidas que resultem em diferença baseada na orientação sexual, a exclusão geral de pessoas vivendo em relacionamento homossexual da sucessão em arrendamento de imóvel compartilhado pelo casal não pode ser aceita como uma medida necessária para proteção da família em seu sentido tradicional. Assim, a Corte condenou a Polônia pela violação ao artigo 14 combinado com artigo 8º da Convenção.

2.2.3 Casos relativos ao reconhecimento de direitos de transexuais

O caso *Christine Goodwin v. Reino Unido*²⁷ tem como objeto o reconhecimento jurídico de transexual que realizou operação de mudança do sexo masculino para feminino, bem como tratamento diferenciado especialmente na esfera trabalhista, seguridade social, pensão e casamento no Reino Unido.

A peticionária, com registro de nascimento do sexo masculino, viveu como uma

²⁷ Caso *Christine Goodwin v. Reino Unido*, n. 28957/95, j. 11.7.2002 [Grand Chamber]. Na mesma direção, consultar caso *I. v. Reino Unido*, n.25680/94, j. 11.07.2002. Vale comentar que a decisão no caso *Christine Goodwin* representou uma mudança jurisprudencial da Corte, que até então era relutante em reconhecer o direito à não discriminação de transexuais e considerava que os Estados gozavam de ampla margem de apreciação nessa temática. A título exemplificativo, em caso similar julgado em 1990 (caso *Cossey v. Reino Unido*, n. 10843/84, j. 27.09.1990) a Corte Europeia concluiu que não restariam violados o artigo 8º (por 10 a 8 votos) nem tampouco o artigo 12 (por 14 a 4 votos). A mudança jurisprudencial revela avanços interpretativos da Corte Europeia, com base na interpretação dinâmica e evolutiva.

mulher de 1985 a 1990, submetendo-se a cirurgia para mudança de sexo pelo serviço nacional de saúde. Denunciou a falta de reconhecimento jurídico da mudança de sexo, aludindo existir documentos nos quais ainda constavam seu sexo como sendo masculino, o que lhe causava dificuldades, constrangimentos e humilhações. Ademais, por não poder alterar o sexo (masculino) constante nos registros civis, mesmo registrada como de sexo feminino no âmbito do trabalho, a peticionária não tinha acesso à aposentadoria aos 60 anos (idade aplicável às mulheres), vendo-se obrigada a pagar contribuições até a idade de 65 anos. A peticionária também denunciou a violação ao direito ao casamento, restritivamente entendido como uma união entre um homem e uma mulher.

A Corte assumiu a necessidade de recorrer a uma interpretação dinâmica e evolutiva, de modo a aplicar a Convenção à luz das condições da realidade atual. Ressaltou que a falta de consenso na sociedade a respeito do status de um transexual (pós-operação) não pode ser compreendida como uma mera inconveniência ou formalidade. No entendimento da Corte, não parece lógico permitir que a aludida cirurgia seja feita pelo sistema nacional de saúde e depois o próprio Estado negar suas implicações e impacto jurídico – situação que tem gerado à peticionária consequências de alta relevância.

Afirmou a Corte existir uma tendência internacional em favor da aceitação social de transexuais, bem como do reconhecimento jurídico de sua nova identidade de gênero (após a operação para a mudança de sexo). Considerou que exceções têm sido admitidas para incluir alterações no sistema de registro de nascimento – como, por exemplo, na hipótese de adoção ou legitimação de filhos – e adicionar uma nova exceção relativa aos transexuais não colocaria em risco o sistema de registros como um todo, nem traria prejuízos a terceiros. A Corte realçou ser a essência real da Convenção assegurar o respeito à dignidade humana e à liberdades, o que abrangeria, no século XXI, o direito de transexuais ao desenvolvimento pessoal e à segurança física e moral de forma plena, tal como assegurado às demais pessoas. Tomanda em conta que a zona intermediária em que os transexuais pós-operados se situam não é mais sustentável, a Corte Europeia ressaltou não haver qualquer suposto interesse público a caracterizar a chamada “margem de apreciação” do Estado para eventualmente legitimar uma restrição do direito da peticionária de obter reconhecimento jurídico de sua identidade de gênero. Nesse sentido, a Corte considerou que houve violação do direito ao respeito à vida privada e familiar, previsto no artigo 8º da Convenção.

No que tange ao direito de casamento da peticionária, observou a Corte que, embora o artigo 12 da Convenção trate do direito ao casamento com expressa referência ao direito “do homem e da mulher” de se casar e de constituir uma família, tal previsão não obsta a pretensão da peticionária de casar-se e formar uma família – inclusive tendo em vista que não pode ser apenas considerado o critério puramente biológico para a definição dos sexos, ignorando-se a alteração após cirurgia de transexual. A Convenção deve levar em consideração as profundas mudanças sofridas pela instituição do casamento, bem como os extraordinários avanços da medicina e da ciência no campo da transexualidade.²⁸ Com fundamento no direito ao respeito à vida privada (artigo 8º da

²⁸ Vale comentar que a Corte Europeia considerou ainda que a Carta dos Direitos Fundamentais da União

Convenção), a Corte sustentou que fatores biológicos não mais poderiam ser decisivos para negar o reconhecimento jurídico à mudança de sexo, nem tampouco privar a petionária do direito ao casamento. Para a Corte, ainda que caiba ao Estado determinar as condições e formalidades para o casamento de transexual, não há justificativa para impedir uma pessoa transexual do exercício do direito de contrair casamento sob quaisquer circunstâncias. Assim, a Corte concluiu pela violação a artigo 12 (direito ao casamento e a fundar uma família).

Na mesma direção, destaca-se o caso *Grant v. Reino Unido*²⁹, objetivando o reconhecimento jurídico da mudança de sexo de transexual, bem como a concessão de aposentadoria, considerando a idade mínima aplicável a mulheres, com fundamento no artigo 8º da Convenção Europeia (direito ao respeito pela vida privada e familiar). A petionária é um indivíduo transexual, com 68 (sessenta e oito) anos, já submetido à operação para a mudança de sexo (masculino para feminino). Identifica-se como mulher desde 1963 para fins previdenciários, efetuando o pagamento das contribuições com base no critério aplicável às mulheres (até 1975, quando a diferença de valores foi abolida). Solicitou, assim, o direito à aposentadoria ao Estado quando alcançados os 60 anos, tendo sido seu pedido indeferido, sob o entendimento de que a idade mínima, no caso, seria 65 anos (idade para o sexo masculino). Foi interposto recurso da decisão, sem qualquer sucesso.

Entendeu a Corte que, na hipótese, estaria caracterizada a violação ao artigo 8º da Convenção Europeia, devido à falta de reconhecimento legal da mudança de sexo da petionária. Adicionou inexistir qualquer justificativa para a negativa de tal reconhecimento, considerando a realização da operação para a mudança de sexo. Foi observado que a petionária Grant encontrava-se em situação idêntica àquela analisada no caso *Christine Goodwin*. Embora o governo do Reino Unido tenha tomado medidas para cumprir a decisão daquele caso, não se tratava de suspender a condição de vítima da petionária Grant. De acordo com a decisão no caso *Christine Goodwin*, não haveria mais qualquer justificativa para o não reconhecimento da mudança de sexo de transexuais após operação. E a petionária Grant não tinha naquela circunstância qualquer possibilidade de obter tal reconhecimento jurídico e poderia questionar tal violação. Essa situação foi cessada em 2004 com a adoção de lei (*Gender Recognition Act*) que possibilitou a obtenção de reconhecimento jurídico em âmbito doméstico. Para a Corte, o não reconhecimento jurídico da identidade de gênero de Grant iniciou após o julgamento do caso *Goodwin*, quando as autoridades se recusaram a dar efeito a sua queixa, até a entrada em vigor da legislação em 2004 – o que configurou afronta a seu direito ao respeito à vida privada, nos termos do artigo 8º da Convenção Europeia.

Em 2007, a Corte considerou caso sobre ausência de legislação que possibilite Europeia, adotada em 7 de dezembro de 2000, pouco antes do julgamento do caso *Christine Goodwin* em 2002, previa em seu artigo 9º, sobre o direito de contrair casamento e de constituir família, que “O direito de contrair casamento e o direito de constituir uma família são garantidos pelas legislações nacionais que regem o respectivo exercício” – dispositivo com redação bastante similar ao artigo 12 da Convenção Europeia de Direitos Humanos, mas sem qualquer referência aos termos “o homem e a mulher”.

²⁹ Caso *Grant v. Reino Unido*, n. 32570/03, Judgment 23.5.2006 [Section IV]

pessoa transexual a se submeter à cirurgia de completa redesignação de gênero e mudar sua identificação em documentos oficiais. Trata-se do caso *L. v. Lituânia*³⁰ em que L., nascido biologicamente do sexo feminino, se viu impedido de se submeter a uma cirurgia para completa adequação de gênero e alterar documentação civil para constar sua verdadeira identidade de gênero (masculino).

Embora o peticionário tenha sofrido compreensível situação de estresse e frustração pelo impedimento de se submeter à mencionada cirurgia, a Corte Europeia considerou que não houve violação ao artigo 3º (proibição de tratamento desumano ou degradante) da Convenção, por não se tratar no caso de circunstância de intenso sofrimento, envolvendo condições excepcionais de ameaça à vida, como na situação prevista no mencionado dispositivo.

Por outro lado, a Corte considerou que houve violação ao artigo 8º da Convenção (direito ao respeito à vida privada e familiar). A legislação da Lituânia reconhecia direito de transexuais a mudar seu sexo biológico, e também seu status civil. Entretanto, havia uma lacuna diante da ausência de regulamentação sobre o procedimento cirúrgico para completa adequação de gênero. Pelo Código Civil, em vigor em 2001, uma pessoa adulta não casada tem o direito de submeter-se à cirurgia de redesignação de gênero, se for possível do ponto de vista médico. Tal requerimento deveria ser feito por escrito e as condições e procedimento para tal operação seria definida em lei. Entretanto, tal lei não foi adotada e em 2006 a Corte Constitucional da Lituânia decidiu os tribunais poderiam preencher a lacuna diante da ausência de regulamentação do procedimento médico quando necessário para a proteção de direitos e liberdades de um indivíduo em particular.

A Corte ressaltou que até que tal legislação fosse adotada, nenhuma instituição de saúde parecia ser acessível ou disponível para tal procedimento na Lituânia. Consequentemente, o peticionário se viu numa situação intermediária pré-operação, tendo se submetido a uma cirurgia parcial (retirada dos seios) e com certos documentos civis alterados (mas ainda constando numeração indicativa do gênero feminino). Enquanto L. não se submeter a uma cirurgia de completa adequação de gênero, sua documentação civil não poderia ser alterada e, em situações significativas de sua vida privada (tais como oportunidades de emprego e viagem ao exterior) L. permanecia como mulher, não obstante sua identidade de gênero (masculino). A lacuna legislativa levou o peticionário a uma situação de estresse e incerteza a respeito de sua vida privada e ao reconhecimento de sua verdadeira identidade. Para a Corte, restrições orçamentárias no sistema público de saúde poderia justificar alguns atrasos iniciais na implementação de direitos de transexuais previstos no Código Civil, mas não o atraso por mais de quatro anos. Tendo em vista o limitado número de pessoas envolvidas (a previsão não oficial era de cerca de cinquenta pessoas), a previsão orçamentária para tanto não seria demasiadamente custosa. Para a Corte, o Estado deixou de conduzir a questão considerando o interesse público e os direitos do peticionário, violando o respeito à vida privada previsto artigo 8º da Convenção Europeia.

³⁰ Caso *L. v. Lituania*, n. 27527/03, j. 11.09.2007.

No caso de *Schlumpf v. Suíça*³¹, a Corte analisou a recusa pelo seguro de saúde da petionária de pagar os custos de sua operação de mudança de sexo sob argumento de que ela não teria cumprido período de observação de dois anos para exames e diagnóstico antes da cirurgia de redesignação de gênero, como requerido pelos tribunais como condição para pagamento dos custos de tais operações, não obstante acompanhamento médico e tratamento anterior.

A petionária *sra. Schlumpf* foi registrada ao nascer como de sexo masculino. De acordo com relatório médico especializado, *Sra. Schlumpf* iniciou terapia hormonal e passou a receber tratamento psiquiátrico e endocrinológico desde 2003. Foi confirmado seu diagnóstico de transexualismo masculino-feminino e considerado que ela preenchia todas condições para se submeter a uma operação de mudança de sexo. Em 2004, a petionária requereu o pagamento dos custos da operação para sua seguradora de saúde, o que foi recusado sob argumento de que haveria uma cláusula obrigatória de exigência de um período de observação de dois anos em que a paciente seria obrigada a receber tratamento psiquiátrico e endocrinológico para diagnóstico de “verdadeiro transexualismo” para posterior inclusão de reembolso dos custos de uma operação de mudança de sexo. Após uma operação bem-sucedida, a petionária solicitou pagamento das despesas para seguradora de saúde, o que foi negado. Em disputa judicial, a petionária teve negado seu pedido de produção de prova pericial sobre tratamento de seu transexualismo e também a solicitação de audiência, sob argumento de que as questões relevantes eram de natureza jurídica sem a necessidade de uma audiência pública. Em decisão final no âmbito doméstico, foi considerado que havia justificativa adequada para o não reembolso dos custos da cirurgia pela seguradora em razão de não observância do período exigido de dois anos.

A Corte considerou que houve violação ao artigo 6.1 da Convenção (direito a um processo equitativo), em razão de recusa dos tribunais nacionais de apreciar prova pericial a respeito de responsabilidade por custos médicos incorridos com a operação de mudança de sexo e pela falta de procedimento público, com a negativa de realização de audiência diante da jurisdição nacional para discussão sobre o reembolso das despesas com a realização da cirurgia.

Os procedimentos instaurados pela petionária na jurisdição nacional tratavam de sua liberdade de decidir sobre sua identidade de gênero. Embora a Convenção não garanta qualquer direito ao reembolso de despesas médicas efetuadas para operação de mudança de sexo e a petionária não tenha sido impedida de se submeter a uma operação cirúrgica, os dois anos de espera imposta pela seguradora em detrimento das opiniões claras dos especialistas, considerando a idade relativamente avançada da petionária, foi suscetível de influenciar a sua decisão de se submeter à operação sem aguardar esse lapso. Para a Corte, as autoridades nacionais deveriam ter tomado em consideração as opiniões de especialistas para determinar se haveria uma situação excepcional em relação à regra dos dois anos de observação, especialmente considerando a idade avançada da petionária (ela tinha mais de 67 anos quando solicitou o pagamento da

³¹ Caso de *Schlumpf v. Suíça*, n. 29002/06, j. 08.01.2009.

operação) e seu interesse em passar pela cirurgia sem demora. Além disso não foi tomado em conta os avanços médicos na identificação de transexualismo “genuíno” desde a definição desse período de dois anos como exigência para o reembolso de despesas da operação. O respeito pela vida privada da sra. Schlumpf teria exigido que fatos médicos, biológicos e psicológicos, os quais haviam sido inequivocamente apresentados pelos especialistas médicos, fossem levados em conta para evitar a aplicação mecânica do período de observação de dois anos. Perante situação muito peculiar da peticionária e limitada margem de apreciação do Estado demandado em relação a uma questão sobre um dos aspectos mais íntimos da vida privada, a Corte Europeia concluiu que não havia sido atingido um justo equilíbrio entre os interesses da sra. Schlumpf e da companhia de seguros. Configurando-se assim uma violação ao artigo 8º da Convenção (respeito à vida privada e familiar), na medida em que o período de carência foi aplicado mecanicamente, sem considerar a idade da peticionária, cuja decisão de se submeter a tal operação poderia ser afetada por tal demora, além de prejudicar sua liberdade de determinar sua identidade de gênero.

2.2.4 Casos relativos ao direito à adoção por homossexuais

No caso *Fretté v. França*³², envolvendo adoção por homossexual, a Corte Europeia entendeu que a França, ao negar o direito de adoção pelo peticionário homossexual, não estaria a violar o artigo 14 em conjunção ao artigo 8º da Convenção, em sentença proferida em 26 de fevereiro de 2002. Na hipótese, após ter assumido sua homossexualidade, o “Paris Social Service Department” recomendou ao peticionário que não prosseguisse no processo de adoção. Ao final, indeferiu o pleito sob o argumento de que o peticionário não ofereceria um “modelo estável de maternidade” para a criança a ser adotada, tendo ainda dificuldades em avaliar o impacto decorrente da adoção de uma criança. A Corte sustentou que tal decisão estaria amparada na doutrina da “margem de apreciação” conferida ao Estado – que não poderia, contudo, simbolizar arbitrariedade. Para a Corte, as autoridades nacionais tinham legitimidade para considerar que o direito de ser apto para adotar poderia ser limitado pelos interesses da criança a ser adotada, sem deixar de considerar as aspirações legítimas do peticionário e colocar em questão suas escolhas. Concluiu que o tratamento diferenciado dado pela França ao caso não representaria violação aos artigos 8º e 14 da Convenção Europeia (decisão tomada por 4 votos a 3 votos). Somente entendeu a Corte estar violando o artigo 6º da Convenção, por afronta ao devido processo legal, alegando falhas no curso do processo de adoção, que teriam implicado a ofensa ao contraditório, em prejuízo do peticionário.

Já no caso *E.B. v. França*³³, sentenciado em 22 de janeiro de 2008, com base na interpretação dinâmica e evolutiva, concebendo a Convenção como um *living instrument* a ser interpretada à luz dos tempos atuais, a Corte Europeia condenou a França por indeferir a adoção por homossexual solteira, com fundamento na afronta ao artigo 14 combinado com artigo 8º da Convenção. Sustentou que a legislação francesa permite a

³² Caso *Fretté v. França*, n. 36515/97, j. 26.02.2002.

³³ Caso *E.B. v. França*, n.43546, j. 22.01.2008 [Grand Chamber].

adoção por pessoas solteiras, o que estaria a permitir a adoção pela petionária. Note-se que, no caso, o pleito de adoção foi formulado de forma individualizada e não pelo casal. Ao aludir ao precedente Salgueiro da Silva Moura v. Portugal, a Corte sustentou que a negativa da adoção na hipótese representou uma distinção baseada em considerações relacionadas à orientação sexual da petionária e ressaltou ainda que a decisão estaria a louvar a proteção do interesse maior da criança, uma vez que, ao contrário da situação no caso Fretté, estariam comprovadas as qualidades e capacidades emocionais da petionária ao longo do processo de adoção. A Corte observou que a homossexualidade da petionária foi um fator determinante na recusa de seu pedido de adoção, visto que a legislação francesa permitia que pessoas solteiras adotassem uma criança, abrindo-se a possibilidade de adoção por uma só pessoa homossexual.

No caso Gas e Dubois v. França³⁴, a Corte analisou a recusa de adoção pela primeira petionária da filha da segunda petionária (denominada adoção simples, em que se estabelece uma segunda relação jurídica entre pais e filhos, além da relação pai-filho original, baseada em laços sanguíneos; em oposição à adoção plena, em que a nova relação jurídica substitui a original). Ambas petionárias conviviam em relação afetiva muitos anos antes de a criança ter sido concebida via inseminação artificial de doador desconhecido e registrada apenas no nome de uma das petionárias, a mãe biológica.

Para a Corte, diferente das circunstâncias do caso E.B. v. França, em que foi debatido o pedido de adoção feito por uma pessoa homossexual solteira, a situação do caso Gas e Dubois se referia à recusa de adoção simples de uma criança, questão associada à responsabilidade parental transferida ao potencial adotante, não relacionada ao melhor interesse da criação, visto que a mãe adotiva tinha intenção de continuar cuidando da criança.

Argumentou a Corte que a legislação francesa permitia inseminação artificial de doador anônimo apenas a casais heterossexuais inférteis e não permitia a criação de uma relação adotiva como a buscada pelas petionárias. A Corte considerou, assim, que não houve violação do artigo 14 (proibição de discriminação), combinado com o artigo 8º (direito ao respeito à privada e à vida familiar) da Convenção Europeia. A Corte considerou que a situação das petionárias não poderia ser comparável à de casais heterossexuais quando se tratava de adoção por um segundo pai ou mãe, por não haver qualquer evidência de uma diferença no tratamento com base na orientação sexual das petionárias, como casal homossexual em união civil foram igualmente proibidos de obter uma ordem de adoção simples. Quanto ao argumento das petionárias de que casais homossexuais em união civil poderiam contornar a proibição mencionada ao se casar, a Corte reiterou as suas conclusões sobre o acesso ao casamento para casais do mesmo sexo e margem de apreciação do Estado nessa temática³⁵.

Recentemente, a Corte Europeia considerou situação semelhante no caso X e outros v. Áustria³⁶. Este processo dizia respeito a queixa submetida por duas mulheres que

³⁴ Caso Gas e Dubois v. França, n. 25951/07, j. 15.03.2012.

³⁵ Ver caso Schalk e Kopf v. Áustria, a ser tratado no item seguinte.

³⁶ Caso X e outros v. Áustria, n. 19010/07, j. 19.02.2013 [Grand Chamber].

vivem em relação homossexual estável sobre a recusa dos tribunais austríacos de conceder a uma das petionárias o direito de adotar o filho da outra parceira, sem romper os laços jurídicos da mãe com a criança. O argumento central das petionárias era de que não havia justificativa objetiva e razoável para permitir a adoção de filho de um dos parceiros pelo outro parceiro, se tratasse de casais heterossexuais, fossem eles casados ou solteiros, enquanto se proíbe a adoção de um filho de um parceiro pelo outro parceiro no caso dos casais homossexuais.

A Corte considerou que houve uma violação do artigo 14 (proibição de discriminação), combinado com o artigo 8º (direito ao respeito pela privada e vida familiar) da Convenção, tendo em vista a diferença de tratamento das petionárias em comparação a casais heterossexuais não casados em que um parceiro queira adotar criança do outro parceiro. A Corte considerou, ainda, não ter ocorrido violação do artigo 14 em conjunto ao artigo 8º, quando a situação era comparada com a de um casal em que um dos cônjuges queira adotar criança do outro cônjuge.

Para a Corte, a diferença de tratamento entre as petionárias e um casal heterossexual casado em que um dos parceiros buscou adotar o filho do outro parceiro tinha ocorrido em razão da orientação sexual das requerentes. Nenhuma razão convincente havia sido demonstrada pelo Estado para justificar que essa diferença no tratamento era necessária para a proteção da família ou para a proteção dos interesses da criança. Ao mesmo tempo, a Corte ressaltou que a Convenção não obriga os Estados a estender o direito de adoção por segundo ascendente para casais não casados. Diferente do caso *Gas e Dubois v. França* anteriormente mencionado – em que o Tribunal constatou que não houve diferença de tratamento baseada em orientação sexual entre um casal não casado heterossexual e homossexual no direito francês –, a adoção por parceiro não era permitida a qualquer casal não casado, seja homossexual ou heterossexual.

2.2.5 Caso relativos ao direito de casamento de homossexuais

O caso *Schalk and Kopf v. Austria*³⁷ compreende o direito ao casamento de homossexuais. Na hipótese, Shalk e Kopf mantinham uma união homoafetiva estável e demandaram o direito ao casamento. O pleito foi negado pelo Estado da Áustria, sob o argumento de que o casamento envolveria um contrato entre pessoas de sexos diferentes. Em sentença proferida em 24 de junho de 2010, a Corte Europeia – ainda que tenha reconhecido que a relação homoafetiva dos petionários estaria abrangida pelo conceito de “família” – sustentou que a Convenção Europeia não estaria a obrigar o Estado a assegurar o direito ao casamento a casais homossexuais, não restando violados os artigos 8º (direito ao respeito à vida privada e familiar), 12 (direito ao casamento) e 14 (proibição de discriminação). A Corte reconheceu que havia um crescente consenso na Europa sobre o reconhecimento jurídico de casais do mesmo sexo, mas que tal tendência não representa ainda uma maioria dos Estados. A temática ainda deveria permanecer numa esfera em que envolvia direitos ainda não consensuados, em que os Estados deveriam dispor de uma margem de apreciação quanto à introdução de legislação

³⁷ Caso *Schalk and Kopf v. Áustria*, n. 30141/04, j. 24.06.2010.

nesse sentido. Adicionou que as autoridades nacionais seriam um locus mais adequado e apropriado para responder às necessidades sociais, considerando os aspectos culturais e sociais do casamento em diferentes sociedades.

Ainda que não tenha tratado expressamente do direito ao casamento de casais homossexuais, vale mencionar o caso *Vallianatos e outros v. Grécia*³⁸, em que a Corte discorreu sobre as “uniões civis” na Grécia, introduzidas por uma lei de 2008, a qual previa uma forma oficial de parceria, permitindo a casais registrarem seu relacionamento numa figura jurídica mais flexível do que a prevista no casamento. Os petionários argumentaram que a lei em questão previa a união civil apenas para casais heterossexuais, assim, automaticamente excluindo casais do mesmo sexo de seu âmbito de proteção, o que teria introduzido uma distinção que seria discriminatória.

A Corte observou que, considerando os 19 Estados-Partes na Convenção que autorizavam alguma forma de parceria registrada de outra forma que não o casamento, apenas Lituânia e Grécia reservavam tal proteção exclusivamente a casais heterossexuais. Constatou ainda que o Estado grego não havia demonstrado ter sido necessário, na busca dos objetivos legítimos invocados pela lei que introduzia as uniões civis, impedir casais homossexuais de gozar de tais uniões civis. Assim, a Corte considerou que houve uma violação do artigo 14 (proibição de discriminação) combinado com o artigo 8º (direito ao respeito à privada e à vida familiar) da Convenção.

Conclusão

A história de combate à discriminação fundada em orientação sexual tem como marco a década de 1990. Há uma história pré e pós-1990 no que se refere à proteção dos direitos da diversidade sexual, concentrando as últimas duas décadas avanços extraordinários.

Estes avanços têm sido obtidos, sobretudo, na arena jurisprudencial dos sistemas global e regionais – o que, por si só, vem a revelar a ausência de um consenso normativo global e regional concernente aos direitos da diversidade sexual.

O desafio maior é expandir, otimizar e densificar a força catalisadora da jurisprudência protetiva global e regional. O ponto de partida é a convergência – endossada pela Corte Europeia de Direitos Humanos – de que o critério da orientação sexual é protegido pela igualdade e pela proibição da discriminação. Consequentemente, a orientação sexual não pode justificar a restrição, limitação e redução de direitos humanos.

Considerando a força cogente e inderrogável do princípio da igualdade e da não discriminação (elevado a jus cogens), há que se reforçar os deveres dos Estados em proibir a discriminação fundada em orientação sexual e assegurar a igualdade por meio de legislação, políticas públicas e remédios judiciais. Endossam-se as clássicas obrigações dos Estados de respeitar (não violar), proteger (obstar que terceiros violem) e implementar direitos humanos (adotando todas as medidas necessárias à sua realização).

Sob esta perspectiva, deflagra-se o processo de afirmação dos direitos da diversidade sexual, marcado por reivindicações morais distintas a compor e a re-significar o

³⁸ *Vallianatos e outros v. Grécia*, n. 29381/09 e n. 32684/09, j. 07.11.2013 [Grand Chamber].

alcance do direito à igualdade e à diferença. Neste sentido, destacam-se os relevantes precedentes da Corte Europeia de Direitos Humanos, ao repudiar a criminalização das práticas homossexuais, ao coibir a discriminação por orientação sexual, ao afirmar os direitos de transexuais e ao enfrentar os direitos à adoção e ao casamento por homossexuais.

Ao mesmo tempo em que a criminalização das práticas homossexuais remanesce em mais de 70 países, emerge a luta pelo combate à homofobia no plano internacional. Se ainda há uma geografia mundial na qual é crime ser homossexual, por outro há o contrapoder da vertente global e regional que, ao revés, afirma que tal crime viola os direitos de homossexuais. Daí o desafio da transformação cultural³⁹.

A inovadora jurisprudência da Corte Europeia tem sido capaz de romper com a indiferença às diferenças, na afirmação do direito à igualdade com respeito às diversidades. Os direitos humanos simbolizam o idioma da alteridade: ver no outro um ser merecedor de igual consideração e profundo respeito, dotado do direito de desenvolver as potencialidades humanas, de forma livre, autônoma e plena. É a ética orientada pela afirmação da dignidade e pela prevenção ao sofrimento humano.

Para Luigi Ferrajoli Ferrajoli⁴⁰, os direitos humanos simbolizam a lei do mais fraco contra a lei do mais forte, na expressão de um contrapoder em face dos absolutismos, advenham do Estado, do setor privado ou mesmo da esfera doméstica.

A impactante jurisprudência do sistema regional europeu revela a importância da justiça em assegurar que direitos triunfem, por vezes, de forma contramajoritária, no exercício de um contrapoder emancipatório radicado no princípio da prevalência da dignidade humana.

Cabe avançar na luta pela proteção dos direitos da diversidade sexual, expandindo a força catalisadora desta importante jurisprudência que merece guiar, com sua força vinculante, os Estados no combate à homofobia e na defesa da diversidade sexual.

Referências

FERRAJOLI, Luigi. *Diritti fondamentali – Um dibattito teórico*, a cura di Ermanno Vitale, Roma: Bari, Laterza, 2002.

FLORES, Joaquín Herrera Flores. Direitos Humanos, Interculturalidade e Racionalidade de Resistência. In: Sequência, Universidade Federal de Santa Catarina, Santa Catarina, v. 23, n. 44, p. 8-29, 2002,. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15330/13921>>. Acesso em: 28 ago. 2015.

FRASER, Nancy. *From Redistribution to Recognition? Dilemmas of Justice in a Post-*

³⁹ Para Navi Pillay: “Laws criminalizing homosexuality pose a serious threat to the rights of lesbian, gay, bisexual and transgender individuals, exposing them to the risk of arrest, detention and, in some cases, torture and execution. (...) We also know that criminalization perpetuates stigma and contributes to a climate of homophobia, intolerance and violence”. (United Nations High Commissioner for Human Rights, January/2011).

⁴⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Diritti fondamentali – Um dibattito teórico*, a cura di Ermanno Vitale, Roma: Bari, Laterza, 2002, p.338.

socialist Age. In: *Justice Interruptus. Critical reflections on the “Postsocialist” condition*. NY/London: Routledge, 1997.

FRASER, Nancy; HONNETH. *Redistribution or Recognition? A political-philosophical exchange*, London/NY: Verso, 2003.

GUTMANN, Amy. *Multiculturalism: examining the politics of recognition*. Princeton: Princeton University Press, 1994.

HONNETH, Axel. *The Struggle for Recognition: The moral grammar of social conflicts*. Cambridge/Massachusetts: MIT Press, 1996.

TAYLOR, Charles. *The politics of recognition*. In: TAYLOR, Charles et. al. *Multiculturalism – Examining the politics of recognition*. Princeton: Princeton University Press, 1994.

YOUNG, Iris. *Justice and the politics of difference*. Princeton: Princeton University Press, 1990.

Capítulo V

DAMIÃO XIMENES LOPES – CASO 12.237

Fernanda de Magalhães Dias Frinhaní¹

Maria Inês Badaró Moreira²

Introdução

Os debates que envolvem a proteção dos Direitos Humanos no Brasil passam necessariamente pela reflexão acerca da adesão do país ao Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos, com especial destaque para o Sistema Interamericano de Proteção. A adesão acaba por colocar o Brasil como possível demandado perante Cortes Internacionais, e a análise de casos paradigmáticos se mostra fundamental para propiciar uma leitura ampla e objetiva das violações aos Direitos Humanos perpetradas pelo Brasil.

Neste capítulo, será feita uma análise do Caso Damião Ximenes Lopes, primeiro a ser sentenciado contra o Brasil após tramitar na Corte Interamericana de Direitos Humanos³, tendo sido proferida a sentença em 4 de junho de 2006. A denúncia contra o Brasil de nº 12.237 foi recebida pela Secretaria da Comissão Interamericana de Direitos Humanos⁴ em 22 de novembro de 1999, que em 1º de outubro de 2004, cumprindo o disposto nos artigos 50 e 61 da Convenção Americana de Direitos Humanos, submeteu-a à Corte.

Ao condenar o Brasil, a Corte reconheceu a violação ao direito à vida, à integridade pessoal, às garantias judiciais e à proteção judicial no caso que apurou a tortura e a morte, aos trinta anos, de Damião Ximenes Lopes, portador de transtorno mental, durante sua internação em uma clínica psiquiátrica no município de Sobral-CE, à época filiada ao Sistema Único de Saúde.

Referido caso se mostra paradigmático por inaugurar as denúncias contra o Brasil perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos; por revelar ser o sistema internacional um importante mecanismo de defesa de direitos quando até mesmo os órgãos de Justiça se mostram omissos; por revelar a importância do Judiciário como órgão chamado a atuar diante da inércia das instituições públicas; por permitir uma reflexão acerca

¹ Doutora em Direitos Humanos pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Mestre em Psicologia Social, Graduada em Direito. Professora do Curso de Direito da Universidade Católica de Santos. Membro do Grupo de Pesquisa Direitos Humanos e Vulnerabilidades. Membro da Cátedra Sérgio Vieira de Mello.

² Doutora e Mestre em Psicologia. Professora da Universidade Federal de São Paulo, Departamento de Política Pública Saúde Coletiva.

³ Doravante definida também como Corte ou Corte Interamericana.

⁴ Denominada adiante também como Comissão ou Comissão Interamericana.

da importância da adoção de políticas públicas em Direitos Humanos que se mostrem efetivas como garantidoras de direitos; por expor e evidenciar a violência a que ainda são submetidas as pessoas vítimas de sofrimento psíquico no Brasil.

A análise inicia-se com a descrição do caso, especificando as violações de direitos e os caminhos trilhados para a efetivação da denúncia e posterior condenação do Brasil. Em seguida são apresentados pontos importantes para a análise do caso priorizando-se uma leitura interdisciplinar entre o Direito e a Psicologia, por entendermos ser necessário que os Direitos Humanos sejam tratados a partir de suas múltiplas dimensões. Cada vez mais se faz necessária uma abordagem das Ciências Jurídicas não só como um conjunto de regras positivadas, mas como um veículo de inserção e interseção social, e é neste ponto que o encontro entre o Direito e a Psicologia deve ocorrer.

1. O Caso Damião Ximenes Lopes⁵

Respeitando a abordagem interdisciplinar que será dada ao caso, optamos por apresentá-lo em forma de narrativa, distanciando do que usualmente é feito, em forma de relatório de sentença ou aos moldes de inquérito policial. A narrativa não é neutra, nem se dissocia da história, não se limita a ser apenas uma representação do fato ou da situação que anuncia. Uma vez construída, passa a ser parte da realidade e promove novos olhares para o fato⁶. Nesta abordagem, o mais importante são as partes envolvidas e não os dados técnicos referentes ao fato. Esta narrativa está impregnada do olhar dos narradores, que buscaram os fatos e desenharam o texto conduzindo o leitor à descoberta de cada detalhe vivido na história narrada.

A narrativa a seguir foi elaborada a partir de documentos oficiais referentes à sentença do caso⁷, de relatos pessoais de Irene Ximenes Lopes Miranda⁸ e relato de Milton Freire no livro *A Instituição Sinistra*⁹. Com esses esclarecimentos iniciais, segue o Caso

⁵ Sentença do caso Corte IDH. Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil. Sentença de 4 de julho de 2006. Serie C N. 149. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_149_por.pdf>. Acesso em: 02 mar. 2014.

⁶ GEETZ, Clifford. *A Interpretação das Culturas*. Rio de Janeiro: LTF Editora, 1983.

⁷ As informações da narrativa do caso se baseiam na sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos, do dia 4 de julho de 2006. Caso Ximenes Lopes x Brasil. Acervo da Biblioteca Virtual de Direitos Humanos da Universidade de São Paulo. Disponível em: <www.direitoshumanos.usp.br>. Acesso em: 27 fev. 2014. Além de diversos relatos e estudos do caso.

⁸ Relato pessoal, escrito por Irene Ximenes Lopes Miranda para a Associação de Parentes e Amigos de Vítimas de Violência - APAVV. Disponível em: <<http://www.apavv.org.br/casos/D/005.htm>>. Acesso em: 28 fev. 2014.

⁹ SILVA, Marcus Vinicius de Oliveira (Org.) *A Instituição Sinistra. Mortes violentas em Hospitais Psiquiátricos no Brasil*. Brasília: Conselho Federal de Psicologia, 2001. Este livro traz diversos relatos de mortes violentas ocorridas em hospitais psiquiátricos no Brasil. São cenas de torturas, de agressões físicas e de violações de direitos humanos inimagináveis àqueles que desconhecem a realidade escondida pelos muros desta instituição de violência. Dentre as inúmeras narrativas alarmantes, pode-se destacar o grito que ecoou na voz de Irene ao denunciar que o desejo desta instituição de violência era silenciar mais uma história que ficaria desconhecida e impune como tantas outras. Entretanto, o grito de Irene Ximenes Lopes Miranda despertou olhares e interesses pela história de seu irmão, Damião Ximenes, que também é a história de diversos outros sujeitos que vivem a condição de sofrimento psíquico e passam por situações de humilhação em instituições de violência.

Damião Ximenes Lopes.

Em uma família de poucos recursos e muitas privações que vivia no interior do Ceará, os gêmeos idênticos Cosme e Damião compunham os sete irmãos. O pai muito rude e severo impunha medo às crianças, que em razão disso não ousavam desobedecer ou falar sem sua permissão. Os sete irmãos cresceram muito unidos, pois eram impedidos de ter amizades, e juntos buscavam seguir uma infância difícil e comum a diversas crianças na mesma condição. Os gêmeos seguiam muito próximos até a adolescência, época em que apareceram alguns sinais de que algo diferente poderia ocorrer.

Foi em março de 1998 que Damião apresentou sintomas estranhos que atemorizaram a família e sua mãe o levou a Fortaleza para consultar. Em seu retorno, ainda impregnado com a medicação, agitou-se dentro do carro, o que levou o motorista a uma colisão e Damião saiu andando sem rumos. A polícia foi acionada e o conduziu para a Casa de Repouso de Guararapes, local onde Damião havia sido internado anteriormente. Ao visitá-lo durante esta internação, sua irmã Irene pôde perceber as condições insalubres desta internação, ao ver muita sujeira e pessoas entregues ao lixo andando completamente nuas. Nessa internação, sua mãe, dona Albertina, encontrou cortes, feridas nos tornozelos e no joelho do filho. Ao pedir explicação, a funcionária daquela casa de repouso disse ser consequência de uma tentativa de fuga. As poucas vezes em que Damião falava da violência sofrida e da situação que viveu no hospital foram consideradas ideias estranhas e pensamentos confusos por aqueles que ouviam.

Lamento profundamente por não ter acreditado no meu irmão, quando ele disse que o pessoal do hospital era ruim, e dos piores eram os enfermeiros, que batiam nos internos. Achei que ele estivesse com pensamento confuso..."¹⁰, diz a irmã.

Após essa internação a situação de Damião se agravou muito, ficou desligado, sem ânimo, distante, não tinha disposição para qualquer atividade cotidiana. Para Irene, transcorreu-se um ano muito difícil. E, no ano seguinte, Damião, por relatar náuseas, cessou a utilização dos medicamentos, o que veio a piorar consideravelmente os sintomas que apresentava. No dia 1º de outubro de 1999, sua mãe vendo o quadro se agravar, e temerosa do que poderia acontecer com o filho, levou-o a uma consulta no hospital de Guararapes, mais uma vez. E sem ter como contornar a delicada situação, resolveu interná-lo naquele final de semana, acreditando que receberia melhores cuidados e acompanhamento médico.

Segundo o relato da irmã em 4 de outubro, na segunda-feira, quando a mãe retornou para visita foi informada que Damião não poderia receber visitas. Apavorada adentrou pela clínica chamando por seu filho, quando o viu cambaleando de mãos amarradas em sua direção. Seu corpo estava sujo de sangue, urina e fezes; seu rosto apresentava sinais de espancamento. Caído aos pés da mãe dizia: "polícia... polícia..." Irene afirma

¹⁰ PEREIRA, Milton Freire. Damião, um grito de socorro e solidão. In: Silva, Marcus Vinicius de Oliveira (Org.). A Instituição Sinistra. Mortes violentas em Hospitais Psiquiátricos no Brasil. Brasília: Conselho Federal de Psicologia, 2001, p. 127.

que “uma faxineira do hospital contou para mamãe que presenciou tudo; os autores da violência foram os auxiliares de enfermagem e monitores de pátio”¹¹. Aflita, a mãe pediu ajuda aos profissionais para limpá-lo e clamou socorro ao médico de seu filho para atendê-lo. No entanto, o médico apenas receitou a medicação injetável sem ao menos ir ver o paciente.

D. Albertina voltou a ver seu filho com vida pela última vez naquele dia, 4 de outubro de 1999, quando o viu deitado de bruços ao lado da cama, completamente nu e com as mãos ainda amarradas para trás. Não pôde tocá-lo, por recomendação do enfermeiro que disse que ele havia tomado injeção e precisava dormir. Quando chegou à sua casa, a 72 km de Sobral, já havia um telefonema do hospital solicitando sua presença com urgência, pois Damião, aos seus 30 anos, havia morrido e, segundo o laudo de seu médico, teria sido uma morte natural resultante de uma parada cardiorrespiratória¹².

Este poderia ser o final de uma história triste, semelhante a outras tantas, cujo laudo atesta morte natural, suicídio ou traumas acidentais em tentativa de fuga. Entretanto, não foi o que ocorreu.

Irene Ximenes Lopes levantou-se indignada, iniciando uma luta incansável contra todos os envolvidos na morte de seu irmão. Para ela, a morte de Damião teria outro sentido. Junto a outros familiares foi até a delegacia local e deu queixa, solicitando novo laudo pericial. Essa tentativa não alterou as informações sobre a causa da morte, pois o médico legista era o mesmo médico que atendera seu irmão e que foi o responsável pelo laudo de morte natural. Em seguida, o corpo foi enviado para necropsia no Instituto Médico-Legal (IML) de Fortaleza e voltou com o resultado de “causa indeterminada, sem elementos para responder”. Não satisfeita com essa realidade, Irene Ximenes buscou esclarecimentos sobre o que ocorrera com Damião, queria identificar e responsabilizar os envolvidos na morte do irmão.

Incansável, Irene Ximenes tornou pública a humilhação, o desrespeito, a violência, os maus-tratos e a crueldade que imperava naquela clínica e que era um dos exemplos, entre vários existentes no país. Com esse ato, lançou olhares para o sistema de política pública de saúde mental, pois, segundo ela, “neste sistema, inocentes parecem perder a vida e tudo fica no anonimato. Provas nunca existem. Assim como eu, muitos clamam por justiça e estão prontos a dar seu depoimento... as famílias das vítimas são pessoas pobres, sem voz e sem vez e a impunidade continua”¹³. Para conquistar seu intento, encaminhou cartas a vários órgãos públicos de saúde, desde a Secretaria Municipal de Sobral, Secretaria de Estado até o Ministério da Saúde; relatou os fatos a diversos órgãos de Direitos Humanos, além de diversas entidades ligadas à saúde, justiça e direitos humanos. Foram mais de duzentas cartas enviadas a diferentes entidades, até que a morte de Damião Ximenes chegou à Anistia Internacional e à Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

No âmbito local, iniciou-se a sindicância para apurar essa morte e responsabilizar

¹¹ PEREIRA, Milton Freire, op. cit. p. 128.

¹² Idem, *Ibidem*.

¹³ Idem, p. 133.

os culpados. A Casa de Repouso de Guararapes passou por auditorias, foi interdita e desativada pelo governo estadual, após investigação da Comissão de Direitos Humanos da Assembleia Legislativa do Estado do Ceará. Esses procedimentos de responsabilização administrativa e penal iniciados não deram resultados práticos até a denúncia do caso para o Sistema Interamericano de Direitos Humanos¹⁴.

Em 22 de novembro de 1999, Irene apresentou petição individual contra o Estado brasileiro, por violação aos Direitos Humanos e pela morte de seu irmão, Damião Ximenes Lopes. A Comissão remeteu o caso ao Estado no final de 1999, concedendo 90 dias para que o Brasil respondesse sobre o esgotamento prévio dos recursos internos, o que não ocorreu. Em 9 de outubro de 2002, após quase três anos, diante da falta de resposta e sendo verificada a presença dos requisitos de admissibilidade consignados no art. 46 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos¹⁵, a Comissão admitiu a denúncia, fazendo com que a tortura, a violência e a morte de Damião Ximenes se tornassem uma questão internacional.

Em 8 de outubro de 2003, a Comissão, no 118º Período Ordinário de Sessões¹⁶, concluiu que o Estado era responsável pela violação dos direitos consagrados nos artigos 5º (Direito à integridade pessoal), 4º (Direito à vida), 25 (Proteção judicial) e 8º (Garantias judiciais) da Convenção Americana, em conexão com o artigo 1.1 do mesmo instrumento, no que se refere à hospitalização de Damião Ximenes Lopes em condições desumanas e degradantes, às violações a sua integridade pessoal e ao seu assassinato, bem como às violações da obrigação de investigar, do direito a um recurso efetivo e das garantias judiciais relacionadas com a investigação dos fatos. A Comissão recomendou ao Estado diversas medidas visando a reparação das violações.

Em 31 de dezembro do mesmo ano, comunicou oficialmente ao Brasil, fixando o prazo de dois meses para que este informasse sobre as medidas adotadas. O Brasil apresenta as medidas até então adotadas e os autores, alegando a insuficiência destas, encaminham, em março de 2004, petição à Comissão sustentando a necessidade de envio do caso à Corte, alegando que o Brasil de fato havia feito eventuais e pequenas ações referentes ao caso, mas que não havia cumprido com as recomendações da Comissão. Em 30 de setembro, atendendo à solicitação dos peticionários, o Caso é encaminhado para a Corte Interamericana de Direitos Humanos, que condenou o Brasil pela violação.

O Brasil foi responsabilizado pela violação de direitos à integridade pessoal, à vida, à proteção judicial e às garantias judiciais. Com isso houve ampla exposição das máculas do sistema de saúde, com as mortes em hospitais psiquiátricos que ficaram visíveis a

¹⁴ Idem, *Ibidem*.

¹⁵ BRASIL, Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992. Brasília: Diário Oficial da União, 09 nov. 1992, artigo 46. Em resumo: esgotamento prévio dos recursos internos ou quando o acesso aos recursos internos for impedido ao presumido prejudicado; apresentação no prazo de seis meses a partir da notificação da decisão definitiva (quando há decisão); que o caso não esteja pendente de outro processo de solução internacional.

¹⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, Caso Damião Ximenes Lopes X Brasil. Disponível em: <www.direitoshumanos.usp.br/index.php/.../option.../view/category>. Acesso em: 14 jun. 2014.

todo mundo. Também ficou exposta a omissão dos órgãos de investigação e de justiça no Brasil na proteção dos Direitos Humanos e das liberdades individuais.

Segundo Carneiro e Lima Junior¹⁷, inicialmente, o Brasil apresentou exceção preliminar acerca do não esgotamento dos recursos internos, o que o Tribunal considerou extemporânea. Ao longo do processo, o Brasil chegou a reconhecer o desrespeito à Convenção Americana, garantiu tomar providências para melhorar as condições das instituições psiquiátricas do país e ofereceu uma pensão vitalícia à mãe da vítima, que foi rejeitada pela família.

A Corte declarou em sua sentença que o país violou sua obrigação geral de respeitar e garantir os direitos humanos; violou o direito à integridade pessoal de Damião Ximenes e de sua família e os direitos às garantias judiciais e à proteção judicial a que têm direito seus familiares, exigindo do Estado a reparação dos danos. A sentença definiu as medidas de reparação a serem cumpridas pelo Brasil, sendo dividida em reparação por danos materiais no valor de R\$ 51.850,00, a serem pagos para sua mãe e irmã, por danos imateriais no valor de R\$ 125.000,00 pagos a sua mãe e irmãos, R\$ 10.000,00 de custas, determinações completamente cumpridas pelo Brasil. Determinou ainda ser dever do Estado publicar a sentença no Diário Oficial, o que foi cumprido, além de investigar os fatos em tempo razoável e estabelecer programas de capacitação dos profissionais que atuam em saúde mental, parcialmente cumprido pelo Brasil¹⁸.

O Brasil foi responsabilizado internacionalmente pela Corte Interamericana de Direitos Humanos por violar dispositivos da Convenção Americana sobre Direitos Humanos¹⁹, no ano de 2006. Este fato histórico foi considerado uma referência para a proteção dos direitos humanos daqueles que vivem a condição de sofrimento psíquico grave.

2. O Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos: um importante mecanismo de defesa de direitos quando o Judiciário se mostra omissivo

A segunda metade do século XX trouxe a internacionalização dos direitos humanos ao cenário mundial. Garantir valor supremo à dignidade humana, após as graves

¹⁷ CARNEIRO, Eduardo Sá; LIMA JUNIOR, Jayme Benvenuto. Damião Ximenes e Gilson Nogueira: os primeiros casos contra Brasil perante o Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Disponível em: <http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20100305132213278&mode=print>. Acesso em: 19 jun. 2014.

¹⁸ ROSATO, Cassia Maria; CORREIA, Ludimila Cerqueira. Caso Damião Ximenes Lopes: mudanças e desafios após a primeira condenação do Brasil pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Disponível em: <http://www.surjournal.org/conteudos/getArtigo15.php?artigo=15,artigo_05.htm>. Acesso em: 04 mar. 2014.

¹⁹ PAIXÃO, Cristiano; FRISSE, Giovana; SILVA, Janáina Peralva da. Caso Ximenes Lopes versus Brasil - Corte Interamericana de Direitos Humanos * Relato e Reconstrução Jurisprudencial, p. 15. Disponível em: <www.direitogv.com.br/casoteca>. Acesso em: 15 jun. 2015. A Corte reconheceu ter havido violação aos direitos consagrados nos artigos 4.1 (direito à vida), 5.1 (respeito à integridade pessoal) e 5.2 (direito a não ser submetido a tortura, nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes) da Convenção Americana, e também por violação ao artigo 1.1 (obrigação de respeitar os direitos).

violações ocorridas durante a Segunda Guerra Mundial, mostrava-se necessário e urgente. Vários pactos e tratados foram legitimando este processo, tanto no âmbito global quanto regional, de alcance geral ou específico, preconizando a primazia dos direitos humanos e da dignidade da pessoa humana. A incorporação dos tratados internacionais traz a necessidade de uma reflexão acerca da adequação da legislação interna ao primado dos direitos humanos, o que pode ser observado no disposto no artigo 2º, 2, do Pacto de Direitos Civis e Políticos, que define

Na ausência de medidas legislativas ou de outra natureza destinadas a tornar efetivos os direitos reconhecidos no presente Pacto, os Estados Partes do presente Pacto comprometem-se a tomar as providências necessárias com vistas a adotá-las, levando em consideração seus respectivos procedimentos constitucionais e as disposições do presente Pacto²⁰.

O Brasil não aderiu a essa novidade imediatamente, em razão da longa ditadura militar iniciada em 1964. A partir do final da década de 1970, uma nova fase no que tange ao reconhecimento e promoção dos direitos humanos se inicia, quando nos anos finais da ditadura manifestações populares, sindicais, estudantis, ganharam força tendo como bandeira os direitos humanos. Os movimentos avançaram e ganharam dimensão reivindicatória, estabelecendo pressão para que esses direitos entrassem na pauta política. Dentre as diversas lutas iniciadas neste momento de abertura política e de visão de mundo, o movimento antimanicomial dá seus primeiros passos no Brasil²¹.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), o país estabelece como um dos fundamentos da República a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e, em seu artigo 4º, II, define que o Brasil se rege nas relações internacionais pelo princípio da prevalência dos Direitos Humanos. Com essa nova postura, Estado Brasileiro passou, a partir da década de 90 do século passado, a ingressar de maneira incisiva no sistema internacional de proteção de direitos humanos, promovendo a ampla ratificação de tratados que envolvem essa temática no âmbito internacional. A adesão ao sistema internacional vem legitimar o caminho iniciado com a Constituição de 1988.

A análise do Caso Damião Ximenes exige esta contextualização, uma vez que foi o primeiro caso em que o Brasil foi condenado pela Corte Interamericana. A incorporação do Brasil ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos ocorreu com a promulgação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos²², por meio do Decreto nº

²⁰ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Pacto de Direitos Civis e Políticos, 1969. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/pacto_dir_economicos.htm>. Acesso em: 14 jun. 2014.

²¹ AMARANTE, Paulo. (coord.) Loucos pela Vida: a trajetória da reforma psiquiátrica no Brasil. 2.ed. Rio de Janeiro: Fiocruz, 1995, p. 54; YASSUI, Silvio. Rupturas e Encontros – desafios da Reforma Psiquiátrica brasileira. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2010, p. 38.

²² Doravante denominada também Convenção, Convenção Americana ou Pacto de San José da Costa Rica.

678²³, de 9 de novembro de 1992, após o depósito da carta de adesão a essa Convenção na Organização dos Estados Americanos (OEA) em 25 de setembro de 1992.

O Sistema Internacional de Proteção de Direitos Humanos começou a ser esboçado em 1945 com a Carta das Nações Unidas (Carta da ONU). Com a Carta, os Estados signatários criam um consenso entre si que eleva a promoção dos direitos humanos a propósito e finalidade das Nações Unidas. A Carta dispõe sobre direitos humanos e liberdades fundamentais, que são definidos pela Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) em 1948. A Carta vincula os Estados num tratado multilateral, em que reconhecem que os direitos humanos são objeto de legítima defesa internacional²⁴. A Declaração cria um código de conduta para os Estados, consolidando um parâmetro internacional para a proteção destes direitos, inspirando as constituições desde então.

A doutrina não é pacífica no que tange ao reconhecimento de força vinculante à DUDH, sob o argumento de esta ser uma declaração e não um tratado²⁵. As divergências levaram à elaboração de dois Pactos de direitos, com vistas a conferir eficácia ao sistema global de proteção dos direitos humanos. Desse modo, o sistema global além da Carta da ONU e da DUDH, conta ainda com os Pactos de Direitos Civis e Políticos e de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, além de tratados que dispõem sobre direitos específicos ou de os direitos de grupos vulneráveis²⁶.

A proteção internacional, além do sistema global consubstanciado pela Organização das Nações Unidas (ONU), possui os sistemas regionais. O capítulo VIII da Carta da ONU faz menção expressa aos acordos regionais com vistas à paz e segurança internacionais, mas não menciona a cooperação no que tange aos direitos humanos. Não obstante, a Convenção Europeia (1950) e a Americana (1969) são aprovadas. Somente em 1977 a ONU formalmente endossa a necessidade de se aprovar tratados regionais de direitos humanos em áreas onde ainda não existam, sendo a Convenção Africana aprovada em 1981.

O sistema interamericano é composto por quatro diplomas normativos principais²⁷: a Carta da Organização dos Estados Americanos²⁸, a Declaração Americana dos

²³ BRASIL, Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992. Brasília: Diário Oficial da União, 09 nov. 1992.

²⁴ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

²⁵ RAMOS, André de Carvalho. *Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional*. São Paulo: Saraiva, 2013. Segundo o autor, podemos identificar três vertentes no que se refere à aceitação ou não da força vinculante da DUDH: (i) possui força vinculante por representar o termo 'direitos humanos' previsto na Carta da ONU; (ii) possui força vinculante por representar o costume internacional sobre a matéria; (iii) carece de força vinculante por representar a soft law da matéria, sendo meramente orientadora de ações futuras dos Estados (p. 57).

²⁶ Como a Convenção para Eliminação da Discriminação contra as Mulheres, Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, Convenção sobre os Direitos das Crianças, Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de discriminação racial, entre outras.

²⁷ Todos os diplomas normativos estão disponíveis em: <<http://www.oas.org/>>. Acesso em: 15 jun. 2014.

²⁸ Assinada em 30 de abril de 1948 (sete meses antes da Carta da ONU), durante a IX Conferência de Ministros das Relações Exteriores, tendo entrado em vigor em 13 de dezembro de 1951.

Direitos e Deveres do Homem²⁹, a Convenção Americana de Direitos Humanos³⁰ e o Protocolo de San Salvador, relativo a direitos sociais e econômicos³¹.

Para melhor entender o caso Damião Ximenes, interessa-nos o sistema de responsabilização regional, formado nas Américas por dois órgãos principais, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH)³² e a Corte Interamericana de Direitos Humanos³³. A Comissão é um órgão autônomo da OEA, encarregado da promoção e proteção dos direitos humanos nas Américas, e junto com a Corte compõe o Sistema Interamericano de proteção dos direitos humanos³⁴. Criada em 1959³⁵, começou a operar em 1960, com base constitucional frágil e atribuições bastante restritas³⁶. Com o crescimento das ditaduras militares na América Latina, houve um aumento significativo do trabalho da Comissão, sendo necessário o aumento de sua competência, o que começou a acontecer em 1965, consolidando-se em 1969 com a Convenção Americana dos Direitos Humanos.

Atualmente a Comissão atua com base em três pilares: sistema de proteção individual; monitoramento da situação dos direitos humanos nos Estados-Membros e atenção a linhas temáticas prioritárias³⁷. Dentre as competências ampliadas em razão da adoção da Convenção, a mais importante talvez seja a que se refere à possibilidade de particulares ingressarem com petições individuais perante a Comissão (art. 44), que, dentre os mecanismos de monitoramento, é o que mais aproxima os cidadãos, que por ventura tiveram seus direitos violados, do sistema de proteção³⁸, respeitados os requisi-

²⁹ Assinada em 30 de abril de 1948, destacando-se por apresentar além de direitos, deveres dos cidadãos.

³⁰ Assinada em 22 de novembro de 1969, restrito a disposições acerca dos direitos civis e políticos.

³¹ Assinada em 17 de novembro de 1988, destacando-se por apresentar os direitos sociais, econômicos e culturais, omitidos no texto da Convenção.

³² Doravante também tratada como Comissão, Comissão Interamericana ou Comissão de Direitos Humanos.

³³ Doravante também tratada como Corte, Corte Interamericana ou Corte de Direitos Humanos.

³⁴ O respeito pleno aos direitos humanos é consignado desde a Carta da OEA, de 1948, sendo expresso no preâmbulo: “o sentido genuíno da solidariedade americana e de boa vizinhança não pode ser outro que o de consolidar neste Continente dentro do marco das instituições democráticas, um regime de liberdade individual e de justiça social, fundado com respeito aos direitos essenciais do homem”. Carta da OEA. Disponível em: <<http://www.oas.org/>>. Acesso em: 15 jun. 2014.

³⁵ HANASHIRO, Olaya Sílvia Machado Porella. O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos. São Paulo: Fapesp, 2001, p. 30. A criação da Comissão em 1959, com a 5ª Reunião de Consulta dos Ministros de Relações Exteriores, em Santiago – Chile, justificou-se na necessidade em discutir mecanismos para tratar violações de Direitos Humanos nas Américas. A razão apontada foi a tensão no Caribe e Revolução Cubana, que no contexto da Guerra Fria eram percebidas como ameaça à segurança na região. A criação da CIDH nesse contexto aponta o forte ingrediente político do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos.

³⁶ A base constitucional frágil ocorre em razão de derivar de uma resolução adotada em conferência da OEA, e não de um tratado. Entre as atribuições iniciais da Comissão estão: estimular a consciência dos direitos humanos nas Américas, formular recomendações aos Estados, preparar relatórios sobre violações de direitos humanos, servir de corpo consultivo (HANASHIRO, op. cit., p. 35).

³⁷ Site oficial da OEA. Disponível em: <<http://www.oas.org/pt/cidh/mandato/que.asp>>. Acesso em: 03 mar. 2014.

³⁸ O sistema de monitoramento é ainda composto de relatórios periódicos (art. 42), de adesão automática,

tos de admissibilidade previstos no artigo 46 da Convenção.

A Comissão ainda tem a competência de submeter casos à Corte, competência restrita à Comissão e aos Estados-partes que aderiram a esta possibilidade (art. 61), não sendo possível que particulares submetam o caso diretamente à Corte. Importante ressaltar que só serão submetidos à Corte casos que tenham como parte Estados que tenham expressamente reconhecido sua competência.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos foi instituída pela Convenção Americana, tendo sido instalada em 1979, na Costa Rica. Possui duas jurisdições, a consultiva e a contenciosa. O escopo da jurisdição consultiva é interpretar a Convenção e outros tratados de direitos humanos. É uma função preventiva, de persuasão e elaboração³⁹, podendo a Corte ser consultada inclusive por países que não aderiram a Convenção, reforçando “os princípios e a interpretação dos instrumentos de proteção aos direitos humanos que devem orientar o sistema interamericano, criando uma ‘espécie de jurisprudência emergente’”⁴⁰.

A segunda e mais importante jurisdição da Corte é a Contenciosa, criada para resolver conflitos referentes às violações dos direitos humanos e aplicar a Convenção Americana em casos individuais. Essa função é muito importante por tirar a proteção dos direitos humanos do mero plano de compromisso moral, passando à jurisdicalização desses direitos, decretando obrigação legal a ser cumprida pelo Estado que reconhece a competência da Corte⁴¹ e que tenha violado algum direito.

As explicações acima expostas sobre as atribuições da Comissão e da Corte são fundamentais para a compreensão do Caso Damião Ximenes, por justificarem a possibilidade da família de Damião Ximenes ingressar com o caso perante a Comissão e posteriormente por este órgão apresentar o caso à Corte. Um ponto que chama a atenção, e é de discussão necessária, se refere às condições de admissibilidade previstas no artigo 46 da Convenção⁴². Para que a petição seja admitida, a Comissão deverá verificar, entre outras questões, se houve esgotamento prévio dos recursos internos (Item 1, alínea a).

Este ponto merece atenção em razão do curto espaço de tempo entre a morte de Damião Ximenes, ocorrida em 04/10/1999, e a denúncia perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, recebida em 22/11/1999. Considerar o esgotamento dos recursos internos no prazo de menos de dois meses só é possível quando são verificadas diversas omissões. Desde a morte de Damião Ximenes, a família buscava explicações e e pelas comunicações interestatais (art. 45), que são de adesão facultativa por parte dos Estados.

³⁹ HANASHIRO, Op. cit. p. 39.

⁴⁰ Idem, *ibidem*.

⁴¹ No site oficial da Comissão Americana de Direitos Humanos, consta quadro de adesão de cada Estado ao Pacto e à competência da Corte. O Brasil reconheceu a essa competência em 10/12/1998, nos termos a seguir: “O Governo da República Federativa do Brasil declara que reconhece, por tempo indeterminado, como obrigatória e de pleno direito a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, em todos os casos relacionados com a interpretação ou aplicação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em conformidade com o artigo 62, sob reserva de reciprocidade e para fatos posteriores a esta declaração”. Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/d.Convencao_Americana_Ratif.htm>. Acesso em: 05 mar. 2014.

⁴² Condições estas mencionadas na nota 15, *supra*.

não se conformava com o laudo médico que declarava ter sido a morte natural, em decorrência de uma parada cardiorrespiratória. Não aceitava o fato das agressões sofridas por Damião serem omitidas dos relatos oficiais. Polícia Civil, Instituto Médico-Legal, Secretarias de Saúde Municipal e Estadual, Ministério da Saúde, Assembleia Legislativa foram órgãos acionados pela família, mas que não deram respostas sobre a violência sofrida por Damião. Sem o reconhecimento de que a morte não foi natural, não seria possível a abertura de um inquérito para sua investigação, o que negava de antemão o acesso da família ao Judiciário.

O dever do Estado de iniciar ex officio uma investigação séria, imparcial e efetiva foi substituído pelo descaso em esclarecer os fatos, levando grave sofrimento à família. A violação do direito à integridade psíquica e moral dos familiares evidenciou-se em razão do sofrimento imposto pelas violações dos direitos de Damião e pelo sofrimento adicional decorrente na omissão das autoridades em investigar imediatamente os fatos. Reconheceu a Corte que os tribunais domésticos negaram à família de Damião o efetivo acesso à justiça.

Mesmo depois da denúncia, as omissões continuaram. A Comissão, no final de 1999, remeteu ao Brasil o caso, para que se manifestasse no prazo de noventa dias. O Brasil não se manifestou apesar de ter sido prorrogado o prazo por três vezes, e a Comissão, verificando o preenchimento dos requisitos de admissibilidade, admitiu a denúncia por meio do Relatório de Admissibilidade, em 09/10/2002⁴³. No relatório, além de reconhecer os requisitos de admissibilidade, entre eles, o de esgotamento prévio dos recursos internos, a Comissão recebeu a petição em relação aos fatos denunciados referentes à violação dos artigos 4º (direito à vida), 5º (direito à integridade física), 11 (proteção da honra e da dignidade), 25 (direito a um recurso judicial), além da violação ao artigo 1º (obrigação de respeitar os direitos contidos na Convenção).

Importante ainda frisar que, após o encaminhamento da denúncia à Corte, o Brasil apresentou exceção preliminar acerca do não esgotamento dos recursos internos, tendo a Corte entendido ser a exceção extemporânea, por não ter sido arguida no momento oportuno, ou seja, quando da análise da admissibilidade pela Comissão. A Corte tem jurisprudência consolidada nesse sentido⁴⁴, sendo a sentença em estudo importante para a compreensão do sistema interamericano, por reforçar o entendimento de que não cabe à Corte rever o juízo de admissibilidade que é de competência da Comissão.

Outro ponto que merece a atenção é a responsabilização do Estado por ações ou omissões tanto aquelas atribuíveis a funcionários ou órgãos estatais, quanto as praticadas por terceiros, sobretudo se autorizados a exercer atribuições de autoridade governamental, como ocorre na atenção à saúde. Nesse último caso, a responsabilidade se dá em razão de fatos diretamente imputáveis ao Estado. Na sentença, a Corte entendeu

⁴³ Informações constantes do informe 38/02, da CIDH, referente ao Informe de Admissibilidade da Petição nº 12237. Disponível em: <<http://cidh.org/annualrep/2002sp/Brasil.12237.htm>>. Acesso em: 05 mar. 2014.

⁴⁴ Nesse sentido, ver os Casos Velasquez Rodriguez v. Honduras, Fairén Garbi and Solís Corrales v. Honduras, Corte Constitucional v. Peru e Trujillo Oroza v. Bolívia. Disponíveis em: <<http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos>>.

que é dever dos Estados regulamentar e fiscalizar a assistência à saúde, seja o serviço prestado público ou privado, visando à garantia da proteção à vida e à integridade pessoal. Regulamentar, inspecionar, investigar, processar e solucionar são algumas das ações atribuídas aos Estados com vistas à promoção dos direitos humanos, no caso em tela, referentes ao direito à saúde.

Para Sarlet⁴⁵, a atuação do Estado ante as violações à dignidade humana deve atender à dúplice dimensão da dignidade. De um lado, a dignidade como expressão da autonomia da pessoa humana, relacionada à autodeterminação, à tomada de decisão sobre a própria vida. De outro, a necessidade de proteção diante da incapacidade da autodeterminação, proteção esta que deve ficar a cargo da comunidade e do Estado em caráter de assistência. Ao sujeito, mesmo que perca sua capacidade de autodeterminação, deve ser garantido o direito a ser tratado com dignidade pela via da proteção e da assistência⁴⁶.

Sendo um princípio que exige do Estado uma omissão, no sentido de não violar a dignidade, e uma ação, no sentido de prestar assistência ao indivíduo que não tem autonomia para zelar por si mesmo, “a dignidade da pessoa humana é simultaneamente limite e tarefa dos poderes estatais e da comunidade em geral, de todos e de cada um”⁴⁷.

Exigir do Estado ações no sentido de preservar a dignidade existente e também no sentido de promover a dignidade é fundamental para que haja de fato respeito. A dignidade aqui ganha a dimensão intersubjetiva. Para Sarlet,

Como limite, a dignidade implica não apenas que a pessoa não pode ser reduzida à condição de mero objeto da ação própria ou de terceiros, mas também o fato de que a dignidade gera direitos fundamentais (negativos) contra atos que a violem ou a exponham a graves ameaças. A dignidade é algo que pertence a cada um e não pode ser alienado. Como tarefa, da previsão constitucional da dignidade da pessoa humana decorrem deveres concretos de tutela por parte dos órgãos estatais, no sentido de proteger a dignidade de todos, assegurando-lhe também por meio de medidas positivas (prestações) o devido respeito e promoção⁴⁸.

O fato de Damião ter sido submetido à tortura e morto dentro de uma instituição de saúde reforça a urgência em reforma na atenção ao portador de transtorno mental. A decisão da Corte, baseada na Convenção, reforça a garantia de não ser o indivíduo arbitrariamente privado de sua liberdade, mas também o dever dos Estados de criar um mar-

⁴⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. As Dimensões da Dignidade da Pessoa Humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang. Dimensões da Dignidade: ensaios de Filosofia do Direito e de Direito Constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 30.

⁴⁶ No artigo em questão, SARLET referencia Martin Koppernock, Ronald Dworkin, Habermas, Kant, entre outros autores, quando constrói os argumentos acerca da supremacia da dignidade mesmo diante da ausência de autodeterminação.

⁴⁷ SARLET, Op. cit, p. 32;

⁴⁸ Idem, *ibidem*.

co jurídico que de forma incisiva iniba a prática de tortura e outros tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes, de atos atentatórios à vida. Também reconheceu a Corte a necessidade de o paciente psiquiátrico ser ouvido, sendo, quando possível, respeitada pelo médico e pelas autoridades sua vontade⁴⁹.

A sentença no caso Damião Ximenes foi emblemática por ser a primeira, por referir-se a sujeito com sofrimento psíquico, por consolidar a força de particulares como propulsores da defesa de direitos humanos. Mas não é suficiente para barrar as graves violações de direitos impostas a usuários e familiares do sistema de atenção à saúde mental. E é sobre isso que trataremos em seguida.

3. As Transformações na Política de Saúde Mental Brasil e a Constituição da Rede de Atenção Psicossocial

A história de Damião Ximenes é simbólica na medida em que expôs a realidade vivida por milhares de pessoas com sofrimento psíquico grave que estavam confinadas em instituições psiquiátricas e também evidenciou o grande equívoco existente na crença de que estes hospitais pudessem ser considerados como espaço de cuidado em saúde. Este caso também mostrou uma grande ferida social secular, expondo a violência a que qualquer cidadão pode estar sujeito.

O Brasil iniciou tardiamente a reflexão sobre o modelo asilar e hospitalocêntrico da política pública em saúde mental após mais de dois séculos de exclusão e abandono desde a inauguração do primeiro hospício no Rio de Janeiro, em 1858⁵⁰. Enquanto a Europa e outros países repensavam as bases da exclusão e o resgate dos direitos, no Brasil as décadas de 1960 e 1970 foram marcadas pelo aumento substancial de pessoas internadas em hospitais privados com convênio público e controle frouxo de internação. O tempo médio de permanência nos hospitais era bastante elevado e as internações envolviam questões financeiras, sociais e familiares. Somente ao final de 1970 surgiram as críticas à ineficiência e ao caráter privatista da política pública de saúde, após denúncias de fraude no sistema de financiamento dos serviços e denúncias de abandono, violência e maus-tratos. Até este período não se criticavam os pressupostos que subsidiavam o asilamento e a psiquiatria, mas seus excessos e desvios⁵¹.

Na década de 1980, com os movimentos sociais e a redemocratização, com os reflexos da mobilização social pela nova Constituição Federal, com a organização das classes trabalhadoras, a luta por uma sociedade sem manicômios veio à cena. Neste contexto, o Movimento dos Trabalhadores em Saúde Mental⁵² reuniu técnicos e comuni-

⁴⁹ PAIXÃO, Op. cit., p. 15.

⁵⁰ As primeiras instituições psiquiátricas no Brasil surgiram em meio a um contexto de ameaça à ordem e à paz social, em resposta aos reclamos gerais contra o livre trânsito de doidos pelas ruas das cidades, acrescentem-se os apelos de caráter humanitário, as denúncias contra os maus-tratos que sofriam os insanos. RESENDE, Heitor. Política de saúde mental no Brasil: uma visão histórica. In: TUNDIS, Silvério Almeida; COSTA, Nilson do Rosário. Cidadania e Loucura: políticas de saúde mental no Brasil. Petrópolis: Vozes-Abrasco, 1987, p. 38.

⁵¹ Idem, *Ibidem*.

⁵² Em primeira instância, o Movimento da Reforma Psiquiátrica brasileiro estava pautado em questões de

dade em geral em torno do lema: “Por uma sociedade sem manicômios”, ampliando o debate sobre a exclusão, a internação e suas consequências. E com o novo cenário social, foi possível mostrar as condições indignas em que estavam vivendo milhares de pessoas com sofrimento psíquico, implicando num processo de desospitalização e invenção de práticas assistenciais territoriais. Com este amplo movimento foi possível propor mudança na cultura de aceitação e tolerância da situação de segregação e exclusão do modelo de assistência psiquiátrica no Brasil⁵³.

Nesse contexto, a lei de reforma psiquiátrica brasileira foi gestada e enviada ao Congresso no ano de 1989. Até sua promulgação em 2001, esta lei sofreu inúmeras alterações, chegando ao que temos hoje na Lei n.º 10.216⁵⁴, que redireciona a atenção em saúde mental e oferece proteção às pessoas com sofrimento psíquico sem qualquer forma de discriminação. Além disso, responsabiliza o Estado pelo desenvolvimento de políticas de saúde mental, pela assistência e promoção de ações de saúde, com participação da sociedade e da família; restringe a indicação da internação, indicando que todo tratamento deverá ter por finalidade permanente a reinserção social⁵⁵.

Do ponto de vista de estruturação da assistência em saúde mental, a década de 1990 pode ser considerada como uma etapa de consolidação dos processos que compõem hoje a rede de atenção psicossocial brasileira. Neste período, os municípios, com o incentivo do governo federal, iniciaram a organização de políticas locais de manutenção do cuidado ao sofrimento psíquico, evitando a internação ou afastamento de sua localidade ou familiares⁵⁶.

De lá para cá, o Ministério da Saúde tem promovido sensível retração de número de leitos psiquiátricos em instituições hospitalares e vem promovendo efetiva expansão do número de serviços que garantam um plano de cuidados centrado no usuário e em sua família e inseridos em sua comunidade – de 180 serviços implantados até o ano de 1999 para aproximadamente 2000 Centros de Atenção Psicossocial (CAPS) nos últimos anos⁵⁷. O CAPS é um equipamento de saúde que oferece tratamento em meio aber- ordem trabalhista e em denúncias das políticas de saúde mental. Visava humanização dos serviços hospitalares-manicomiais, aspectos gerais das condições de trabalho e assistência. Posteriormente organizou-se como ator privilegiado de crítica da prática e do saber psiquiátrico clássico, da função tutelar e segregadora desta intervenção e ao aparato manicomial. Mobilização pela anistia, pela reinscrição político-partidária pelas liberdades sindicais e de associação civil, enfim, pela redemocratização. Ver AMARANTE, Paulo. Louco pela Vida: a trajetória da reforma psiquiátrica no Brasil. 2.ed. Rio de Janeiro: Fiocruz, 1995.

⁵³ AMARANTE, Paulo. Louco pela Vida: a trajetória da reforma psiquiátrica no Brasil. 2.ed. Rio de Janeiro: Fiocruz, 1995.

⁵⁴ BRASIL. Congresso Nacional. Lei 10.216, de 06 de abril de 2001. Dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental. Diário Oficial da União de 09 de abril de 2001.

⁵⁵ Idem, Ibidem. Art. 3º É responsabilidade do Estado o desenvolvimento da política de saúde mental, a assistência e a promoção de ações de saúde aos portadores de transtornos mentais, com a devida participação da sociedade e da família, a qual será prestada em estabelecimento de saúde mental, assim entendidas as instituições ou unidades que ofereçam assistência em saúde aos portadores de transtornos mentais.

⁵⁶ TENÓRIO, Fernando. A reforma psiquiátrica brasileira, da década de 1980 aos dias atuais: história e conceito. Revista História, Ciências, Saúde – Manguinhos, Rio de Janeiro, v. 9, n. 1, p. 25-59, jan.-abr. 2002.

⁵⁷ Brasil. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estra-

to às pessoas com transtorno mental, possuindo um papel central na Rede de Atenção Psicossocial (RAPS)⁵⁸. Essa vertiginosa curva de abertura de novos serviços revela que do ponto de vista da estruturação dos serviços, inverteu-se a direção de aplicação de recursos com a criação de novos serviços abertos, favorecendo ao portador de sofrimento psíquico permaneça com sua família e mantenha seus laços sociais.

O CAPS vem se tornando importante suporte para o cuidado dos portadores de transtornos graves em seus municípios, uma vez que esta modalidade de serviço é responsável por manter o indivíduo em sua família e comunidade de origem, mesmo em momentos de sofrimento psíquico intenso, pois essa modalidade de serviço deve possuir leitos para atender, em regime de internação diária ou em tempo integral, casos em que o usuário está vivendo momentos de crise. Além de estruturar novos serviços, há também a integração das ações em saúde mental nas Unidades Básicas de Saúde, com equipes matriciais para dar suporte ao trabalho das equipes de Estratégia de Saúde da Família (ESF). Trabalhando de modo integrado, o Centro de Atenção Psicossocial (CAPS) deve se posicionar, na rede de cuidados, como um articulador estratégico e trabalhar em conjunto aos demais equipamentos de saúde e sociais⁵⁹.

Desse modo, a centralidade de uma rede de cuidados recai sobre o sujeito alvo da ação e sua família. A proposta atual da assistência em saúde mental no Brasil é a de inclusão e inserção dos portadores de sofrimento psíquico nos diferentes espaços sociais. Vários serviços substitutivos aos hospitais psiquiátricos foram implantados em diversos municípios brasileiros, com isso o Ministério da Saúde destaca a necessidade de estruturar uma ampla rede de atenção em Saúde Mental que busque responder às necessidades dos indivíduos que dela precise. Nesse sentido, para a rede de Saúde Mental, o Centro de Atenção Psicossocial (CAPS) seria o ponto de chegada do sujeito, articulador das diversas possibilidades de existir na comunidade a que pertence, não se restringindo como único espaço de trocas sociais de seus usuários e deve expandir as suas ações para o território de vida destas pessoas e seus familiares⁶⁰.

4. Análise

A narrativa apresentada passou de uma tragédia familiar para uma dimensão de proteção internacional dos Direitos Humanos. De um incidente local, que poderia ter sido compreendido tão somente como um fato de interesse individual, galgou o espectro de universalidade, pois a visibilidade da violação dos direitos de Damião trouxe outros sentidos para os envolvidos, ao extrapolar a seara do sofrimento individual dos familiares ou ressentimento pelos danos sofridos. Os casos individuais podem gerar um

tégicas. Coordenação de Saúde Mental, Álcool e Outras Drogas. Sagass tério da Saúde. Sec, Ano VII, n. 10, mar0 de 2012. Brasa Saúde. Secretaria dl em: www.saLINK.rasa.Saúde.Secretari. Acesso em: 06 jun. 2012.

⁵⁸ BRASIL, Ministério da Saúde. Portaria Nº 3.088, de 23 de dezembro 2011. Disponível em: <http://bvs.ms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2011/prt3088_23_12_2011_rep.html>. Acesso em: 10 mar. 2014.

⁵⁹ BRASIL. Ministério da Saúde. Saúde Mental no SUS: os centros de atenção psicossocial. Brasília, DF: Autor, 2004. Disponível em: <http://www.ccs.saude.gov.br/saude_mental/pdf/SM_Sus.pdf> Acesso em: 15 fev. 2013.

⁶⁰ Idem.

efeito demonstrativo, transformando-se em uma causa. Nesse sentido, por recorrer à justiça internacional, a família de Damião transformou uma tragédia familiar privada em uma decisão histórica que foi considerada uma referência para a proteção dos direitos humanos e indutora de políticas públicas.

Nesse contexto, influenciou particularmente a política pública de saúde mental e a atenção aos direitos dos cidadãos que vivem a condição de sofrimento psíquico, pois pela primeira vez a Corte julgou uma violação aos direitos ocorridos entre muros de uma instituição de saúde, conveniada ao Sistema Único de Saúde⁶¹.

A análise do caso sob a perspectiva da competência da Comissão e da jurisdição da Corte é importante para a compreensão e consolidação do sistema de proteção dos direitos humanos, mas não é suficiente para trazer toda a dimensão da violação de direitos perpetrada. Juridicamente, é fundamental a compreensão de que a condenação do Brasil em referido caso deveu-se, sobretudo, às inúmeras omissões do Estado Brasileiro, sobretudo no que tange ao acesso à Justiça. Mais do que uma decisão que reconheça as graves violações de direitos impostas aos portadores de sofrimento psíquico, o caso Damião Ximenes revelou o despreparo do Brasil em relação às demandas pelo reconhecimento dos Direitos Humanos.

Não podemos negar, no entanto, que na seara da saúde mental foi uma grande conquista. Verificar a atuação de órgãos de proteção dos direitos humanos num cenário em que comumente é negada voz ao sujeito com sofrimento psíquico, tratado como alienado mental, mas sendo, sobretudo, considerado pela família, pelo Estado e pela comunidade como um alienado de direitos, alienado de desejos, alienado de políticas que o reconheçam como sujeitos de direitos, é um avanço.

O caso Damião Ximenes permite uma reflexão acerca da política antimanicomial, não meramente por ter como vítima um sujeito com sofrimento psíquico, mas por exigir que o Direito não se detenha diante dos muros das instituições totais. A morte de Damião em fins de 1999 trouxe grande indignação também por ter ocorrido em uma década em que novos modos de cuidar e novos serviços já estavam em franco trabalho no Brasil. Já havia uma considerável redução do número de internações psiquiátricas em favor de serviços substitutivos. A falência das instituições psiquiátricas e o abuso de poder por elas praticado eram de conhecimento público.

Além de ter sido o primeiro caso levado à Corte Interamericana em que o Brasil foi responsabilizado por todas as violações já analisadas anteriormente, também contribuiu para gerar urgência na organização dos serviços de atenção psicossocial aos sujeitos acometidos por sofrimento psíquico grave no âmbito loco-regional. A cidade de Sobral-CE viveu intensa transformação no âmbito da saúde pública, tendo sido fechada a Casa de Repouso Guararapes, após intervenção. Houve grande empenho na estruturação de uma rede de saúde pública que contemplasse o sofrimento psíquico em suas várias instâncias. Até o ano de 1999, a Casa de Repouso Guararapes constituía-se como o único serviço de atenção à saúde mental prestado à população de toda a macrorregião Norte do Estado do Ceará. Em 10 de julho de 2000, a Casa de Repouso Guararapes, após vá-

⁶¹ CARNEIRO, Eduardo Sá; LIMA JUNIOR, Jayme Benvenuto, Op. cit.

rias outras denúncias de maus-tratos e torturas a pacientes, foi descredenciada pelo SUS e conseqüentemente foi realizada uma nova estruturação do sistema de atenção à saúde mental no município⁶². Além disso, também impulsionou o olhar mais rigoroso para os ocorridos dentro de instituições psiquiátricas em todo Brasil.

Em um plano mais amplo, os efeitos da sentença condenatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos no ordenamento jurídico brasileiro foram analisados por Lascala e Freitas⁶³, que apontam ter havido uma adequação do ordenamento jurídico à normativa internacional. A eficácia jurídica das decisões da Corte Interamericana evidencia as ramificações da sentença condenatória no caso Damião Ximenes Lopes, que parece ser extremamente importante na luta contra a impunidade e pela promoção e proteção dos direitos humanos no Brasil. No plano jurídico, a decisão deu projeção internacional também para as falhas endêmicas do sistema de justiça brasileiro⁶⁴, além disso demonstrou que, como no exemplo, as vítimas e seus representantes devem recorrer ao sistema interamericano nas situações em que o Estado não prima pela garantia dos direitos humanos⁶⁵.

Conclusão

Em um contexto efervescente de reivindicações por novas práticas na atenção à saúde mental, a morte espantosa de Damião chegou assustando todos os envolvidos nesta esfera. E a pergunta maior era: Quantos são Damião? Quantos cidadãos brasileiros continuavam sendo expostos a todo tipo de abuso intramuros?

Nos dias atuais, outros jovens estão sendo retirados de seus lares e vivendo regime de isolamento, em que cenas tão violentas retornam às páginas policiais. Por isso é fundamental que se fortaleça a articulação entre Justiça e Saúde, como os movimentos já iniciados entre o Ministério da Saúde e a Secretaria Nacional de Direitos Humanos⁶⁶, nos últimos anos, com vistas a garantir a dignidade do portador de transtorno mental e não para legitimar práticas opressivas e excludentes.

O compartilhamento de saberes deve ser instrumento de ampliação de direitos,

⁶² QUINDERÉ, Paulo Henrique Dias; JORGE, Maria Salete Bessa Jorge. (Des) Construção do Modelo Assistencial em Saúde Mental na Composição das Práticas e dos Serviços. *Saúde Soc.* São Paulo, v.19, n.3, p.569-583, 2010.

⁶³ LASCALA, Maria Carolina Florentino; FREITAS, Riva Sobrado de. Os Efeitos das Sentenças Condenatórias da Corte Interamericana de Direitos Humanos no Ordenamento Jurídico Brasileiro. Disponível em: <http://www.direitorp.usp.br/arquivos/noticias/sites_eventos/3_semana_juridica_2010/papers>. Acesso em: 04 mar. 2014.

⁶⁴ COELHO, Adriano Fernandes. A Eficácia Jurídica das Decisões da Corte Interamericana de DH: caso Damião Ximenes Lopes. Disponível em: <http://www.faf7.edu.br/recursos/imagens/File/direito/ic2/vi_encontro>. Acesso em: 20 fev. 2014.

⁶⁵ BORGES, Nadine Monteiro. O caso Damião Ximenes: uma análise sócio-jurídica do acesso à comissão e à corte interamericana de direitos humanos. 227f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2008.

⁶⁶ Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República. Direitos Humanos e Saúde Mental. Disponível em: <<http://www.sdh.gov.br/assuntos/direito-para-todos/programas/direitos-humanos-em-saude-mental>>. Acesso em: 19 abr. 2014.

de preenchimento de lacunas, de produção de soluções que tenham como foco a vida e a dignidade do indivíduo. Uma vez que, muitas vezes, o pedido de internação ou afastamento solicitado pelos familiares vem inserido em um delicado momento de crise ou de fragilidade de todos os envolvidos que mascaram a real necessidade de se compreender a situação. Precipitam-se ações judiciais que poderiam ser solucionadas ou encaminhadas no âmbito dos serviços de saúde. É importante esta análise para que um momento de desespero do familiar não se transforme em um destino tão cruel como foi o de Damião e de muitos outros que tiveram o mesmo fim.

Referências

AMARANTE, Paulo. (coord.) Loucos pela Vida: a trajetória da reforma psiquiátrica no Brasil. 2.ed. Rio de Janeiro: Fiocruz, 1995.

BORGES, Nadine Monteiro. O caso Damião Ximenes: uma análise sócio-jurídica do acesso à comissão e à corte interamericana de direitos humanos. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense, 2008.

CABRAL, Rafael Lamera. As interações entre direito e filosofia no caso Damião Ximenes Lopes X Brasil, na Corte Interamericana de Direitos Humanos – CIDH/OEA. In: Anuário Mexicano de Derecho Internacional. México, DF: Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, vol. XIV, 2014, pp. 617-635. Disponível em: <<http://biblio.juridicas.unam.mx>>. Acesso em: 19 jun. 2014.

CARNEIRO, Eduardo Sá; LIMA JUNIOR, Jayme Benvenuto. Damião Ximenes e Gilson Nogueira: Os primeiros casos contra Brasil perante o Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>> . Acesso em: 04 mar. 2014.

COELHO, Adriano Fernandes. A eficácia jurídica das decisões da corte interamericana de DH: caso Damiao Ximenes Lopes. Disponível em: <http://www.fa7.edu.br/recursos/imagens/File/direito/ic2/vi_encontro>. Acesso em: 20 fev. 2014.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Damião Ximenes Lopes x Brasil. Disponível em: <www.direitoshumanos.usp.br/index.php/.../option.../view,category>. Acesso em: 14 jun. 2014.

GEERTZ, Clifford. A Interpretação das Culturas. Rio de Janeiro: LTF Editora, 1983.

HANASHIRO, Olaya Sílvia Machado Porella. O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos. São Paulo: Fapesp, 2001.

LASCALA, Maria Carolina Florentino; Riva Sobrado de FREITAS. Os efeitos das sentenças condenatórias da corte interamericana de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro. Disponível em: <http://www.direitorp.usp.br/arquivos/noticias/sites_eventos/3_semana_juridica_2010/papers>. Acesso em: 04 mar. 2014.

PAIXÃO, Cristiano; FRISSE, Giovana; SILVA, Janaína Peralva da. Caso Ximenes Lo-

pes versus Brasil - Corte Interamericana de Direitos Humanos * Relato e Reconstrução Jurisprudencial. Disponível em: <www.direitogv.com.br/casoteca>. Acesso: em 15 jun. 2014.

PEREIRA, Milton Freire. Damião, um grito de socorro e solidão. In: Silva, Marcus Vinicius de Oliveira (Org.). A instituição Sinistra. Mortes Violentas em Hospitais Psiquiátricos no Brasil. Brasília: Conselho Federal de Psicologia, 2001.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. São Paulo: Saraiva, 2007.

QUINDERÉ, Paulo Henrique Dias; JORGE, Maria Salette Bessa Jorge. (Des)Construção do Modelo Assistencial em Saúde Mental na Composição das Práticas e dos Serviços. Saúde Soc. São Paulo, v. 19, n. 3, p. 569-583, 2010.

RAMOS, André de Carvalho. Direitos Humanos em Juízo. São Paulo: Max Limonad, 2001.

_____. Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional. São Paulo: Saraiva, 2013.

RESENDE, Heitor. Política de saúde mental no Brasil: uma visão histórica. In: TUNDIS, Silvério Almeida; COSTA, Nilson do Rosário. Cidadania e Loucura: políticas de saúde mental no Brasil. Petrópolis: Vozes-Abrasco, 1987.

ROSATO, Cassia Maria; CORREIA, Ludimila Cerqueira. Caso Damião Ximenes Lopes: Mudanças e Desafios após a Primeira Condenação do Brasil pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Disponível em: <http://www.surjournal.org/conteudos/getArtigo15.php?artigo=15,artigo_05.htm>. Acesso em: 04 mar. 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dimensões da Dignidade: ensaios de Filosofia do Direito e de Direito Constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SILVA, Marcus Vinicius de Oliveira (Org.). A Instituição Sinistra. Mortes Violentas em Hospitais Psiquiátricos no Brasil. Brasília: Conselho Federal de Psicologia, 2001.

TENÓRIO, Fernando. A Reforma Psiquiátrica Brasileira, da década de 1980 aos dias atuais: história e conceito. Revista História, Ciências, Saúde – Manguinhos, Rio de Janeiro, v. 9, n. 1, p. 25-59, jan.-abr. 2002.

YASSUI, Silvio. Rupturas e Encontros – desafios da Reforma Psiquiátrica brasileira. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2010.

Capítulo VI

A INACESSIBILIDADE AO PROCESSO JUDICIAL ELETRÔNICO PELOS ADVOGADOS DEFICIENTES VISUAIS: CASO DEBORAH MARIA PRATES BARBOSA PERANTE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF)

Denyse Moreira Guedes¹

Introdução

A inclusão social é um processo de atitudes afirmativas, públicas e privadas, visando inserir, em um contexto social mais amplo, todos aqueles grupos ou populações marginalizadas historicamente.

Nesse contexto, Lafer² referindo-se ao pensamento de Hannah Arendt diz: “a cidadania é o direito a ter direitos, pois a igualdade em dignidade e direitos dos seres humanos não é um dado. É um construído da convivência coletiva, que requer o acesso a um espaço público comum. Em resumo, é esse acesso ao espaço público – o direito a pertencer a uma comunidade política, que permite a construção de um mundo comum por meio do processo de asserção dos direitos humanos”.

Quando abordamos inclusão social, tratamos também de exclusão social que compreende todas as pessoas até então excluídas dos sistemas sociais comuns. Também designados grupos ou segmentos “minoritários”, essas pessoas deverão ser incluídas pela mudança de paradigma da Inclusão Social, em que a sociedade se forma para adaptar às necessidades das pessoas.

No antigo paradigma, a sociedade ditava o padrão a ser seguido e todos procuravam se adaptar à norma. No novo paradigma, as diferenças são bem-vindas e trazem a marca da diversidade. A padronização e massificação do paradigma antigo dão lugar à convivência com as diferenças e as singularidades.

O novo paradigma da inclusão social promove a diversidade, a mesclagem, enfim,

¹ Denyse Moreira Guedes : Doutora em Direito Ambiental Internacional – UNISANTOS com Bolsa CAPES – doutorado sanduíche na Universidade Lusíada do Porto - Portugal; Mestre em Saúde Coletiva – UNISANTOS; Especialista em Direito Penal – FMU-SP; Advogada – Universidade São Marcos-SP; Assistente Social – PUC-SP; Membro do Grupo de Pesquisa Direitos Humanos e Vulnerabilidades CNPq (Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico) – UNISANTOS; Membro da Cátedra Sérgio Vieira de Mello da Universidade Católica de Santos – UNISANTOS – em parceria com o Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados - ACNUR; Membro do Grupo de Pesquisa Direitos Humanos e Desenvolvimento Sustentável CNPq (Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico) – Universidade Santa Cecília - UNISANTA; E- ail: denyseguedes@hotmail.com

² LAFER, Celso. A reconstrução dos direitos humanos: a contribuição de Hannah Arendt. Revista Estudos Avançados, v. 11, n. 30, p. 55-65, 1997.

reúne as diferenças. Ao mesmo tempo em que reúne as diferenças valoriza a identidade, a singularidade, a peculiaridade, a distinção de cada ser humano – todo ser humano é único. A sociedade não é homogênea, ela é heterogênea e híbrida.

Referindo-se à questão da deficiência em particular, Sassaki³ defende que a sociedade tem que aprender a conviver com as pessoas com deficiências. A sociedade tem que mudar: a concepção das pessoas, a filosofia das empresas, a arquitetura deficiente tem que se adaptar às pessoas com dificuldade de locomoção.

O foco da deficiência não é o indivíduo, é a sociedade; nesse sentido, devem as políticas públicas ser voltadas ao exercício da Inclusão Social, superando assim as diversas formas de desigualdades sociais, culturais, educacionais e econômicas, buscando uma sociedade mais justa e com melhor qualidade de vida. Devem ser amplas que envolvam também a participação popular, a cultura e o desenvolvimento. A manutenção dos direitos fundamentais do cidadão deve contribuir para o fortalecimento dos direitos humanos, gerando conhecimentos desses direitos e, assim, promover oportunidades para todas as pessoas, enfrentando todas as formas de discriminação e exclusão social geradas pelas diferenças sociais, econômicas, psíquicas, físicas, culturais e ideológicas.

Vivenciamos uma cultura que almeja uma ordem social pautada em valores como a justiça, a igualdade, a equidade e a participação coletiva na vida pública e política de todos os membros da sociedade, ao mesmo tempo em que busca uma vida digna para todas as pessoas. Esses valores são basais na Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), fruto de um pacto consolidado em 1948 no âmbito da Organização das Nações Unidas (ONU), e hoje assumidos pelos países democráticos como uma referência de ética e de valores socialmente desejáveis.

Em seus trinta artigos, os princípios presentes na DUDH situam-se na confluência democrática entre os direitos e liberdades individuais e os deveres para com a comunidade em que se vive. Como demonstração de sua força ética, nas últimas décadas inúmeros outros documentos vêm sendo elaborados e acordados no mundo inteiro, na busca por garantir tais direitos e deveres para grupos ou comunidades específicas, contribuindo para a construção de uma cultura de direitos humanos.

O caso a ser apresentado a seguir foi julgado em fevereiro de 2014 e destaca mais uma conquista no campo da legislação, intencionando minimizar a força do estigma que recai sobre os deficientes visuais ao tema direitos humanos com fulcro na Convenção Internacional dos Direitos das Pessoas com Deficiência, artigo 9º - acessibilidade, da qual o Brasil é signatário, a qual tem status de Emenda Constitucional. Deborah Maria Prates Barbosa, advogada, deficiente visual, ao argumentar em Mandado de Segurança impetrado junto ao STF a inacessibilidade aos advogados deficientes visuais de peticionarem por meio e unicamente do Poder Judiciário eletrônico (PJe), demonstra não ter sido este elaborado com base nas normas internacionais de acessibilidade Web, Consórcio W3C⁴, portanto, não garantindo o amplo e irrestrito acesso aos sites, impe-

³ SASSAKI, Romeu Kazumi. *Inclusão: construindo uma sociedade para todos*. Rio de Janeiro: WVA, 1997.

⁴ Para explicitar sobre Web (Consórcio W3C), este vem a ser um consórcio internacional no qual organizações filiadas, uma equipe em tempo integral e o público trabalham juntos para desenvolver padrões para a

dindo e dificultando o acesso das pessoas com deficiência aos bens e serviços de todos os integrantes do Poder Judiciário, não cumprindo a Recomendação nº 27, de 2009, do próprio Conselho Nacional de Justiça (CNJ), para que adotem medidas para a remoção de barreiras físicas, arquitetônicas, de comunicação e atitudinais, requer, portanto, o direito de permanecer peticionando em papel até que os sites do Poder Judiciário fiquem acessíveis, pois, para ser independente, precisa-se de acessibilidade.

1. O Caso Deborah Maria Prates Barbosa ⁵

Cabe aqui ressaltar sobre a dignidade da pessoa humana. Esta surgiu para combater o Estado totalitário por causa das aberrações praticadas contra o ser humano, sobretudo pelos nazistas, que sacrificavam os judeus com a crença de que pertenciam a uma raça inferior, e todos deveriam respeitar a supremacia alemã⁶.

A dignidade é um conceito em construção no ordenamento jurídico, que está sendo criado com base nos Direitos Humanos para proteger todos os indivíduos. O grande problema está no fato de a dignidade não poder ser conceituada de uma maneira fixista, devendo ser levados em consideração as lutas pelos direitos humanos, o poder que governa a sociedade e a evolução social dos Estados governados⁷.

Conforme os ensinamentos do professor Celso Antonio Pacheco Fiorillo, a dignidade é um piso vital mínimo imposto pela Carta Magna como garantia da possibilidade de realização histórica e real da dignidade da pessoa humana no meio social.⁸ Dessa forma, a dignidade deve sempre ser vista como um mínimo, mínimo este que sem ela a pessoa não tem uma vida justa e humana que possa buscar o progresso. Dentro dos direitos da dignidade encontram-se a segurança, a saúde, a educação, entre outros direitos que cabem ao Estado assegurar à sociedade (direitos estes que estão positivados no artigo 6º da Constituição, combinado com o artigo 225), são os direitos sociais justos

Web. A missão do W3C é Conduzir a World Wide Web para que atinja todo seu potencial, desenvolvendo protocolos e diretrizes que garantam seu crescimento de longo prazo. Basicamente, o W3C cumpre sua missão com a criação de padrões e diretrizes para a Web. Desde 1994, o W3C publicou mais de 110 desses padrões, denominados Recomendações do W3C. O W3C também se envolve em educação e divulgação, desenvolve softwares e atua como fórum aberto para discussões sobre a Web. Para que a Web atinja todo o seu potencial, as tecnologias mais fundamentais da Web precisam ser compatíveis entre si e permitir que todos os equipamentos e softwares usados para acessar a Web funcionem juntos. O W3C chama essa meta de “Interoperabilidade da Web”. Ao publicar padrões abertos (não exclusivos) para línguas e protocolos da Web, o W3C procura evitar a fragmentação do mercado e, conseqüentemente, a fragmentação da Web. Informações obtidas no site <<http://www.w3c.br/sobre/>>. Acesso em: 05 mar. 2014.

⁵ As informações narradas sobre o caso foram obtidas no site do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=259216>>. Acesso em: 05 mar. 2014.

⁶ COMPARATO Fábio Konder A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos. São Paulo: Saraiva, 1999, p.90.

⁷ COSTA, Helena Regina Logo da. A Dignidade Humana: teorias de prevenção geral positiva São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 22.

⁸ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. Curso de Direito Ambiental Brasileiro. 12. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 20 e ss.

com os ideais de justiça.

A proteção à dignidade da pessoa humana é o fundamento de todo o ordenamento jurídico e também a finalidade última do Direito. Onde não houver respeito pela vida, integridade física e moral do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde não houver limitação do poder, e a igualdade, a liberdade e a autonomia não forem reconhecidas e minimamente asseguradas, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana⁹.

O caso a ser apresentado refere-se à advogada Deborah Maria Prates Barbosa, inscrita na Ordem dos Advogados do Brasil seccional do Rio de Janeiro (OAB-RJ), a qual impetrou em janeiro de 2014 um mandado de segurança (MS/32751) com pedido de medida cautelar, a fim de restaurar seu direito de exercer a advocacia com liberdade e independência, sob o argumento de que o PJe está inacessível aos deficientes visuais, por encontrar-se fora das normas internacionais de acessibilidade na Web, questionando assim o ato praticado pelo CNJ, o qual negou o peticionamento em papel, considerado por ela como inconstitucional.

A impetrante propôs o mandamus, sob o fundamento de que a decisão do CNJ viola seu direito líquido e certo de acessibilidade aos sistemas e tecnologias da informação e comunicação do Poder Judiciário.

Argumentou, para tanto, que o Conselho editou ato normativo impondo que todas as petições e outros procedimentos judiciais sejam feitos eletronicamente, “sem, contudo, ter garantido às pessoas com deficiência amplo e irrestrito acesso aos sites”.

Afirmou ainda que a Recomendação nº 27, de 16 de dezembro de 2009¹⁰, do CNJ, determina que sejam tomadas as providências cabíveis para remoção de quaisquer barreiras que pudessem impedir ou dificultar o acesso das pessoas com deficiência aos bens e serviços de todos os integrantes do Poder Judiciário. Ressaltou que uma Resolução do CNJ instituiu o peticionamento eletrônico sem, contudo, ter garantido às pessoas com deficiência amplo e irrestrito acesso aos sites, alegando que conteúdo destes não está codificado, de modo que os leitores de tela¹¹ dos deficientes visuais não podem ler/navegar nos portais.

⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e os Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 59.

¹⁰ Recomenda aos Tribunais relacionados nos incisos II a VII do artigo 92 da Constituição Federal de 1988 que adotem medidas para a remoção de barreiras físicas, arquitetônicas, de comunicação e atitudinais, de modo a promover o amplo e irrestrito acesso de pessoas com deficiência às suas dependências, aos serviços que prestam e às respectivas carreiras, para a conscientização de servidores e jurisdicionados sobre a importância da acessibilidade enquanto garantia ao pleno exercício de direitos, bem como para que instituem comissões de acessibilidade visando ao planejamento, elaboração e acompanhamento de projetos e metas direcionados à promoção da acessibilidade às pessoas com deficiência. (Publicada no DOU, seção 1, em 25/1/10, p. 107, e no DJ-e nº 15/2010, em 25/1/10, p. 2-4). Íntegra da Resolução: <<http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/saude-e-meio-ambiente/pj-gestao-socioambiental/322-sessao-de-julgamento/atos-administrativos-da-presidencia/recomendacoes-do-conselho/12111-recomendacao-no-27>>. Acesso em: 05 mar. 2014.

¹¹ Leitor de tela é um programa que interpreta os conteúdos do código e os apresenta através de um sintetizador de voz ou impresso em braille.

Fundamentou o *periculum in mora* no fato de que está impedida de exercer a advocacia com liberdade e independência, por meio do processo judicial eletrônico hoje existente.

Explicou tal protesto contra as restrições existentes no peticionamento eletrônico da Suprema Corte em hipóteses tais, pois os deficientes visuais precisam de navegadores especiais para chegarem à Corte.

A impetrante preliminarmente requereu o benefício da gratuidade da justiça por não possuir capacidade financeira para custear as despesas legais relativas à propositura da presente demanda sem o prejuízo próprio e do sustento da família, pedido esse deferido pelo Vice-Presidente no exercício da Presidência do STF, Ministro Ricardo Lewandowski, o qual havia sido indeferido anteriormente pelo Ministro Joaquim Barbosa sob o argumento de que a necessidade de auxílio de terceiros à advogada para o envio de petições eletrônicas não configuraria dano irreparável a ser preservado, argumento esse que causou grande espanto a todos, por ter sido, à primeira vista, uma afronta a um dos principais fundamentos da Constituição Federal de 1988 (CF), qual seja, a dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III, da CF). Tal postura viola o valor que permeia todo o texto constitucional, que é a proteção e promoção das pessoas com deficiência (artigos 3º, IV, 5º; 7º, XXXI; 23, II; 37, VIII; 203, IV e V; 227, II e § 2º; 244 da CF).

Assim, em 31 de janeiro de 2014, Lewandowski deferiu o pedido liminar a fim de determinar ao CNJ que assegure à impetrante o direito de peticionar fisicamente em todos os órgãos do Poder Judiciário, a exemplo do que ocorre com os habeas corpus, até que o processo judicial eletrônico seja desenvolvido de acordo com os padrões internacionais de acessibilidade.

Uma Comissão de Acessibilidade formada pelo Conselho Superior da Justiça do Trabalho (CJST) se mobilizou para tratar do assunto, em Brasília, com o objetivo de condicionar a informatização obrigatória das petições à instalação de um sistema de navegação para deficientes visuais, com leitura em tela. Nas palavras do Procurador Federal, aposentado, Emerson Odillon Sandrim, que integra a Comissão, “o processo eletrônico é inevitável, só que aconteceu sem estudo prévio e sem tempo de adequação. Não se pode privar o advogado de ter o processo em papel. Os deficientes visuais não estão conseguindo trabalhar. Eu chamo isso de *apartheid digital*”¹².

Hoje, o uso de um sistema com leitor de tela para deficientes visuais é incompatível com o programa implantado pelo CNJ. “Será preciso criar um novo programa. Eu vejo com tristeza essa situação, porque a acessibilidade no país ainda não está sendo respeitada. É uma luta pela dignidade”, argumenta Luiz Claudio Allemand, presidente da Comissão de Tecnologia da Informação da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB)¹³.

Nas palavras de Deborah Maria Prates Barbosa, o Ministro Joaquim Barbosa nutre um olhar assistencialista, “acha que nós, deficientes visuais, precisamos ser ajudados”.

¹² Ministro Joaquim Barbosa nega petição em papel de advogada cega. Disponível em: <<http://odia.ig.com.br/noticia/brasil/2014-01-11/ministro-joaquim-barbosa-nega-peticao-em-papel-de-advogada-cega.html>>. Acesso em 15 ago. 2015.

¹³ Conselho Nacional de Justiça dificulta a acessibilidade no trabalho para os deficientes visuais. Disponível em: <<http://saci.org.br/index.php?modulo=akemi¶metro=39876>>. Acesso em: 15 ago. 2015.

Não há uma visão de cidadania, como determina a Convenção da ONU sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência. “O Ministro rasgou a Constituição”, e finaliza: o sabor da vitória ainda é parcial, tratando-se apenas de uma liminar, estando sujeita às turbulências durante o curso da ação. Certo mesmo é o pensamento de Albert Einstein: “Tornou-se chocantemente óbvio que a nossa tecnologia excedeu a nossa humanidade”¹⁴.

2. Deferimento de Liminar: assegurando o direito da dignidade da pessoa humana e o direito constitucional de exercer a profissão

A dignidade da pessoa humana é o princípio supremo da Constituição Federal, servindo como base para todo o ordenamento jurídico. O respeito à dignidade foi transformado em princípio pelo poder constituinte, na Constituição Federal de 1988, sendo considerado o princípio que rege todos os demais princípios e, ao mesmo tempo, é inerente à vida humana.

A primeira concepção de natureza jurídica da dignidade humana é que ela é uma norma jurídica e não se restringe a uma declaração ou postulado filosófico. Desta forma não é possível dizer que a dignidade humana possui apenas força declaratória ou uma norma abstrata sem significado jurídico.

A emenda do Recurso Especial (Resp) nº 647.853, publicada no DJU de 06 de junho de 2005¹⁵, do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, complementou a Constituição Brasileira de 1988 ao prescrever a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República. Portanto:

Hodiernamente, inviabiliza-se a aplicação da legislação infraconstitucional impermeável aos princípios constitucionais dentre os quais sobressai o da dignidade da pessoa humana, que é um dos fundamentos da República, por isso que inaugura o texto constitucional, que revela o nosso ideário como nação.

Ao deferir a liminar em defesa do direito líquido e certo de uma advogada cega apresentar petições em papel, o Ministro Ricardo Lewandowski determinou ao CNJ que assegure à impetrante o direito de peticionar fisicamente em todos os órgãos do Poder Judiciário, a exemplo do que ocorre com os habeas corpus, até que o processo judicial eletrônico seja desenvolvido de acordo com os padrões internacionais de acessibilidade, “sem prejuízo de melhor exame da questão pelo relator”, no caso, o Ministro Celso de Mello.

Para Lewandowski, o Poder Judiciário de todo o País vem a cada ano buscando aprimorar a informatização do processo judicial. Nesse sentido, o CNJ tem tido uma atuação de destaque com o objetivo de, por meio de sistemas informatizados modernos

¹⁴ Informatização no sistema judiciário precisa de adequações para deficientes visuais. Disponível em: <http://institutoparanaensedecegos-ipc.blogspot.com.br/2014_01_01_archive.html>. Acesso em: 15 ago. 2015.

¹⁵ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ementa do Resp. Nº 647.853. Diário da Justiça da União, Brasília, 06 de junho de 2005. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 05 abr. 2014.

e eficazes, tornar o processo judicial mais célere, como garante o artigo 5º, LXXVIII, da CF.

Na mesma esteira, a Suprema Corte, por exemplo, passou a adotar a forma eletrônica como única maneira de protocolizar as peças no Tribunal, conforme dispõem os artigos 19 e 20 da Resolução 427, de 2010¹⁶.

Ressalta ainda que a partir do momento em que o Poder Judiciário apenas admite o peticionamento por meio dos sistemas eletrônicos, deve assegurar o seu integral funcionamento, sobretudo, no tocante à acessibilidade.

Atualmente existem vários documentos internacionais que propõem regras ou normas de acessibilidade para a web, alguns deles inclusive contendo exemplos práticos. Todos, no entanto, baseiam-se em diretrizes W3C.

Assim como em outros países, o Brasil, a partir de uma iniciativa do Ministério do Planejamento, também criou o seu modelo de acessibilidade, bem como uma cartilha técnica que serve de referência para os desenvolvedores web.

O W3C trabalha em conjunto com o *Massachusetts Institute of Technology Laboratory for Computer Science*¹⁷ (MIT/LCS), nos Estados Unidos, e o *Institut National de Recherche en Informatique et en Automatique*¹⁸ (INRIA), na Europa, em colaboração com a *European Organization for Nuclear Research*¹⁹ (CERN), e apoiado pela *Defense Advanced Research Projects Agency*²⁰ (DARPA) e pela *European Commission*²¹. O W3C trabalha com a comunidade global produzindo especificações e referências, promovendo a evolução e interoperabilidade dos protocolos da web.

O principal objetivo que as diretrizes para acessibilidades na web buscam está em tornar disponível o conteúdo da web acessível a todos os usuários da rede mundial de computadores – Internet.

3. Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) e Medida Atitudinal para Efetivar a Acessibilidade ao PJe²²

O Conselho Federal da OAB requereu ao CNJ a unificação das 46 versões do PJe,

¹⁶ “Artigo 19 As seguintes classes processuais serão recebidas e processadas, exclusivamente, de forma eletrônica: I – Ação Direta de Inconstitucionalidade; II – Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão; III – Ação Declaratória de Constitucionalidade; IV – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental; V – Reclamação; VI – Proposta de Súmula Vinculante; VII – Ação Rescisória; VIII – Ação Cautelar; IX – Habeas Corpus; X – Mandado de Segurança; XI – Mandado de Injunção; XII – Suspensão de Liminar; XIII – Suspensão de Segurança; XIV – Suspensão de Tutela Antecipada. Art. 20 Os pedidos de habeas corpus poderão ser encaminhados ao STF em meio físico, caso em que serão digitalizados antes da autuação, para que tramitem de forma eletrônica”.

¹⁷ Laboratório de Ciência da Computação do Instituto de Tecnologia de Massachusetts.

¹⁸ Instituto Nacional de Pesquisa em Informática e Automação.

¹⁹ Organização Europeia de Pesquisa Nuclear.

²⁰ Agência de Projetos de Pesquisa de Defesa Avançados.

²¹ Comissão Europeia.

²² Petição inicial elaborada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil endereçada ao Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20130829-03.pdf>. Acesso em: 05 abr. 2014.

bem como a sua adequação técnica para atender ao Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741, de 2003) e à lei da acessibilidade (Lei nº 10.098, de 2000). Um ofício também foi enviado ao presidente do CJST, Ministro Carlos Alberto Reis de Paula, pedindo as adaptações.

Os pedidos são baseados nos dados do Cadastro Nacional de Advogados, que aponta a existência de 140.886 advogados com mais de 60 anos, e 1.149 com deficiências visuais. De acordo com eles, essa realidade reflete a necessidade de o Poder Judiciário garantir o acesso à Justiça sem qualquer tipo de discriminação.

No pedido de providências enviado ao CNJ, a entidade aponta que parte das exigências de utilização dos sistemas “dificultam o acesso ao Poder Judiciário por parte dos advogados, bem como tem apresentado inúmeras inconsistências em detrimento da garantia do acesso à Justiça e do princípio da instrumentalidade do processo”, entre elas: necessidade de permitir a remessa de documentos sem limitação de tamanho; necessidade de exigência de apenas um cadastramento para todas as instâncias; necessidade de que se mantenham as intimações por Diário Oficial; necessidade de que se permita o peticionamento em papel e não apenas em meio digital; necessidade de correção das constantes instabilidades nos sistemas; necessidade de correção dos problemas de controle de prazos; necessidade de melhoria do suporte ao sistema, via web e por telefone; necessidade de se garantir informação imediata, por meio de emissão de certidões pelos Tribunais, da indisponibilidade do sistema; necessidade de que se permita o peticionamento em editor de texto próprio.

Ressalta-se que colocar em utilização um sistema desenvolvido sem as necessárias contribuições da advocacia, onde estão os seus principais usuários, é medida temerária e que vem causando graves prejuízos aos advogados e aos jurisdicionados. A implantação de sistemas eletrônicos para processamento das demandas jurisdicionais deve garantir o acesso à Justiça e a instrumentalidade do processo, ao contrário do que vem ocorrendo na prática.

Lamentavelmente, verificou-se que no caso do Sistema que busca unificar o Processo Judicial Eletrônico, ocorreu uma falta de diálogo entre o CNJ e a advocacia. Com efeito, têm-se observado inúmeros problemas operacionais, por se tratar de um Sistema muito complexo e de utilização nada intuitiva.

Mais uma vez, a entidade destacou que não é contra o processo eletrônico, mas acredita que a implementação do sistema dever ser feita de forma segura e gradual, garantindo a acessibilidade a todos os cidadãos.

O presidente nacional da OAB, Marcus Vinicius Furtado, ponderou que,

embora já tenha havido pedido de Providências apresentado ao CNJ, tendo, inclusive, ensejado a Recomendação n.º 27, de 16 de dezembro de 2009, para que se promovesse o amplo e irrestrito acesso às pessoas com deficiências visuais não apenas às dependências dos Tribunais, mas aos próprios serviços públicos prestados, lamentavelmente as adequações no PJe não contemplaram essas pessoas²³.

²³ OAB requereu ao CNJ a unificação das 46 versões do PJe, bem como a sua adequação técnica para

Como opção para solucionar o problema, o pedido sugere o uso de softwares que transformam texto em som como uma das alternativas para deficientes visuais. Dentre as opções de programas, existe o Letra, desenvolvido pelo Serviço Federal de Processamento de Dados em parceria com o Centro de Pesquisa e Desenvolvimento ligado à Universidade de Campinas. Transforma textos que estão em formato eletrônico em arquivos de áudio.

É fato que os operadores da máquina judiciária não apresentam conhecimentos acerca do sistema Braille, e não se tem notícia de que haja uma estrutura especializada para gerir um Sistema de Processo Eletrônico que disponibilize funcionalidades específicas para pessoas com deficiência, a despeito de existir, no mercado, diversos softwares que permitem que deficientes visuais tenham uma vida digna e normal, a exemplo do software do Serviço Federal de Processamento de Dados (SERPRO), inclusive, disponibilizado gratuitamente à sociedade.

A respeito da inclusão digital de pessoas com deficiências visuais, cumpre destacar que não é algo recente. O próprio Poder Público reconhece a necessidade de inclusão digital dessas pessoas e significativa mudança que isso representa para a sua própria dignidade.

Sabendo da importância da questão, o próprio SERPRO disponibilizou sistema para inclusão digital das pessoas com deficiências visuais, disponibilizando, inclusive, treinamento em 10 capitais brasileiras: Belém, Belo Horizonte, Curitiba, Florianópolis, Fortaleza, Porto Alegre, Recife, Rio de Janeiro, Salvador e São Paulo.

A OAB alegou necessidade imediata da concessão de liminar, já que “as regras e procedimentos contidos no PJe (...) violam diuturnamente prerrogativas profissionais de advogados incluídos nestas condições (causídicos idosos e com deficiência) e, principalmente, ofendem toda a cidadania”²⁴. Afrontando, assim, diretamente a Lei nº 10.098, de 2000 (Lei de Acessibilidade), regulamentada pelo Decreto nº 5.296, de 2004, e a Lei nº 10.741, de 2003 (Estatuto do Idoso), e a própria Constituição Federal (artigos 1º, III – princípio da dignidade da pessoa humana; e 5º, XXXV – princípio da inafastabilidade da jurisdição ou do acesso à Justiça).

A fumaça do bom direito encontra-se presente nos vastos fundamentos jurídicos aduzidos e justifica a concessão de liminar ao presente Procedimento.

O presidente sustentou, ainda, que caso não seja possível dentro do PJe-JT o cumprimento das disposições legais, “seja deferido aos idosos ou pessoas com deficiência a prática de atos e acesso aos processos de forma física”²⁵.

atender ao Estatuto do Idoso e à lei da acessibilidade. Disponível em: < <http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI185289,101048-OAB+requer+unificacao+dos+istemas+e+acessibilidade+do+PJe>>. Acesso em: 15 ago. 2015.

²⁴ Pedido de providências com pedido de deferimento liminar. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/oab-correcoes-tecnicas-processo.pdf>>. Acesso em: 15 ago. 2015.

²⁵ OAB requer unificação dos sistemas e acessibilidade do PJe. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI185289,101048-OAB+requer+unificacao+dos+istemas+e+acessibilidade+do+PJe>>. Acesso em: 05 mar. 2014.

Conclusão

O princípio da dignidade humana pertence ao campo dos direitos sociais e não resta dúvida de que a falta de condições materiais mínimas ao homem prejudica o exercício da liberdade, devendo o Estado não apenas coibi-la, mas proteger ativamente a vida humana, sendo esta a própria razão de ser do Estado, tal princípio deve possuir aplicabilidade, a vida humana precisa do amparo do Direito para o seu desenvolvimento físico, mental, psicológico, emocional e para isso é necessário tenha eficácia, que suas garantias de inviolabilidade e inalienabilidade sejam respeitadas e que o paradigma atual possa refletir no respeito à dignidade humana, na eficácia dessa norma que precisa estar aberta para todas as necessidades humanas e para os novos direitos que surgirão.

Cabe ressaltar que o direito à diferença nos protege quando as características de nossa identidade são ignoradas ou contestadas; o direito à igualdade nos protege quando essas características são motivo para exclusão, discriminação e perseguição. Uma diferença pode ser e, geralmente o é, culturalmente enriquecedora, enquanto uma desigualdade pode ser um crime. A igualdade democrática pressupõe:

- A igualdade diante da lei; é um pressuposto da aplicação concreta da lei, quer proteja, quer puna. É o que os gregos chamavam de isonomia.
- A igualdade do uso da palavra, ou da participação política; é o que os gregos chamavam de isegoria.
- A igualdade de condições socioeconômicas básicas, para garantir a dignidade humana.

A decisão do Min. Lewandowski é exemplo de valorização da cidadania. Assim como o deficiente físico, que vem conquistando arduamente o direito de ser respeitado e admitido em todos os segmentos do trabalho e da sociedade, ao deficiente visual não pode ser negado o direito ao labor intelectual, característica da advocacia. Se o PJ-e constitui um avanço nos pleitos e na prestação jurisdicional, não se pode admitir que a contrapartida, ainda que uma só, seja a exclusão do advogado deficiente visual desta militância.

Deborah Maria Prates Barbosa reconhece que tem obstáculos devido à sua deficiência, mas que é dever do Estado retirá-los, para que possa exercer a sua profissão em condições iguais aos seus pares. “Para conseguir a igualdade é preciso que haja oportunidade, mas essa oportunidade precisa estar acessível”, afirmou a advogada. Além do peticionamento físico, ela também conquistou o direito de circular pelas dependências do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro com seu cão-guia.

A impetrante coloca-se, reiteradamente, em defesa de uma acessibilidade atitudinal, cujo objetivo não se esgota na eliminação de barreiras físicas, mas preocupa-se, sobretudo, com a eliminação das barreiras existentes nas relações entre as pessoas – diante do preconceito que ainda estão presentes na sociedade brasileira. A questão não é a pessoa com deficiência, mas uma sociedade que lhe impõe barreiras intransponíveis.

Assim como a advogada, o desembargador Ricardo Tadeu Marques da Fonseca, o qual se tornou o primeiro juiz deficiente visual no Brasil, em 2009, já enfrentou precon-

ceito no Judiciário em 1990, quando foi impedido de concluir um concurso para juiz, em São Paulo, por ser deficiente visual.

A Ordem dos Advogados do Brasil parabenizou e homenageou a impetrante e apoiou a decisão de Lewandowski, e prontificou-se a coadunar com a solução do problema com a máxima urgência, para atender aos mais de 2000 (dois mil) advogados brasileiros – infelizmente, apenas 5% dos sites são acessíveis aos deficientes visuais –, haja vista que a sociedade brasileira tem o poder-dever de eliminar barreiras para que ocorra o pleno acesso dos advogados à Justiça e não mais que seja ferido um dos princípios basilares da nossa Carta Magna: dignidade da pessoa humana, da qual a impetrante foi aviltada nesse direito.

Referências

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ementa do Resp. Nº 647.853. Diário da Justiça da União, Brasília, 06 de junho de 2005. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 05 abr. 2014.

COMPARATO Fábio Konder A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos. São Paulo: Saraiva, 1999.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/saude-e-meio-ambiente/pj-gestao-socioambiental/322-sessao-de-julgamento/atos-administrativos-da-presidencia/recomendacoes-do-conselho/12111-recomendacao-no-27>>. Acesso em: 05 mar. 2014.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Conselho Nacional de Justiça dificulta a acessibilidade no trabalho para os deficientes visuais. Disponível em: <<http://saci.org.br/index.php?modulo=akemi¶metro=39876>>. Acesso em 15 ago. 2015.

CONSÓRCIO W3C. Disponível em: <<http://www.w3c.br/sobre/>>. Acesso em: 05 mar. 2014.

COSTA, Helena Regina Logo da. A Dignidade Humana: teorias de prevenção geral positiva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

Direitos Humanos: Inclusão e Exclusão Social. Disponível em: <<http://portaldoprofessor.mec.gov.br/storage/materiais/0000015519.pdf>>. Acesso em: 06 abr. 2014.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. Curso de Direito Ambiental Brasileiro, 12. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 20 e ss.

Informatização no sistema judiciário precisa de adequações para deficientes visuais. Disponível em: <http://institutoparanaensedecegos-ipc.blogspot.com.br/2014_01_01_archive.html>. Acesso em: 15 ago. 2015.

LAFER, Celso. A Reconstrução dos Direitos Humanos: a contribuição de Hannah Arendt. Revista Estudos Avançados, v. 11, n. 30, p. 55-65, 1997.

MIGALHAS. Ministro Joaquim Barbosa nega petição em papel de advogada cega. Disponível em: <<http://odia.ig.com.br/noticia/brasil/2014-01-11/ministro-joaquim-barbosa-nega-peticao-em-papel-de-advogada-cega.html>>. Acesso em: 15 ago. 2015.

MIGALHAS. OAB requer unificação dos sistemas e acessibilidade do PJe. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI185289,101048-OAB+requer+unificacao+dos+systemas+e+acessibilidade+do+PJe>>. Acesso em: 05 mar. 2014.

Pedido de providências com pedido de deferimento liminar. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/oab-correcoes-tecnicas-processo.pdf>>. Acesso em: 15 ago. 2015.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Petição inicial elaborada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil endereçada ao Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20130829-03.pdf>. Acesso em: 05 abr. 2014.

SASSAKI, Romeu Kazumi. Inclusão: construindo uma sociedade para todos. Rio de Janeiro: WVA, 1997.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=259216>>. Acesso em: 05 mar. 2014.

Capítulo VII

RAPOSA SERRA DO SOL, A MORADA DE MAKUNAIMA: CINCO ANOS DEPOIS DO STF (Decisão, 19 abril 2009)

Silmara Veiga de Souza¹

Introdução

*A Justiça é a primeira das instituições sociais, assim como a verdade
o é dos sistemas de pensamento.*
(John Rawls)

O capítulo a seguir tratará do julgamento no Supremo Tribunal Federal (STF) do caso da reserva indígena Raposa Serra do Sol, a qual está localizada ao norte do estado de Roraima e faz fronteira com a Venezuela e com a ex-Guiana inglesa (atual Guiana), lá é onde fica o Monte Roraima.

O tema foi escolhido pelo interesse que despertou nos meios de comunicação, pelas diversas ações na Justiça, pelo processo de demarcação e homologação que se arrastou por mais de 30 (trinta) anos e que ajudou a consolidar a jurisprudência do STF, no que tange ao direito à terra indígena. Tema constitucional e também de direito socioambiental envolvendo direitos humanos, direitos das minorias e multiculturalismo.

O direito à demarcação é de suma importância para a consubstanciação do direito fundamental à terra (direito à propriedade, artigo 5º, XXII; direito à moradia, artigo 6º caput, ambos da Constituição Federal [CF])²; direito que vem previsto expressamente no art. 231 da CF/88. Além de quê, este caso específico da Raposa Serra do Sol mostrou-se como um verdadeiro paradigma dos direitos indígenas à terra.

Adiante se observará que são previstos em nosso ordenamento direitos indígenas

¹ Mestre em Direito Ambiental pela Universidade Católica de Santos. Membro do Grupo de Pesquisa Direitos Humanos e Vulnerabilidades.

² João Trindade Cavalcante Filho define os direitos fundamentais “como os direitos considerados básicos para qualquer ser humano, independentemente de condições pessoais específicas. São direitos que compõem um núcleo intangível de direitos dos seres humanos submetidos a uma determinada ordem jurídica”. (CAVALCANTE FILHO, João Trindade. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalTvJustica/portalTvJusticaNoticia/anexo/Joao_Trindade_de_Teoria_Geral_dos_direitos_fundamentais.pdf>. Acesso em: 26 jan. 2014). Pedro Lenza afirma: “A CF/88, em seu Título II, classifica o gênero direitos e garantias fundamentais em importantes grupos, a saber: direitos e deveres individuais e coletivos; direitos sociais; direitos de nacionalidade; direitos políticos; partidos políticos (...). Assim, os direitos são bens e vantagens prescritos na norma constitucional, enquanto as garantias são os instrumentos através dos quais se assegura o exercício dos aludidos direitos (preventivamente) ou prontamente os repara, caso violados”. (LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquemático. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 1127 e 1031.)

à terra desde o século XVII, dispositivo que na sua redação pouco mudou, pois desde as Ordenações Filipinas os silvícolas já detinham direito originário às terras que tradicionalmente ocupam, mas que por durante séculos, entretanto, o dispositivo carecia de eficácia.

O trabalho está estruturado em três partes: na primeira se tratará da descrição do caso, em que se fará um retrospectivo histórico do processo de ocupação e de demarcação da área, até chegar ao conflito em si, trazendo versões das partes envolvidas e delimitando o conflito; na segunda parte, far-se-á a análise dos principais elementos do processo e como foi dada a solução para o conflito pelo STF com base também no que o direito, a doutrina e a jurisprudência já falavam sobre o assunto, bem como se retratarão as consequências jurídicas da manutenção da demarcação contínua da reserva e qual é a situação da reserva cinco anos depois da demarcação; e, finalmente, será feito um balanço do julgamento na prática, passados cinco anos, de sua eficácia e de sua força como um divisor de águas para o direito indígena a terra e para os direitos humanos em si.

1. O Caso Raposa Serra do Sol

A reserva indígena Raposa Serra do Sol se localiza no extremo norte do estado de Roraima, na divisa entre Brasil, Venezuela e Guiana, nela habitam cerca de 20 mil indígenas das etnias Makuxi, Uapixana, Ingarikó e Patamona. É desses índios que vem a lenda de Makunaima, o jovem guerreiro filho do Sol e da Lua, protetor da floresta e que, segundo as histórias, habita até hoje o Monte Roraima; lenda que inspirou Mário de Andrade a criar Macunaíma, uma das obras mais conhecidas da literatura brasileira, uma paródia da lenda contada pelos índios da região e misturada com outras lendas que fazem parte do folclore da Amazônia e do Brasil³. De acordo com artigo publicado na Revista de Ciências da Unesp: “E, embora de etnias diferentes, muitos povos da região referem-se a si mesmos como os ‘filhos de Makunáima’”.

Entretanto, esses índios que há gerações têm as suas histórias, lendas e costumes ligados à região do Monte Roraima, não tinham o direito formal sobre a terra que habitavam, não havia demarcação oficial da terra.

Foram anos e anos percorrendo longos caminhos em busca desse direito, até que o caso chegou ao STF depois de muitas controvérsias e disputas locais.

Para entender, de fato, o caso e o porquê da polêmica que mobilizou o Judiciário em um de seus mais célebres julgamentos e chamou a atenção na época da mídia nacional, é de suma importância fazer um retrospecto do caso.

Na principal ação que chegou ao STF, PET/3388, discutia-se se a demarcação da reserva indígena seria realizada em faixa contínua, como havia sido definido a partir dos

³ Para criar Macunaíma, Mário de Andrade usou como fonte primária de inspiração a obra *Vom Roroima zum Orinoco*, do escritor alemão Theodor Koch-Grünberg, que somente em 2005 ganhou uma versão em português de apenas um dos cinco volumes que compõem a obra: *Do Roraima ao Orinoco: Observações de uma viagem pelo norte do Brasil e pela Venezuela durante os anos de 1911 a 1913*. No livro do alemão, Makunaima, acompanhado de seus irmãos Ma'nápe e Jigüé, era uma espécie de divindade capaz de transformar objetos ou animais.

estudos antropológicos realizados pela Fundação Nacional do Índio (FUNAI), ou se a demarcação se daria em “ilhas”, ou seja, em faixa descontínua, devido às propriedades rurais ali instaladas e a existência de cidades na área da reserva Pacaraima, Uiramutã e Normandia.

O processo de delimitação/demarcação da reserva pode-se dizer que se iniciou no ano de 1917, quando o Governo do Amazonas editou a Lei Estadual nº 941, destinando as terras compreendidas entre os rios Surumu e Cotingo para a ocupação e usufruto dos índios Macuxi e Jaricuna. E em 1919, o Serviço de Proteção ao Índio (SPI), antecessor da FUNAI, iniciou a demarcação física da área, que estava sendo invadida por fazendeiros, mas o trabalho de demarcação oficial não foi finalizado.

Somente no ano de 1977 foi retomado o procedimento de demarcação, em que a FUNAI instituiu um Grupo de Trabalho Interministerial (GTI) para identificar os limites da Terra Indígena, mas que também não apresentou relatório conclusivo de seus trabalhos. Então, no ano de 1979, um novo GTI foi formado, sem que fossem realizados estudos antropológicos e historiográficos propôs-se uma demarcação provisória de 1,34 milhão de hectares (ha).

Devido à falta de critérios, foi instituído mais um GTI no ano de 1984, tendo sido levantadas e identificadas cinco áreas contíguas: Xununuetamu, Surumu, Raposa, Maturuca e Serra do Sol, totalizando 1,57 milhão ha. Entretanto, no ano de 1988, outro GTI interministerial foi criado e realizado novo levantamento fundiário e cartorial, e como os anteriores, sem chegar a nenhuma conclusão sobre o conjunto da área.

Finalmente, em 1992, a FUNAI decidiu reestudar a área, formando novo grupo de trabalho interministerial. E no ano de 1993 foi publicado no Diário Oficial da União (DOU) parecer conclusivo, propondo ao Ministério da Justiça o reconhecimento da extensão contínua de 1,67 milhão ha.

No ano de 1996, foi assinado o Decreto Presidencial nº. 1.775, que introduziu o princípio do contraditório no processo de reconhecimento de Terras Indígenas (TIs), permitindo a contestação por parte dos atingidos. Foram apresentadas 46 contestações administrativas contra a TI Raposa Serra do Sol por ocupantes não índios e pelo governo de Roraima.

O ministro da Justiça na época, Nelson Jobim, assinou o Despacho nº. 80, de 1996, que rejeitou os pedidos de contestação apresentados à FUNAI, mas propôs uma redução de cerca de 300 mil ha da área, com a exclusão de vilarejos que serviram como antigas bases de apoio à garimpagem, estradas e fazendas tituladas pelo INCRA, e isso representou a divisão da área em cinco partes, ou seja, criou uma demarcação descontínua.

Dois anos depois, em 1998, o Ministério da Justiça retrocedeu e o então ministro da Justiça, Renan Calheiros, revogou o Despacho nº. 80, de 1996, assinado pelo seu antecessor, e assinou a Portaria n.º 820, de 1998, que finalmente declarou a TI Raposa Serra do Sol posse permanente dos povos indígenas em faixa contínua.

Com isso iniciaram-se as grandes disputas judiciais em torno da demarcação da reserva. No ano de 1999, o Governo de Roraima impetrou Mandado de Segurança no

Superior Tribunal de Justiça (STJ) pedindo a anulação da Portaria nº. 820, de 1998; em 2002, a ação foi julgada improcedente.

Outras ações foram propostas, entre elas uma ação popular proposta pelo senador Mozarildo Cavalcanti junto à 1ª Vara Federal de Boa Vista, capital do estado de Roraima, no qual foi concedida liminar suspendendo os efeitos da demarcação nos núcleos urbanos e rurais consolidados; esta liminar foi confirmada pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região (TRF1), determinando-se ainda a exclusão da faixa de fronteira (150 km), o que eliminava toda a Terra Indígena – sendo que a exclusão da faixa de fronteira não constava dentre os pedidos que haviam sido feitos na petição inicial, caracterizando a decisão notoriamente como *ultra petita*⁴.

No ano de 2005, o novo ministro da Justiça, Márcio Thomaz Bastos, assinou a Portaria nº. 534, de 2005⁵, que revogou a Portaria nº. 820, de 1998. Essa nova Portaria basicamente manteve os limites estipulados anteriormente, em 1,745 milhão ha, em favor dos grupos indígenas Ingarikó, Makuxi, Taurepang e Wapixana sobre a Terra Indígena denominada Raposa Serra do Sol; excluindo da área da TI a área do 6º Pelotão Especial de Fronteira (6º PEF), no Município de Uiramutã, os equipamentos e instalações públicos federais e estaduais atualmente existentes; o núcleo urbano existente da sede do Município de Uiramutã, no Estado de Roraima; as linhas de transmissão de energia elétrica; e os leitos das rodovias públicas federais e estaduais existentes.

Pela mesma Portaria, ficou expressamente proibido o ingresso, o trânsito e a permanência de pessoas ou grupos de não índios dentro do perímetro da TI, ressalvadas a presença e a ação de autoridades federais, bem como a de particulares especialmente autorizados. Ou seja, determinou-se a desintração da área por não índios.

O ano de 2006 foi marcado por diversas ações na Justiça, motivadas principalmente pela recusa de fazendeiros em desocupar a área. Em 2007, o STF julgou o mandado de segurança nº. 25.483-1, em que por unanimidade o colegiado ordenou a desocupação da área por não índios.

Em abril de 2008, foi iniciada a Operação Upakaton III da Polícia Federal para desocupação da área; diante da ação, o Governo de Roraima ingressou com pedido no STF solicitando a suspensão da Operação até que todas as ações relativas à TI fossem julgadas, o que foi acatado.

A principal ação judicial em torno do caso foi a PET3388, ação popular ajuizada no ano de 2005 diretamente junto ao STF, foi aquela cujo julgamento pôs fim às controvérsias jurídicas que se mostravam, e na qual houve decisão final em março de 2009, em que foi confirmada a Portaria que criou a reserva e determinou a saída definitiva dos não índios. O julgamento final se iniciou no final de agosto de 2008, nele o relator Min. Carlos Britto, em extenso voto de 88 laudas, decidiu que “o formato de toda e qualquer demarcação de terras indígenas é o contínuo”⁶, julgando improcedente a ação popular

⁴ Decisão de juiz de Roraima não impede homologação imediata da Terra Indígena Raposa-Serra do Sol. Disponível em: <<http://site-antigo.socioambiental.org/nsa/detalhe?id=1682>>. Acesso em: 20 ago. 2015.

⁵ Portaria 534, de 13 de abril de 2005 - Define os limites da Terra Indígena Raposa Serra do Sol. <<http://adendodireito.blog.terra.com.br/2008/08/27/portaria-534-mj/>>. Acesso em: 13 fev. 2014.

⁶ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=603021&tipo=AC&descri>

sob julgamento, assentando a condição indígena da terra em sua totalidade, devendo-se retirar todos os não índios.

Será realizada logo adiante uma análise do acórdão e do voto do relator, antes se faz necessário estudar como o Brasil chegou a essa evolução legislativa e jurisprudencial do reconhecimento do direito aos indígenas das terras que tradicionalmente ocupam.

2. A Construção Legislativa Brasileira do Direito Indígena à Terra

A decisão do STF acerca desse caso pode ser considerada um marco na efetivação/consolidação do direito indígena, mas tal decisão é resultado de um amadurecimento progressivo do ordenamento jurídico, e pode se considerar que se enquadra perfeitamente dentro da lógica dos direitos humanos. Nesse sentido, Flávia Piovesan cita Hannah Arendt: “Para Hannah Arendt, os direitos humanos não são um dado, mas um construído, uma invenção humana em constante processo de construção e reconstrução”⁷.

O direito dos índios à terra no Brasil remonta ao ano de 1611, quando Portugal se encontrava sob o domínio de Filipe III da Espanha, quando foi promulgada a Carta Régia de 10 de setembro de 1611, podendo ser considerada o embrião do direito à terra pelos índios e assim dispunha

[...] os **gentios** são **senhores** de suas fazendas nas povoações, como o são na Serra, sem lhes poderem ser tomadas, nem sobre ellas se lhes fazer molestia ou injustiça alguma; nem poderão ser mudados contra suas vontadas das capitánias e lugares que lhes forem ordenados, salvo quando elles livremente o quizerem fazer [...] (grifo nosso)⁸.

Já o Alvará Régio da Coroa Portuguesa de 1680 foi o verdadeiro precursor do direito à terra pelos índios, um marco legislativo em que se declarava que as sesmarias concedidas pela Coroa Portuguesa não podiam afetar os direitos originais dos índios sobre suas terras; lá estava escrito que os índios eram “primários e naturais senhores” de suas terras, e enquanto tais isentos de qualquer foro ou tributo sobre elas⁹. Ou seja, desde esta data se reconhecia o direito ‘primário’, originário do índio sobre a terra, conceito

cao=Inteiro%20Teor%20Pet%20/%203388>, p. 57. Acesso em: 20 ago. 2015.

⁷ ARENDT, Hanna apud PIOVESAN, Flávia. Ações Afirmativas e Direitos Humanos. Disponível em: <<http://www.usp.br/revistausp/69/04-flavia.pdf>>. Acesso em: 13 fev. 2014.

⁸ CUNHA, Manuela Carneiro da (Org.). Legislação indigenista no Século XIX: Uma compilação: 1808-1889. São Paulo: EDUSP: Comissão Pró-Índio de São Paulo, 1992, p. 58.

⁹ “[...]E para que os ditos Gentios, que assim decerem, e os mais, que há de presente, melhor se conservem nas Aldeias: hey por bem que senhores de suas fazendas, como o são no Sertão, sem lhe poderem ser tomadas, nem sobre ellas se lhe fazer moléstia. E o Governador com parecer dos ditos Religiosos assinará aos que descerem do Sertão, lugares convenientes para neles lavrarem, e cultivarem, e não poderão ser mudados dos ditos lugares contra sua vontade, nem serão obrigados a pagar foro, ou tributo algum das ditas terras, que ainda estejam dados em Sesmarias e pessoas particulares, porque na concessão destas se reserva sempre o prejuízo de terceiro, e muito mais se entende, e quero que se entenda ser reservado o prejuízo, e direito os Índios, primários e naturais senhores delas.” Parágrafo 4º Os Direitos do Índio. Idem, p. 59.

extremamente importante, pois o que determina se uma terra pertence a determinado grupo indígena até os dias atuais é se aquela posse é originária, ou seja, trata-se de uma ocupação tradicional.

A partir do Alvará de 1º de abril de 1680, segundo José Afonso da Silva, teria surgido o indigenato,

[...]velha e tradicional instituição jurídica luso-brasileira que deita suas raízes já nos primeiros tempos da Colônia, quando o Alvará de 1º de abril de 1680, confirmado pela Lei de 6 de junho de 1755, firmara o princípio de que, nas terras outorgadas a particulares, seria sempre reservado o direito dos índios, primários e naturais senhores delas¹⁰.

Entretanto, ressaltava o chamado direito de ‘guerra justa’, situação esta que, além de privar os silvícolas de sua liberdade, acabou privando-os de suas terras, pois com a edição da Carta Régia de 2 de dezembro de 1808, Dom João VI declarou devolutas as terras conquistadas aos índios a quem havia sido declarada guerra justa.

A primeira Constituição republicana (1891) confirmou o direito do índio à terra, no sentido de que não revogou o direito do índio às terras tradicionalmente ocupadas¹¹. Durante o período de vigência da CF de 1891, durante a República do Café-com-Leite, é interessante lembrar também a criação em 1910 do Serviço de Proteção aos Índios (SPI), cuja direção geral ficou sob o comando de Cândido Rondon, que conferiu à instituição as atribuições de assistência e proteção aos grupos indígenas dentro do princípio de respeito à diversidade cultural, sendo o Marechal Cândido Rondon até hoje o maior indigenista brasileiro e grande desbravador dos sertões, que colaborou fundamentalmente para a demarcação das fronteiras e catalogação do território.

As Constituições posteriores pouco ou nada mudaram com relação ao direito indígena à terra até o ano de 1967, quando se fez menção expressa a terras ocupadas por silvícolas¹², o que faltava para completar a ideia jurídica das terras indígenas: proprieda-

¹⁰ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 15. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 838.

¹¹ “Art. 83. “Continuam em vigor, enquanto não-revogadas, as leis do antigo regime, no que explicita e implicitamente não for contrário ao sistema de governo firmado pela Constituição e aos seus princípios nela consagrados”. (grifei).

¹² Constituição de 1934: “Art. 129. Será respeitada a posse de terras de silvícolas que nelas se achem permanentemente localizados, sendo-lhes, no entanto, vedado aliená-las”. Constituição de 1937: “Art. 154. Será respeitada aos silvícolas a posse das terras em que achem localizados em caráter permanente, sendo-lhes, porém, vedada a alienação das mesmas”.

Constituição de 1946: “Art. 216. Será respeitada aos silvícolas a posse das terras onde se achem permanentemente localizados, com a condição de não a transferirem”.

Constituição de 1967: “Art. 198. As terras habitadas pelos silvícolas são inalienáveis nos termos que a lei federal determinar, a eles cabendo a sua posse permanente e ficando reconhecido o seu direito ao usufruto exclusivo das riquezas naturais e de todas as utilizadas nelas existentes. 1º - Ficam declaradas a nulidade e a extinção dos efeitos jurídicos de qualquer natureza que tenham por objeto o domínio, a posse ou a ocupação de terras habitadas pelos silvícolas” (Alterado pela Emenda Constitucional nº 1 de 1969).

de pública, da União, posse permanente, intransferível e intocável dos índios. No ano da nova Constituição do governo militar foi criada a FUNAI em substituição ao SPI. No auge do Governo Militar, a extinção do SPI se deu devido à decadência em que mergulhou o Sistema, principalmente por causa de corrupção, como a venda de atestados da não presença de índios em terras para que estas pudessem ser ocupadas por fazendeiros e exploradores. E em 1973 foi criada a Lei 6.001, de 19 de dezembro, conhecida como Estatuto do Índio, que já naquela época determinava em seu artigo 65 que o Poder Executivo fizesse a demarcação das terras indígenas ainda não demarcadas em cinco anos. Pela Lei, todas as terras não demarcadas assim o deveriam estar até 19 de dezembro de 1978, prazo que nas palavras do professor Carlos Frederico Marés de Souza Filho “foi desprezado impunemente”¹³.

Finalmente, a Constituição Federal de 1988 consolida esses direitos, no seu artigo 20, XI, § 2.º, art. 231, repete ainda no artigo 67 do Ato das Disposições Transitórias a mesma norma programática de demarcação de todas as terras indígenas no prazo de cinco anos da promulgação da CF/88, o que até os dias atuais não foi cumprido¹⁴.

Percebe-se assim que a legislação que permeia o direito indígena à terra foi sendo construída e solidificada ao longo de séculos no Brasil, legislação existente desde o século XVII, francamente desrespeitada ainda no século XX, como demonstram documentos históricos tal como o Relatório Figueiredo, onde constam episódios como o envenenamento de 3.500 índios Cinta Larga no Mato Grosso¹⁵. Dessa forma, o

¹³ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. O Renascer dos Povos Indígenas para o Direito. Curitiba: Juruá, 2004, p. 150.

¹⁴ Art. 20. São bens da União:

XI - as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios [...]

§ 2.º A faixa de até cento e cinquenta quilômetros de largura, ao longo das fronteiras terrestres, designada como faixa de fronteira, é considerada fundamental para defesa do território nacional, e sua ocupação e utilização serão reguladas em lei.

Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens (grifei).

§ 1.º São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições. (grifei).

§ 2.º As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes.

§ 4.º As terras de que trata este artigo são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis.

¹⁵ “[...] em 1960, o Massacre do Paralelo 11, incluído no Relatório Figueiredo, teve como autores os setores privados e públicos – os mesmos que atuam hoje. Segundo o relato de um dos pistoleiros, Atayde Pereira dos Santos, os cerca de 3.500 Cinta Larga morreram vítimas de envenenamento por arsênico e ataques em que os pistoleiros, a mando de empresários e fazendeiros e com a cobertura de funcionários da SPI, entravam nas aldeias metralhando os indígenas. Este Massacre, realizado no Mato Grosso, incluiu seguidos episódios de assalto, além de estupro, grilagem, suborno e tortura, dentre outras crueldades.” (BONILHA, Patrícia. Relatório Figueiredo explicita que o passado de massacre aos indígenas se repete hoje. Disponível em: <<http://www.cimi.org.br/site/pt-br/?system=news&action=read&id=6988>>. Acesso em: 24 mar. 2014.

reconhecimento pela instância máxima do Poder Judiciário do direito indígena à terra tradicionalmente ocupada é algo que traz efetividade para a letra da lei e o respeito aos povos indígenas como um todo.

3. Análise dos Principais Elementos da Decisão Proferida pelo STF

Tratou-se a ação julgada pelo STF de ação popular proposta em face da União ajuizada em 20 de maio de 2005, de autoria do senador da República Afonso Augusto Botelho Neto, assistido pelo também senador Francisco Mozarildo de Melo Cavalcanti, os autos do processo somaram 51 volumes, sendo que a petição inicial impugnou o modelo contínuo de demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol; tendo sido reconhecida a competência originária do STF na Reclamação 2.833 para julgá-la, por entender a Corte se tratar de questão federativa deflagrando a incidência do art. 102, I, f, CF/88.

A petição inicial que impugnou o modelo demarcatório pediu em caráter liminar a suspensão dos efeitos da Portaria nº 534, de 2005, do Ministro da Justiça, e do Decreto homologatório de 15 de abril de 2005, este do Presidente da República, no mérito pediu-se a declaração de nulidade da Portaria, alegando que esta manteve vícios daquela que a antecedeu (Portaria nº 820, de 1998). Vícios que supostamente remontavam ao processo administrativo de demarcação, que não teriam respeitado as normas dos Decretos nº 22, de 1991 e 1.775, de 1996, alegando que não teriam sido ouvidas todas as partes afetadas pela controvérsia, que o laudo antropológico foi assinado por apenas um profissional (Dr^a Maria Guiomar Melo), o que seria prova de presumida parcialidade, que o modelo traria consequências desastrosas ao estado, do ponto de vista econômico e desequilíbrio do ponto de vista federativo.

Somente em 5 de maio de 2008, já finda a instrução, a FUNAI requereu o ingresso nos autos como interessada e no dia 7 de maio de 2008, dois dias depois, foi a vez do estado de Roraima requerer o ingresso; ainda nesse mês requereram o ingresso ao processo comunidades indígenas e fazendeiros.

No julgamento não foi reconhecido o pedido de exclusão do 6º Pelotão de Fronteira, bem como os equipamentos urbanos, linhas de transmissão de energia e rodovias, pois já haviam sido excluídos na Portaria nº 534, de 2005. Quanto à alegação de nulidade do laudo antropológico que foi produzido por um grupo, mas assinado por somente um deles, ficou decidido que não é obrigatório que todos o subscrevam, e que a demarcação administrativa homologada pelo Presidente da República possui presunção iuris tantum de legitimidade e veracidade com base em precedente da Corte (RE 183.188), e que os supostos vícios não foram comprovados pelas partes que o alegaram.

Com relação à questão suscitada de ofensa a soberania, foi citado o artigo 20, IX da CF, as terras indígenas enquadram-se como bens da União, cabendo usufruto aos índios. O acórdão citou ainda a demarcação de TIs como um capítulo avançado do constitucionalismo fraternal “própria de uma quadra que se volta para a efetivação de um novo

tipo de igualdade: a igualdade civil-moral de minorias, tendo em vista o proto-valor da integração comunitária”¹⁶ e prossegue assim dizendo: “Era constitucional compensatória de desvantagens historicamente acumuladas, a se viabilizar por mecanismos oficiais de ações afirmativas”¹⁷.

Foi reconhecida a ocupação tradicional por meio do marco temporal e tradicional de ocupação e o direito originário, ajudaram a fundamentar a decisão mapas jesuítas do século XVIII que já mostravam as etnias que ocupavam a região, bem como fotos de 1919 que o marechal Cândido Rondon tirou com índios da região quando lá esteve em visita ao Monte Roraima.

Decidiu-se pelo modelo de demarcação contínua: “o modelo de demarcação de terras indígenas é orientado pela ideia de continuidade [...] a evitar que se dizime o espírito pela eliminação progressiva dos elementos de uma dada cultura (etnocídio)”¹⁸, entendendo que esse direito deve ser conciliado com a defesa das fronteiras e com a prestação de serviços públicos (abertura de estradas, redes elétricas, equipamentos públicos e vias de comunicação), reconheceu-se ainda a compatibilidade entre terras indígenas e proteção do meio ambiente, bem como terras indígenas e defesa de fronteiras: “Missão favorecida pelo fato de serem os nossos índios as primeiras pessoas a mostrarem devoção pelo nosso País (eles, os índios, que em toda a nossa história contribuíram decisivamente para a defesa e integridade do território nacional”^{19, 20}.

¹⁶ PET3388, acórdão, p. 6. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=603021&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20Pet%20/%203388>. Acesso em: 20 ago. 2015.

¹⁷ Idem.

¹⁸ Idem, p. 9.

¹⁹ Idem, p. 11.

²⁰ ACÓRDÃO Processo Pet 3388 RR. Relator(a): Min. CARLOS BRITTO. Julgamento: 19/03/2009. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Ementa: AÇÃO POPULAR. DEMARCAÇÃO DA TERRA INDÍGENA RAPOSA SERRA DO SOL. INEXISTÊNCIA DE VÍCIOS NO PROCESSO ADMINISTRATIVO-DEMARCATÓRIO. OBSERVÂNCIA DOS ARTS. 231 E 232 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, BEM COMO DA LEI Nº 6.001/73 E SEUS DECRETOS REGULAMENTARES. CONSTITUCIONALIDADE E LEGALIDADE DA PORTARIA Nº 534/2005, DO MINISTRO DA JUSTIÇA, ASSIM COMO DO DECRETO PRESIDENCIAL HOMOLOGATÓRIO. RECONHECIMENTO DA CONDIÇÃO INDÍGENA DA ÁREA DEMARCADA, EM SUA TOTALIDADE. MODELO CONTÍNUO DE DEMARCAÇÃO. CONSTITUCIONALIDADE. REVELAÇÃO DO REGIME CONSTITUCIONAL DE DEMARCAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS. A CONSTITUIÇÃO FEDERAL COMO ESTATUTO JURÍDICO DA CAUSA INDÍGENA. A DEMARCAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS COMO CAPÍTULO AVANÇADO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. INCLUSÃO COMUNITÁRIA PELA VIA DA IDENTIDADE ÉTNICA. VOTO DO RELATOR QUE FAZ AGREGAR AOS RESPECTIVOS FUNDAMENTOS SALVAGUARDAS INSTITUCIONAIS DITADAS PELA SUPERLATIVA IMPORTÂNCIA HISTÓRICO-CULTURAL DA CAUSA. SALVAGUARDAS AMPLIADAS A PARTIR DE VOTO-VISTA DO MINISTRO MENEZES DIREITO E DESLOCADAS PARA A PARTE DISPOSITIVA DA DECISÃO. In JUS BRASIL. Supremo Tribunal Federal PET 3388 RR. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14714880/peticao-pet-3388-rr>>. Acesso em: 03 jun. 2014.

4. Situação da Raposa Serra do Sol Cinco Anos Depois da Decisão Proferida pelo STF

Pretende-se trazer aqui a questão da efetividade da decisão, como está na prática a situação da Raposa Serra do Sol cinco anos depois do julgamento, questão que ultrapassa a seara jurídica, assim como múltiplas outras que se mostram para o direito – o qual não deve se ater à letra fria da lei, porque o direito é vivo, é dinâmico –, uma decisão que se atém apenas aos critérios do direito positivo pode ficar esvaziada de sua real finalidade que é a solução do conflito. Uma decisão apenas pautada no direito finaliza o processo, mas isso pode não necessariamente resolver de maneira adequada o litígio. Portanto, é necessário dentro de uma decisão conhecer e analisar a fundo o mérito da questão.

Nesse julgamento, várias questões tormentosas se puseram, entre elas havia a presença conferida pelo Governo de Roraima a favor da presença dos produtores de arroz na região. Na ação ficou comprovado que esses arroteiros migraram do sul do Brasil para o estado de Roraima principalmente a partir da década de 1960, nunca tiveram justo título sobre as terras, além de que não há direito adquirido de particular sobre terras indígenas; e a ocupação era de má-fé, motivo pelo qual tiveram decretada a sua saída sem indenização.

Muitos desses arroteiros já haviam recebido, inclusive, autuações do IBAMA por degradação ambiental, tal como Paulo Cesar Justo Quartiero, na época prefeito da cidade de Pacaraima e atualmente deputado federal, que foi multado em milhões de reais por ter devastado uma área três vezes maior do que o permitido. Os arroteiros saíram, mas destruíram os silos, as plantações, os tanques de piscicultura, pontes e acessos.

Para proceder a uma correta análise da efetividade no julgamento da Raposa Serra do Sol cinco anos depois, é necessário apoiar-se no estudo de profissionais de outras áreas, e esse estudo baseia-se principalmente em dados, análises e pesquisas realizadas pelo antropólogo Paulo Santilho, que estuda a região desde a década de 1980²¹.

Depois da saída dos arroteiros o trabalho na reserva é um trabalho de construção. A efetivação dos direitos humanos é um trabalho de construção, é um desafio; pois de um lado se mostram os interesses econômicos dos mais fortes e, de outro, o lado fraco. O lado econômico detém poder sobre os meios de comunicação, os quais costumam propagar o temor que, caso se reconheçam determinados direitos a determinadas pessoas, a maior parte da população pagará por isso e irá sofrer as consequências, tal como se discutia que os índios da Raposa Serra do Sol pereceriam caso os arroteiros fossem embora da área.

Na verdade, esse é somente um ponto de vista sobre a questão, por exemplo, se o desenvolvimento no caso do estado de Roraima se pautar pelo modelo do agronegócio, inexistindo este, a população, de fato, carecerá. Por outro lado, tem que se entender que o modelo do desenvolvimento pautado no agronegócio não é o único, existem alternativas. Observa-se ainda que o agronegócio, tal como a produção de arroz que se dava na

²¹ NOGUEIRA, Pablo. A Próxima Luta. Revista de Ciências da Unesp, mar 2013. Disponível em: http://www.unesp.br/aci_ses/revista_unesp/ciencia/acervo/39/estudo-de-campo. Acesso em: 10 jan. 2014.

área da Raposa Serra do Sol, ocupa poucos trabalhadores e traz divisas aos produtores, é um desenvolvimento vertical, de cima para baixo; enquanto outros tipos de negócio na área rural, tal como aquele pautado no desenvolvimento sustentável a partir da utilização do potencial das comunidades locais, causa um menor impacto ambiental, preserva a identidade das culturas, emprega muito mais pessoas e traz divisas em sentido horizontal.

Nesse sentido, Boaventura de Sousa Santos²² reflete:

[...]Pelo contrário, a relação destes povos com a natureza permitiu criar formas de sustentabilidade que hoje se afiguram decisivas para a sobrevivência do planeta. É por essa razão que a preservação dessas formas de manejo do território transcende hoje o interesse desses povos. Interessa ao país no seu conjunto e ao mundo. E pela mesma razão, o reconhecimento dos territórios tem que ser feito em sistema contínuo, pois doutro modo desaparecem as reservas e, com elas, a identidade cultural dos indígenas e a própria biodiversidade.

Acreditar por um instante que uma população não é capaz de prover sua própria subsistência quando lhe dão instrumentos para tanto é desacreditar da espécie humana, os índios estavam lá, vivos, antes de os arroteiros chegarem, e dando conta de sua existência.

Uma das grandes questões que se propagava na mídia contra a demarcação era o que os índios fariam com aquela terra, como iriam sobreviver. Nesse sentido, matéria da Revista Unesp Ciências diz o que os índios estão fazendo com a terra após a demarcação:

A partir da década de 1970, a Igreja Católica começou a doar reses para as comunidades indígenas, como estratégia para apoiar a reivindicação da posse da terra. Com o tempo, a caça e a pesca foram escasseando, e os habitantes foram se tornando mais e mais acostumados à carne do gado. Hoje, as estimativas quanto ao total de animais chegam a 70 mil cabeças. Quatro anos atrás, antes da demarcação, o número era a metade, evidenciando uma tendência de crescimento rápido do rebanho. “Esse é um caso de índios que estão se tornando pecuaristas”, afirma Santilli.

[...]A maior parte do rebanho pertence às aldeias, algo fácil de compreender, levando-se em conta que, nestas paragens, o conceito de propriedade privada não vai muito além da posse de objetos pessoais.

²² SOUSA SANTOS, Boaventura. Bifurcação na Justiça. Disponível em: <<http://www.socioambiental.org/inst/esp/raposa/?q=node/89>>. Acesso em: 10 jan. 2014.

Antes mesmo de o STF proferir a decisão, Dalmo de Abreu Dallari já evidenciava esse caráter da terra indígena²³:

Para os índios brasileiros, a terra não é um valor econômico, mas um bem essencial para sua sobrevivência. Isso é muito diferente da concepção dos que invadem áreas indígenas visando aumentar o patrimônio sem pagar pelas terras de que se apossam ilegalmente, sem consideração de ordem ética e sem respeito pela vida e pela dignidade dos seres humanos que são os índios.

Existe hoje na reserva, além da criação do gado, projetos como o do desenvolvimento de agricultura orgânica do Centro Indígena de Formação e Cultura, onde os alunos aprendem inovações agrícolas, como plantio com uso de compostagem; e o projeto de geração de energia eólica visando à geração de energia limpa, por meio dos fortes ventos da região²⁴.

Existem desafios, e não poucos, como o consumo de bebidas alcoólicas, proibido em várias aldeias; conciliar o crescimento econômico e populacional com a preservação dos recursos naturais.

Conclusão

A decisão do STF mostrou-se em sintonia com o disposto na CF/88, e não foi além ou inovou no ordenamento jurídico, fez cumprir e deu efetividade ao disposto. A decisão se baseou em longos estudos técnicos, num processo que durou quatro anos e em que foram garantidos o contraditório e ampla defesa a todas as partes envolvidas.

O reconhecimento dos direitos às minorias não deve ser comemorado como uma espécie de favor, mas sim como afirmação e tentativa de equalização de um processo de desigualdade histórica, como tentativa e proposta de novo modelo de desenvolvimento utilizando o potencial de cada comunidade.

Em síntese, a situação que se mostra é que, apesar dos desafios, a Raposa Serra do Sol está dando certo, os índios estão cuidando da terra sobre a qual lhes foi reconhecido o direito de usufruto, estão conseguindo dela tirar o seu sustento; e nem por isso o estado de Roraima perdeu, nem os índios permitiram ou se renderam a interesses estrangeiros, o reconhecimento em nada afetou a soberania do Brasil e a demarcação mostrou-se benéfica no sentido de impedir a entrada e permanência de garimpeiros.

O que os índios da Raposa Serra do Sol precisavam lhes foi dado: uma chance, a oportunidade de afirmação de seus direitos, muito ainda há de se caminhar. O primeiro passo foi dado e a decisão do STF significou não só o reconhecimento do direito às terras que os índios tradicionalmente ocupam, foi marcado principalmente pelo reconhecimento da dignidade do povo indígena, da preservação de sua cultura, tradição e modo

²³ DALLARI, Dalmo de Abreu. Direitos constitucionais dos índios. Folha de S. Paulo, 23 ago 2008. Disponível em: <<http://www.socioambiental.org/inst/esp/raposa/?q=node/278>>. Acesso em: 10 jan. 2014.

²⁴ Disponível em: <<http://www.socioambiental.org/pt-br/blog/blog-do-rio-negro/ventos-fortes-na-terra-indigena-raposa-serra-do-sol>>. Acesso em: 20 jan. 2014.

de vida, num importante capítulo da história do Judiciário brasileiro²⁵.

Referências

ARAÚJO, Ana Valéria de. A defesa dos Direitos Indígenas no Judiciário: ações propostas pelo núcleo de direitos indígenas. São Paulo: Instituto Socioambiental, 1995.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, Centro Gráfico, 1988.

CUNHA, Manuela Carneiro da (Org.). Legislação Indigenista no Século XIX: Uma compilação: 1808-1889. São Paulo: EDUSP/Comissão Pró-Índio de São Paulo, 1992.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. A demarcação de terras indígenas e seu fundamento constitucional. Revista brasileira de Direito Constitucional, São Paulo: Editora Método e Escola Superior de Direito Constitucional, n. 3, p. 689-699, jan./jun., de 2004.

FUNAI. Legislação Indigenista Brasileira. 3. ed. Brasília: FUNAI/CGDOC, 2005.

LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 1127 e 1031.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 15. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 838.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. O Renascer dos Povos Indígenas para o Direito. Curitiba, Juruá, 2004, p. 150.

²⁵ Entrevista concedida pelo Ministro Carlos Britto, relator do caso: “Não, vou contar a pura verdade. Quando eu comecei com meu voto, a minha cabeça era ‘de branco’. Então, já fui dizendo aquilo mesmo: ‘Como é que se reserva tanta terra para índio?’; ou então: ‘Os índios fazem parte de uma cultura primitiva e os não índios de uma cultura evoluída’. Comecei assim, me pegando preconceituoso. Às vezes a gente pensa que não tem preconceito, mas tem. Está lá no fundo da gente. A minha cultura me impunha esse condicionamento, de ver os índios como seres inferiores, à espera de tutela, como se fossem incapazes. Mas à medida que eu ia lendo a Constituição, palavra por palavra, termo por termo, expressão por expressão, eu, que tinha a obrigação de ser um militante da Constituição, fui percebendo que o capítulo versante sobre os índios foi feito por antropólogos e indigenistas de grande conhecimento. A Constituição é um sonoro não a essa cultura do branco. O que ela diz é que há duas civilizações. A do branco e a do índio. Há duas dignidades”. OLIVETO, Paloma; D’ELIA, Mirela. Relator do processo sobre a reserva Raposa Serra do Sol, ministro diz ter enfrentado o próprio preconceito. Correio Braziliense, 06 de abril de 2009. Disponível em: <<http://www.socioambiental.org/inst/esp/raposa/?q=node/278>>. Acesso em: 14 fev. 2014.

CASO GOMES LUND E O JULGAMENTO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Luis Fernando Paes Cabral ¹

Introdução

O caso Gomes Lund ou Araguaia foi emblemático, não apenas pelo movimento político que representou para o Brasil no período da ditadura militar, mas também por ter sido o primeiro caso do Brasil a ser submetido e julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos referentes a crimes cometidos no período do regime militar. Rodrigo Peixoto estabelece, acerca do caso Araguaia:

A guerrilha é uma história suspensa no tempo, porque tanto seu desfecho, infamado por execuções e desaparecimentos, como seus ideais, sintetizados em 27 pontos – 13 que falavam de direitos, entre os quais o de terra para trabalhar – continuam abertos. Uma história pendente, enquanto o país – 36 anos depois de os chamados ‘setores de inteligência’ tentarem silenciar o episódio sem deixar vestígios – é condenado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, da Organização dos Estados Americanos (OEA), pelo desaparecimento de 62 pessoas e por não ter punido os responsáveis².

Os desencadeamentos da sentença são recentes – como a implementação de uma Comissão da Verdade no Brasil –, mas esta ainda não foi cumprida em sua totalidade. Referido caso na corte serve como marco jurisprudencial acerca do tema de direitos humanos e desaparecidos políticos, como se verá a seguir.

1. O Caso Gomes Lund

O Caso Gomes Lund, ou o Caso da Guerrilha do Araguaia, ocorreu em plena ditadura militar, entre os anos de 1966 e 1974, como uma resistência comunista ao governo recentemente instalado. Teve lugar na região do Araguaia, ao norte de Tocantins, englobando o sudeste do Pará e parte do estado do Maranhão. A violência extremada utilizada por militares com o intuito de finalizar movimento deu causa à perseguição

¹ Mestre em Direito Internacional pela Universidade Católica de Santos. Professor de Direito. Advogado. Especialista em Direito Previdenciário. Integrante do Grupo de Pesquisa “Direitos Humanos e Vulnerabilidades”.

² PEIXOTO, Rodrigo C.D. Memória Social da Guerrilha do Araguaia e da Guerra que Veio Depois, Bol. Mus. Para. Emílio Goeldi. Ciências Humanas, Belém, v. 6, n. 3, p. 486, set.-dez. 2011.

de diversos guerrilheiros, que foram abatidos em uma operação destinada a não fazer prisioneiros, e sim a trazer a dizimação de seus participantes.

A Guerrilha do Araguaia foi marcada por operações militares, algumas eficazes, outras nem tanto. Uma das operações militares empregadas para encontrar os guerrilheiros escondidos em densa mata foi a chamada Operação Sucuri, que buscava colher informações nas redondezas da região, valendo-se de agentes disfarçados como compradores de itens típicos da região, e de trabalhadores infiltrados com o intuito de descobrir a localização dos guerrilheiros.

Inspirada na guerra popular e civil que levava à Revolução Chinesa de 1949 – dos 15 militantes iniciais, chegados à região até 1968, sete teriam feito cursos de capacitação na China (Gaspari, 2002, p. 409) –, a guerrilha objetivou lutar contra a ditadura militar e fomentar, a partir do campo, uma democracia popular no Brasil. Sezostrys Alves, da Associação dos Torturados da Guerrilha do Araguaia, proporciona à guerrilha a relevância de ter sido “a maior guerra do Brasil rural no Século XX” (Alves, 2010). Contudo, a maior dimensão da guerrilha tem a ver, principalmente, com o massacre promovido pelo Estado – ainda que executado pelo relativamente autônomo setor de informações K, ao torturar impiedosamente centenas de camponeses da região e executar prisioneiros rendidos, em clara violação aos direitos humanos e em total desacordo com tratados internacionais³.

Rodrigo Peixoto nos remete à Guerrilha do Araguaia em seu artigo que trata do tema:

Em meados de 1973, o presidente Emílio Garrastazu Médici convocou uma reunião secreta com o ministro do Exército, general Orlando Geisel, e seu futuro sucessor na Presidência, Ernesto Geisel, no Palácio do Planalto, para discutir o combate aos opositores do regime (...) decidiram que era “necessária a utilização de todos os meios para eliminar, sem deixar vestígios, as guerrilhas rurais e urbanas, de qualquer jeito, a qualquer preço”, como explica um dos 17 itens de um documento datilografado que relata a reunião⁴.

Havia uma base militar – a base de Xambioá – que era instalada próximo ao rio Araguaia, de onde saíam militares nas buscas por guerrilheiros, bem como aviões e os helicópteros. Era também o local em que os guerrilheiros eram levados para serem torturados e mortos. O trecho a seguir, publicado no livro *Direito à Memória e à Verdade*,

³ Idem, p. 482

⁴ RIBEIRO JR, Amaury, apud PEIXOTO, Rodrigo. A ordem é matar. IstoÉ online, 24 mar. 2004. Disponível em: <http://www.terra.com.br/istoetemp/1798/brasil/1798_especial_a_ordem_e_matar.htm>. Acesso em: 12 jan. 2011.

elaborado pela Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República, faz menção a um dos guerrilheiros que foi levado para referida base.

Na base militar de Xambioá, seu cadáver foi violado por chutes, pedradas e pauladas dadas pelos militares, sendo finalmente queimado e jogado no buraco conhecido como ‘Vietnã’ (vala situada ao final da pista de pouso da Base Militar de Xambioá), onde eram lançados os mortos e moribundos. Com o término das operações militares, foi feita uma grande terraplanagem para descaracterizar o local⁵.

Muito embora os guerrilheiros já estivessem se estabelecido na região do Araguaia há alguns anos, foi somente em 1972 que os militares começaram a perseguir, identificar e abater os integrantes da guerrilha, em virtude de denúncias do movimento que naquela região se instalara. A guerrilha tinha por sua base ideológica os feitos da Revolução Chinesa e da Revolução Cubana, e assim como nestas revoluções, tinha intenção de tomar o poder por meio do ativismo popular e instalar um governo comunista no Brasil, partindo pelo recrutamento de combatentes em regiões rurais. A região do Araguaia era ideal para o início de um levante popular, pois era reduto de diversos trabalhadores provindos de diversos lugares do país em busca de uma vida melhor, que incluíam trabalhadores de fazenda e pescadores artesanais, em sua quase totalidade, analfabetos.

O PC do B, em seu site oficial, trata do tema da Guerrilha do Araguaia:

Foi uma grande epopeia de luta pela liberdade e pela democracia em nossa pátria. A Guerrilha do Araguaia ocorreu no início da década de 70. Uma batalha desigual entre combatentes revolucionários e as forças de repressão do regime reacionário imposto ao país com o golpe de 1964. Mesmo atualmente é difícil conseguir informações sobre o confronto ocorrido no Sul do Pará a partir de um ataque do Exército em 12 de abril de 1972 – ‘o único movimento rural armado contra o regime militar - cujo combate mobilizou o maior número de tropas brasileiras desde a II Guerra Mundial’, conforme uma série de reportagens publicada por O Globo entre abril e maio de 1996⁶.

Segundo o site, com o tempo, os guerrilheiros instalaram-se entre os habitantes da região do Rio Araguaia e trabalhavam com pesca, cultivo, comércio, entre outros. E em reuniões coordenadas por eles, disseminavam ideais políticos comunistas.

Ao descobrirem a guerrilha em 1972, uma série de operações militares tomou lugar na região do Araguaia, com o intuito de dar fim à guerrilha. O então tenente à época, José Vargas Jiménez, em entrevista à revista IstoÉ em novembro de 2008, relata a **intenção do movimento** militar na região do Araguaia:

⁵ BRASIL. Secretaria Especial dos Direitos Humanos. Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos. Direito à Memória e à Verdade. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2007. p. 250.

⁶ Disponível em: <http://www.pcdob.org.br/duvidas_print.php?id_faq=5>. Acesso em: 29 ago. 2014.

Chamado de ‘Normas Gerais de Ação – Plano de Captura e Destruição’, o documento, de 5 de setembro de 1973, elaborado pelo Centro de Informação do Exército (CIE), ao qual ISTOÉ teve acesso, relaciona os ‘terroristas traidores da nação’ que deveriam ser ‘destruídos’. Em outubro de 1973, este documento estava na mochila do então 3º sargento José Vargas Jiménez, quando desembarcou de um avião militar P A TROPA DO EXTERMÍNIO Hércules C-130, na base militar de Marabá (PA), e subiu em um caminhão do Exército rumo ao quilômetro 68 da Rodovia Transamazônica para combater na Operação Marajoara – a terceira e derradeira fase da Guerrilha do Araguaia. O verbo ‘destruir’ redigido no documento, segundo Vargas, hoje 1º tenente da reserva, é um eufemismo para matar. ‘A ordem era exterminar’, afirmou Vargas à ISTOÉ⁷.

A Guerrilha do Araguaia teve seu fim em 1974, com a captura do último membro – guerrilheira de codinome Walkiria –, que foi morta pelos militares. Deixando um saldo de 62 desaparecidos, o fato não foi levado ao conhecimento da população à época em virtude da censura que permeava o país, tendo sido denunciado à Corte Interamericana apenas em 2010.

2. O Caso Gomes Lund na Corte Interamericana de Direitos Humanos

Em 7 de agosto de 1995, o Centro pela Justiça e o Direito Internacional apresentou uma petição à Comissão Interamericana de Direitos Humanos em nome das pessoas desaparecidas na Guerrilha do Araguaia.

Treze anos mais tarde, em 31 de outubro de 2008 – após análise da Comissão Interamericana –, foi enviado um relatório ao Brasil contendo recomendações e medidas a serem adotadas a fim de dar um desfecho satisfatório ao caso Gomes Lund. Como o Brasil não cumpriu referidas recomendações dentro do prazo limite de dois meses, este fora prorrogado por mais duas oportunidades, ocasião em que a Comissão decidiu, em virtude do não cumprimento do Estado, submeter o caso à jurisdição da Corte, considerando que representava

uma oportunidade importante para consolidar a jurisprudência interamericana sobre as leis de anistia com relação aos desaparecimentos forçados e à execução extrajudicial e a consequente obrigação dos Estados de dar a conhecer a verdade à sociedade e investigar, processar e punir graves violações de direitos humanos⁸.

⁷ Disponível em: <http://www.istoe.com.br/reportagens/1866_A+TROPA+DO+EXTERMINIO>. Acesso em: 29 ago. 2014.

⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Sentença Caso Gomes Lund e Outros (Guerrilha do Araguaia), p.1. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/se>

Insta ressaltar ter sido submetido à Corte o referido caso para também analisar se a Lei de Anistia que estava em vigor no Brasil, e que garantiu impunidade aos algozes de muitos mortos, não estaria em desconformidade com os objetivos da Convenção Interamericana, da qual o Brasil é signatário, conforme trecho retirado da própria sentença:

[...] em virtude da Lei nº 6.683/79 [...], o Estado não realizou uma investigação penal com a finalidade de julgar e punir as pessoas responsáveis pelo desaparecimento forçado de 70 vítimas e a execução extrajudicial de Maria Lúcia Petit da Silva [...]; porque os recursos judiciais de natureza civil, com vistas a obter informações sobre os fatos, não foram efetivos para assegurar aos familiares dos desaparecidos e da pessoa executada o acesso a informação sobre a Guerrilha do Araguaia; porque as medidas legislativas e administrativas adotadas pelo Estado restringiram indevidamente o direito de acesso à informação pelos familiares; e porque o desaparecimento das vítimas, a execução de Maria Lúcia Petit da Silva, a impunidade dos responsáveis e a falta de acesso à justiça, à verdade e à informação afetaram negativamente a integridade pessoal dos familiares dos desaparecidos e da pessoa executada⁹.

A sentença aponta a violação dos artigos 3º (direito ao reconhecimento da personalidade jurídica), 4º (direito à vida), 5º (direito à integridade pessoal), 7º (direito à liberdade pessoal), 8º (garantias judiciais) e 25 (proteção judicial) da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, em conexão com diversos outros artigos do mesmo instrumento legal e de outros tratados.

A resposta do Brasil à submissão do caso à Corte pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos foi fundamentar algumas exceções preliminares, que eram: 1) reconhecer a incompetência da corte para julgar o caso, em virtude de ter ele ocorrido antes do reconhecimento do Brasil para a jurisdição contenciosa da Corte; 2) declarar-se incompetente ante o não esgotamento dos recursos internos e 3) a falta de interesse processual do postulante.

Quanto à alegação de incompetência atemporal, a Comissão afirmou que:

a demanda da Corte se refere única e exclusivamente às violações dos direitos previstos na Convenção Americana que persistem depois desse reconhecimento de competência, em razão da natureza continuada do desaparecimento forçado ou que são posteriores a esse reconhecimento. Desse modo, afirmou que a Corte tem competência para conhecer das violações apresentadas na demanda (Sentença, p. 8).

riec_219_por.pdf>. Acesso em: 05 set. 2015.

⁹ Idem, p. 4.

Ainda nesse sentido, nos ensina o professor Cançado Trindade:

Os crimes de desaparecimento forçado, de execução sumária extrajudicial e de tortura perpetrados sistematicamente pelo Estado para reprimir a Guerrilha do Araguaia são exemplos acabados de crime de lesa-humanidade. Como tal merecem tratamento diferenciado, isto é, seu julgamento não pode ser obstado pelo decurso do tempo, como a prescrição, ou por dispositivos normativos de anistia¹⁰.

Em relação à alegação de falta de interesse processual, a Comissão declarou que muito embora tenham ocorrido esforços por parte do Brasil a implementar as medidas de reparação, as solicitações enviadas pela Comissão Interamericana não tinham sido totalmente cumpridas, tais como:

a) assegurar que a Lei de Anistia nº 6.683/79 ‘não continue a ser um obstáculo para a persecução penal das graves violações de direitos humanos que constituam crimes contra a humanidade’; b) ‘determinar, por meio da jurisdição de direito comum, a responsabilidade penal pelos desaparecimentos forçados das [supostas] vítimas’; e c) sistematizar e publicar todos os documentos referentes às operações militares contra a Guerrilha do Araguaia¹¹.

Quanto à alegação de falta de esgotamento dos recursos internos, o Brasil afirmou que a Comissão não avaliou a questão referente ao esgotamento dos recursos internos, enquanto o caso esteve sob seu conhecimento.

Desafia a finalidade com a qual a Corte foi instituída não permitir que ela considere como imperativos determinados direitos. A Corte pode e, mais do que isto, tem a obrigação de atribuir natureza de jus cogens àqueles direitos mais caros à pessoa, componentes do núcleo duro de proteção (‘hard core of human rights’), de modo a protegê-la e a cumprir a finalidade de proteção aos direitos humanos agasalhados na Convenção Americana.

A noção do crime de lesa-humanidade produziu-se já nos primórdios do século passado, estando consubstanciado no preâmbulo da Convenção de Haia sobre as Leis e Costumes de Guerra (1907), segundo o qual os Estados pactuantes submetem-se às garantias e ao regime dos princípios do Direito Internacional preconizados pelos costumes estabelecidos entre as nações civilizadas, pelas leis da humanidade e pelas exigências da consciência

¹⁰ Idem. p. 8

¹¹ Idem, p. 11

pública¹².

Do mesmo modo, deve-se atentar para o papel exercido pelo Estatuto de Nuremberg no estabelecimento dos elementos caracterizadores dos crimes de lesa-humanidade. Reconheceu-se a existência de um costume internacional, como uma expressão do Direito Internacional que proibia esses crimes¹³.

Acerca do caso, Cançado Trindade nos ensina que a configuração dos crimes contra a humanidade é manifestação mais da consciência jurídica universal, do que de fato os crimes que afetam a humanidade como um todo. Conforme é possível destacar da sentença, “as normas que vieram a definir os crimes contra a humanidade emanaram originalmente do direito internacional consuetudinário, e desenvolveram-se, conceitualmente, mais tarde, no âmbito do Direito Internacional Humanitário, e mais recentemente, no domínio do jus cogens, do direito imperativo”¹⁴.

3. A Questão dos Desaparecidos Políticos

A sentença da Corte Interamericana no caso Gomes Lund foi inédita no que concerne à questão do desaparecimento político, pois responsabilizou o Brasil pelo desaparecimento de 70 pessoas, muito embora os crimes tivessem ocorrido antes da adesão do Brasil ao Pacto de San José da Costa Rica. Tal decisão se deu justamente pela caracterização de crime continuado, com efeitos permanentes, e pelo fato de não ter o Brasil tomado medidas razoáveis para a reparação dos crimes.

Foi inédita a decisão justamente por ser a primeira a condenar o Brasil por crimes ocorridos pela ditadura militar e por versar que a Lei de Anistia (no 6.683, de 1979) não poderia anistiar crimes contra direitos humanos, e colocar desaparecidos políticos e torturadores no mesmo patamar jurídico. Estabeleceu que a Lei de Anistia que impede a punição de violações a direitos humanos não é compatível com o Pacto de San José da Costa Rica.

Em relação às determinações da Corte para o Brasil, foi determinada: a investigação dos fatos e a punição dos responsáveis, bem como a localização do paradeiro das vítimas; a designação de atenção médica e psicológica aos familiares das vítimas desaparecidas; que a sentença da Corte fosse publicada em um meio de circulação internacional; que fosse designado um ato público de reconhecimento de responsabilidade internacional; a instituição do Dia do Desaparecido Político no Brasil; educação de direitos humanos nas Forças Armadas; tipificação do delito de desaparecimento forçado; o acesso, a sistematização e a publicação de documentos em poder do Estado; a criação

¹² Cf. Caso Almonacid Arellano e outros versus Chile. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 26 de setembro de 2006. Série C, Nº 154, par. 94.

¹³ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Sentença Caso Gomes Lund e Outros (Guerrilha do Araguaia), p.1. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/se-riec_219_por.pdf>. Acesso em: 05 set. 2015, p. 122.

¹⁴ Idem, p.7.

da Comissão da Verdade; o pagamento de indenizações pecuniárias às vítimas, bem como o pagamento de custas do processo.

Conclusão

O Caso Gomes Lund e seu julgamento pela Corte Interamericana de Direitos Humanos corrobora com o pensamento de Hannah Arendt¹⁵ quando esta diz que os direitos humanos não são um dado, mas sim um construído histórico. Justamente em virtude da constante mudança da sociedade é que não apenas os direitos humanos, mas sim o direito em geral, deve também mudar. E o caso em voga contribui de maneira ímpar para isso, por se tratar de consolidação jurisprudencial de importante tema, fonte de direito internacional.

Desta maneira, é imperioso ressaltar que aqueles que possuem seus direitos humanos violados e seus familiares nunca receberão uma reparação plena por parte do Estado, mas torna claro e extremamente necessário o processamento e julgamento de casos como este em Cortes Internacionais, e mais importante que isto, é que as determinações de referidas Cortes sejam cumpridas integralmente, a fim não apenas de reparar o dano às vítimas e aos familiares, mas também de ensinar às gerações futuras o respeito aos direitos humanos.

Referências

BRASIL. Secretaria Especial dos Direitos Humanos. Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos. Direito à Memória e à Verdade. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2007. p 249-50.

CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. A Interação entre o Direito Internacional e o Direito Interno na Proteção dos Direitos Humanos. Arquivos do Ministério da Justiça, Brasília, v. 46, n. 182, jul./dez. 1993.

_____. Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos. 3 v. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999. V. II, p. 184.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Sentença Caso Gomes Lund e Outros (Guerrilha do Araguaia). Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf>. Acesso em: 05 set. 2015.

FIX-ZAMUDIO, Hector. Protección Jurídica de los Derechos Humanos. México: Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1991.

ISTOÉ. A Tropa do Extermínio. Disponível em: <http://www.istoe.com.br/reportagens/1866_A+TROPA+DO+EXTERMINIO>. Acesso em: 29 ago 2014.

LAFER, C. A Reconstrução dos Direitos Humanos – um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

¹⁵ LAFER, C. A Reconstrução dos Direitos Humanos – um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1999. p. 134.

PEIXOTO, Rodrigo C.D. Memória Social da Guerrilha do Araguaia e da Guerra que Veio Depois, Bol. Mus. Para. Emílio Goeldi. Ciências Humanas, Belém, v. 6, n. 3, p. 479-499, set.-dez. 2011.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. São Paulo: Saraiva, 2013

A REVISTA VEXATÓRIA NA COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Gabriela Cunha Ferraz ¹

Introdução

A Senhora X e sua filha Y, de 13 anos, apresentaram denúncia contra o Estado Argentino à Organização dos Estados Americanos (OEA) no dia 29 de dezembro de 1989. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) recebeu a mencionada denúncia para averiguar suposta violação aos artigos 11²; 5.3³ e 24⁴ da Convenção Americana (CADH), já que ambas peticionárias eram obrigadas a se submeter às chamadas revistas vexatórias, sempre que iam visitar o marido/pai preso na Unidade n° 01 do Serviço Penitenciário Federal de Buenos Aires.

As peticionárias já haviam exaurido as vias judiciais internas da Argentina, uma vez que impetraram recuso de amparo pedindo a imediata cessação das revistas vaginiais, com base na humilhação e ineficiência do procedimento. Porém, tal recurso foi indeferido pelo Juizado Nacional de Primeira Instância na Vara de Instrução Penal, que entendeu que as revistas eram fundamentais para a manutenção da segurança interna dos estabelecimentos prisionais do país. Em grau de apelação, a Câmara Nacional de Apelações Penais e Correccionais da Capital Federal decidiu aceitar a ação de amparo por entender que as revistas “constituem uma invasão ao direito de intimidade inerente a toda pessoa, tutelado pelo Código Civil, e que tais ações configuram violação da integridade física e um ato que ofende a consciência e a honra das apelantes”⁵ Porém, na

¹ Gabriela Cunha Ferraz é Graduada em Direito pela Universidade Salvador (2004). Pós-Graduada pela Fundação Getúlio Vargas (2006). Mestre pela Universidade de Estrasburgo (UNISTRA - 2009) em Direito Comparado e Direitos Humanos. Já atuou como advogada em organizações internacionais como Anistia Internacional, Advogados sem Fronteiras e Médicos sem Fronteiras. Atualmente é advogada da Cáritas Arquidiocesana de São Paulo, Coordenadora do CLADEM - Comitê Latino Americano e do Caribe pela Defesa dos Direitos da Mulher no Brasil (2014-2016) e Coordenadora do Projeto Justiça Sem Muros do ITTC - Instituto Terra, Trabalho e Cidadania.

² Artigo 11 - Proteção da honra e da dignidade: 1. Toda pessoa tem direito ao respeito da sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade; 2. Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação; 3. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências ou tais ofensas.

³ Artigo 5º - Direito à integridade pessoal (...) 3. A pena não pode passar da pessoa do delinquente.

⁴ Artigo 24 - Igualdade perante a lei: Todas as pessoas são iguais perante a lei. Por conseguinte, têm direito, sem discriminação alguma, à igual proteção da lei.

⁵ Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Organização dos Estados Americanos. Relatório Anual 1996. Relatório n° 38/96, caso 10.506 de 15 de outubro de 1996. Disponível em: <<http://cidh.oas.org/annualrep/96port/Caso11506.htm>>. Acesso em: 25 set. 2014.

seqüência, a Corte Suprema de Justiça da Nação argumentou que “as medidas adotadas pelo Serviço Penitenciário Federal em relação à Senhora X não são manifestamente arbitrárias no sentido da lei de amparo”. Depois de cruzar a última instância de apreciação, Corte de Apelações, que indeferiu definitivamente a ação de amparo ajuizada, as petionárias recorreram ao sistema interamericano de proteção, alegando que essas práticas invasivas precisam ser abolidas do sistema de segurança argentino, por serem violações aos direitos humanos e ferirem, diretamente, garantias convencionalmente asseguradas.

As revistas vexatórias são uma prática corriqueira e amplamente aceita em todas as unidades prisionais do continente americano. No Brasil, o cenário não é diferente, já que todos os visitantes de presídios, centros de detenção provisória e fundações de acolhida para menores infratores precisam ser manualmente revistados, além de passar por detectores de metal instalados na entrada destas unidades prisionais. Os visitantes, depois de esperarem durante horas, expostos à chuva e ao sol, em uma fila que, por si só, já é agressiva e desumana, precisam ter seus órgãos íntimos pessoalmente inspecionados por agentes penitenciários que se ocupam de assegurar a ordem pública.

Uma por uma, todas as visitantes precisam se despir completamente, incluindo as roupas íntimas que são revistadas, em separado. Nuas, as visitantes ficam em pé, uma ao lado da outra, esperando que a agente se aproxime para começar o procedimento que envolve três agachamentos forçados sobre um espelho, pulos repetitivos e abertura manual do orifício da vagina e do ânus, muitas vezes acompanhado de uma lanterna para que a agente possa observar o que supostamente existe escondido dentro da cavidade corporal da visitante. Em seguida, essas pessoas sentam, uma depois da outra, nuas, em um banco detector de metais em franco desrespeito a qualquer política preventiva de saúde ou higiene íntima. Em pé novamente, elas vestem as roupas e passam pelo portal que funciona como um segundo detector de metais para que possam ser, finalmente, autorizadas a entrar na unidade penitenciária que pretendem visitar.

Essa rotina é aplicada de forma sistemática em mulheres, gestantes, homens, deficientes físicos, pessoas idosas, crianças e bebês de colo que passam pelo mesmo procedimento minucioso a cada visita. Vale frisar, porém, que apenas os visitantes de pessoas presas precisam se submeter a essa rotina, sendo, portanto, inaplicável à defensores públicos, agentes penitenciários, membros religiosos, advogados e todos aqueles que visitam unidades de privação de liberdade por razões diversas daquela motivada pela manutenção do vínculo afetivo com a pessoa presa.

Diante desse cenário e da denúncia formulada pela Senhora X contra o Estado Argentino, a pergunta que resta é: Por que continuamos violando direitos dos visitantes, se essa prática é ineficaz para combater a entrada de objetos irregulares nas unidades de privação de liberdade?

1. A Eficácia da Revista Vexatória

O Governo Argentino, quando chamado a se manifestar no caso posto, alegou ser a “vagina um veículo de transporte de armas, explosivos e outros objetos”⁶. Desta

⁶ Vide nota 04.

forma, o Governo pretendeu justificar a razoabilidade da medida adotada, avançando que qualquer restrição de direitos aplicada no interesse da segurança comum é razoável, independentemente do meio empregado.

Esse posicionamento apenas ratifica o que já sabemos: as revistas vexatórias são executadas sob a justificativa de impedir a entrada de objetos irregulares, como armas, drogas e celulares no interior das unidades prisionais. Sob essa perspectiva, o visitante é automaticamente colocado em uma posição de potencial suspeito, apenas por ser parente de uma pessoa presa. Essa suposição, por si só, já representa uma humilhação e uma violação à dignidade dessas pessoas que passam a ser vítimas de discriminação pela existência de um vínculo afetivo.

O argumento da segurança pública, defendido pelo Governo Argentino, é central e facilmente desconstruível. Em parecer médico⁷, um ginecologista brasileiro se posicionou sobre o assunto, realçando os traços e características da anatomia feminina. Levando em consideração as especificidades do corpo feminino, resta facilmente comprovado que a elasticidade da cavidade vaginal impossibilita a identificação visual de qualquer objeto que porventura tenha sido introduzido pela mulher em seu corpo. A única forma de identificar a presença de um corpo estranho, inserido na cavidade vaginal, é por meio de um exame de toque específico, realizado, exclusivamente, por profissionais da área de saúde, devidamente qualificados. Significa dizer que, tecnicamente, a investigação feita “a olho nu” pelos agentes penitenciários é completamente inócua e incapaz de detectar a presença de armas, drogas ou celulares que tenham sido acondicionados no interior do corpo da visitante. Senão vejamos:

Como a vagina é um órgão elástico, ela tem plenas condições de acondicionar pequenos objetos e mantê-los invisíveis no seu interior, principalmente, pela barreira imposta pelos músculos internos que fazem parte desse órgão específico, assim como em concomitância com os que fazem parte do assoalho pélvico.

Ademais, vale ressaltar, ainda com fundamento no parecer acima citado, que o tamanho e a fragilidade da cavidade vaginal impedem, naturalmente, a inserção de objetos de maior porte, como armas de fogo e armas brancas pontiagudas.

Analisando estes argumentos de natureza objetiva, resta claro que a prática das revistas não está associada à prevenção de crimes e nem à manutenção da segurança pública, conforme pretendeu avançar o Estado Argentino em sua defesa perante a CIDH. Trata-se, apenas, de mais uma forma de controle estatal que usa a humilhação como estratégia para segregar a pessoa presa, criando óbices à garantia do direito à convivência familiar e, com isso, abrindo espaço para que práticas de tortura e maus-tratos sejam ocultadas e abafadas dentro das masmorras latino-americanas.

⁷ Parecer Médico disponível em: <https://docs.google.com/file/d/0B_cJYNiaCRTCODBB-VDRwV29xUlk/edit>. Acesso em: 28 set. 2014.

2. O Notório Recorte de Gênero

As duas peticionárias do caso analisado são mulheres, em diferentes idades. A prática da revista vexatória é universal, sendo aplicada a todos aqueles que pretendem visitar familiares presos. Porém, existe um inquestionável recorte de gênero que se repete em todo o continente latino-americano. Usando, por amostragem, os dados obtidos em recente levantamento feito pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo, 82% das visitas feitas em unidades prisionais são de mulheres, crianças e adolescentes⁸.

Conforme dito, essa realidade não é diferente quando pensamos no amplo universo latino-americano. Esse cenário se repete em todos os países que optaram por uma política de encarceramento em massa: filas de mulheres alinhadas aos grandes muros de contenção, cujo único crime é querer manter o vínculo familiar, por meio de visitas semanais, feitas aos familiares detidos.

Nesse sentido, a imensa maioria das denúncias recebidas pelas Defensorias Públicas e entidades da Sociedade Civil são formuladas por mulheres que prestam seu testemunho, deixando claro sua indignação diante da violência sofrida. Vejamos:

Estou privada de minha liberdade há três anos. O tempo que estou aqui é suficiente para poder expressar um pouco das inúmeras vezes que meus familiares foram humilhados ao serem revistados pelos agentes penitenciários. Chega a ser uma falta de respeito a maneira com que são tratados, não só os adultos como crianças. Digo isso, pois senti na pele o sofrimento, a vergonha e a indignação nos olhos cheios de lágrimas da minha filha de apenas 12 anos de idade ao me contar a forma com que ela foi tratada e revistada nesta unidade. Minha mãe de 59 anos também já entrou chorando me ver [...]. Eu não tenho muitas visitas desde que cheguei aqui⁹.

O Estado não tem o direito de me torturar. Não posso ser punida por meu filho estar preso. E ele não pode ser punido duplamente com a humilhação da mãe. Tem hora que parece que o Estado está nos punindo pelo erro dos nossos filhos¹⁰.

Infelizmente essa é a realidade com a qual tratamos os cidadãos americanos e suas famílias que passam a cumprir pena, mesmo sendo inocentes e estando em liberdade.

As sociedades modernas se mostram totalmente tolerantes para com esse tipo de vio-

⁸ Defensoria Pública do Estado de São Paulo. Defensoria Pública de SP ofícia Governador do Estado e Presidente da Câmara dos Deputados para o fim da revista vexatória. 15/07/2014. Disponível em: <<http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Conteudos/Noticias/NoticiaMostra.aspx?idItem=51389&idPagina=3086>>. Acesso em: 25 set. 2014.

⁹ Denúncia encaminhada à Pastoral Carcerária em 06.05.2012. Disponível em: <<http://ittc.org.br/luta-por-direitos-a-longa-mobilizacao-pelo-fim-da-revista-vexatoria-no-brasil.html>>. Acesso em: 25 set. 2014.

¹⁰ ITTC. Entidades pedem fim da revista vexatória nos presídios. Disponível em: <<http://ittc.org.br/entidades-pedem-fim-da-revista-vexatoria-nos-presidios.html>>. Acesso em: 25 set. 2014.

lência institucional, mas, contraditoriamente, pretendem que a pena de prisão cumpra sua dita função social, a saber: a “recuperação” da pessoa presa para que ela possa voltar a viver inserida no seio social.

3. A Proteção da Convenção Interamericana de Direitos Humanos

No caso posto, as peticionárias avançaram três dispositivos convencionais que asseguram seus direitos em face do tratamento despendido pelo Estado argentino. Porém, vale ressaltar que, além da CIDH, a prática das revistas vexatórias também é proibida pela Convenção da ONU contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes¹¹. Para o Relator Especial da ONU sobre Tortura, as revistas vexatórias são uma prática humilhante e degradante, equiparadas a agressão sexual ou tortura, quando conduzidas com uso de violência. O Subcomitê de Prevenção à Tortura da ONU, por sua vez, em relatório publicado em 2012 sobre o Brasil, recomenda que “revistas intrusivas vaginais ou anais sejam proibidas pela lei”¹².

Em 1996, época da decisão X e Y contra Argentina, ainda não existiam alguns dos instrumentos legais que, hoje, servem para engrossar o conjunto normativo que proíbe a prática da revista vexatória nos Estados e considera esta como sendo uma grave violação aos direitos da pessoa humana. Em 2008, a própria OEA publicou um caderno de Princípios e Boas Práticas para a Proteção das Pessoas Privadas de Liberdade nas Américas, onde, em seu princípio XXI¹³, determina que “as revistas de presos e visitantes devem ser compatibilizadas com a dignidade humana e o respeito aos direitos fundamentais e, para isso, inspeções anais e vaginais devem ser proibidas por lei”.

A Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH), por sua vez, em 2003, ampliou a proibição das revistas vexatórias quando da decisão do caso Lorse Vs. Holanda¹⁴, afir-

¹¹ ONU. Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment. Disponível em: <<http://www.hrweb.org/legal/cat.html>>. Acesso em 28 set. 2014.

¹² ONU. Relatório sobre a visita ao Brasil do Subcomitê de Prevenção da Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes. Disponível em: <http://www.onu.org.br/img/2012/07/relatorio_SPT_2012.pdf>. Acesso em: 20 set. 2014.

¹³ CIDH. Princípios e Boas Práticas para a Proteção das Pessoas Privadas de Liberdade nas Américas. 13 de março de 2008. Princípio XXI: Exames corporais, inspeção de instalações e outras medidas. Os exames corporais, a inspeção de instalações e as medidas de organização dos locais de privação de liberdade, quando sejam procedentes em conformidade com a lei, deverão obedecer aos critérios de necessidade, razoabilidade e proporcionalidade. Os exames corporais das pessoas privadas de liberdade e dos visitantes dos locais de privação de liberdade serão praticados em condições sanitárias adequadas, por pessoal qualificado do mesmo sexo, e deverão ser compatíveis com a dignidade humana e o respeito aos direitos fundamentais. Para essa finalidade, os Estados membros utilizarão meios alternativos que levem em consideração procedimentos e equipamento tecnológico ou outros métodos apropriados. Os exames intrusivos vaginais e anais serão proibidos por lei. As inspeções ou exames praticados no interior das unidades e instalações dos locais de privação de liberdade deverão ser realizados por autoridade competente, observando-se um procedimento adequado e com respeito aos direitos das pessoas privadas de liberdade. Disponível em: <<http://cidh.oas.org/pdf%20files/PRINCIPIOS%20PORT.pdf>>. Acesso em: 21 set. 2014.

¹⁴ CEDH. Case of Lorse and Others V. The Netherlands. 04/02/2003. Disponível em: <<http://sim.law.uu.nl/SIM/CaseLaw/hof.nsf/d0cd2c2c444d8d94c12567c2002de990/02758cb7e224f13041256cc30059f2cc?OpenDocument>> Acesso em: 21 set. 2014.

mando, nesta oportunidade, que “nem mesmo a pessoa presa pode ser submetida a revistas íntimas que, sistematicamente, ofendam a sua dignidade”.

Buscando regras que incidam diretamente na proteção da mulher e que priorizem o recorte de gênero acima colocado, sublinhamos o teor do artigo 20 das Regras de Bangkok sobre o Tratamento de Mulheres Reclusas (2010)¹⁵, que afirma: “Alternative screening methods, such as scans, shall be developed to replace strip searches and invasive body searches, in order to avoid the harmful psychological and possible physical impact of invasive body searches”.

Com isso, resta claro que, depois da recomendação feita pela CIDH sobre o caso da Senhora X e sua Filha Y, os mecanismos regionais e universais de proteção aos direitos humanos se mobilizaram para criar regras capazes de deslegitimar e impedir a repetição da agressão sofrida por familiares, forçados a se submeter a uma violência estatal silenciosa, conhecida como revista vexatória.

3.1 Violação do Artigo 5.3 da CADH

As petionárias pediram proteção da OEA com base no artigo 5.3 da CADH que assim dispõe: “Artigo 5º - Direito à integridade pessoal: (...) 3. A pena não pode passar da pessoa do delinquente”.

Aqui, as petionárias chamam atenção para o fato de que todas as mulheres que visitam seus familiares presos são submetidas ao mesmo tratamento degradante. Elas avançam que as revistas vexatórias são uma prática discriminatória, já que as visitantes não são autoras de nenhum delito, não estão sendo indiciadas pela prática de crimes e nem se encontram sob custódia do Estado. Considerando que apenas os familiares de pessoas presas precisam ser intimamente revistados, enquanto os demais profissionais e funcionários que frequentam a unidade penitenciária escapam dessa rotina, concluímos que há uma forte criminalização do vínculo afetivo. Significa dizer que ser parente de pessoa presa na América Latina, para usar os termos da CADH, é ser delinquente¹⁶.

O Editorial do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCRIM de agosto de 2014¹⁷ aborda essa temática e faz uma reflexão que merece ser transcrita:

No Brasil, fazer parte da família de uma pessoa presa significa sofrer com o estigma que advém do encarceramento e também ter seu próprio corpo transformado em um objeto passível de intervenção estatal. Ser visitante exige a adequação a uma série

¹⁵ ONU, United Nations Rules for the Treatment of Women Prisoners and Non-custodial Measures for Women Offenders (the Bangkok Rules), 6 October 2010: A/C.3/65/L.5. Disponível em: <<http://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/BangkokRules.pdf>>. Acesso em: 25 set. 2014. Tradução livre: Métodos de investigação alternativos, tais como scanners corporais, deverão ser desenvolvidos para substituir revistas vexatórias, a fim de evitar o nocivo impacto psicológico e possível impacto físico causado pelas revistas corporais invasivas.

¹⁶ Vide nota 04.

¹⁷ Cerneka, Heidi; Drigo, Sônia; Lima, Raquel da Cruz. Luta por direitos: a longa mobilização pelo fim da revista vexatória no Brasil, Boletim IBCCRIM, n. 261, agosto de 2014. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/boletim_artigos/302-261---Agosto-2014> Acesso em: 25 set. 2014.

de regras determinadas pela administração penitenciária, que englobam desde o tipo de sacola permitida para a armazenagem do “jumbo”, até as peças de roupa que podem ser usadas durante a visita. Mas, sem dúvida, a mais severa dessas regras é a revista íntima pessoal, vexatória, humilhante, realizada nos familiares, companheiros e cônjuges na entrada da maioria dos estabelecimentos penais do país, sob o pretexto de impedir a entrada de produtos ilícitos e armas.

Resta claro que os países que lançam mão da revista vexatória como primeira ratio no combate à suposta crise de segurança pública vivida no continente afrontam, voluntariamente, as normas convencionais e suas próprias legislações internas, estendendo a pena aos familiares da pessoa presa, que passam a sofrer injustificáveis restrições de direitos e liberdades.

A pessoa sob tutela do Estado é o detento e não sua família. Alguns países, como os Estados Unidos, optam por realizar a revista nos presos, depois de encerrado o horário da visita pessoal e no regresso à cela. Essa técnica, porém, apesar de ser apontada como uma solução para o problema posto, parece não funcionar na prática, já que serve para intensificar a violência perpetrada contra os detentos. A Defensoria Pública de Santo André identificou que adolescentes internados em uma unidade da Fundação Casa passam por, em média, 07 revistas vexatórias diárias. O Defensor Público Marcelo Novaes afirmou que: “Se o adolescente ficar internado por um ano, ao final da medida ele terá feito mais de dois mil e quinhentos procedimentos de revista. Isso não existe em Guantánamo, nem no Regime Disciplinar Diferenciado, para onde vão os presos adultos considerados de alto risco”¹⁸.

O antropólogo Fábio Mallart aborda a mesma temática, ao afirmar que “as revistas íntimas em internos são rotineiras” e que os adolescentes andam de mãos para trás, com cabeça baixa, respondendo sim senhor, passivos como se fossem robôs, obedecendo à rotina da Fundação¹⁹. Nesse sentido, o poder público, mais uma vez, extrapola os limites da sua atuação ao desumanizar a pessoa presa, submetendo-a a atos de extrema violência e invasão corporal, dentro de um ambiente hostil que apaga os rastros dessas ações.

Outra suposta solução, também idealizada pelas unidades estadunidenses, é a suspensão das visitas íntimas e a realização de visitas familiares em parlatórios, evitando, assim, a manutenção do contato físico entre a pessoa presa e seu familiar. Esta, tampouco, nos parece uma solução viável por ferir outros direitos como, por exemplo, o da convivência familiar. A falta de contato físico diminui a humanidade da pessoa presa, segrega e corta seus vínculos afetivos. A consequência dessa soma de fatores é o rompimento do afeto que, na falta de uma política pública de atenção e amparo, é a única saída viável, visando à reintegração social do egresso. Em entrevista, uma visitante relatou o

¹⁸ Disponível em: <<http://blogs.estadao.com.br/sp-no-diva/copiando-presidios-fundacao-casa-humilha-parentes-de-internos-em-revistas/>>. Acesso em 26 set. 2014.

¹⁹ MALLART, Fábio. Cadeias Dominadas, a Fundação Casa, suas Dinâmicas e as Trajetórias de Jovens Internos. São Paulo: Terceiro Nome, 2014.

seguinte sentimento:

[...] A família continua apoiando ele. Apoiando sim, dando apoio moral, não dando apoio ao que ele fez. Sabe, meu filho fala assim: Mãe, se eu não tivesse apoio da família, não sei o que seria de mim. Então [eu faço as visitas] para que ele acredite que quando ele sair, tem um mundo melhor para ele [...]. Eu observo muitos meninos que a família não vai visitar. E tem alguns deles [...] que ao invés de pensar “vou sair daqui, vou melhorar, vou viver com dignidade” eles vão entrar no fundão da criminalidade. [...] Tem alguns que falam assim: “quando eu sair lá fora, todos vão me pagar na mesma moeda”²⁰.

Em teoria, a pessoa presa deveria ter apenas o seu direito de ir e vir limitado pelo poder estatal, preservando, desta forma, todos os demais direitos que deveriam ser garantidos pelo próprio Governo, incluindo o direito ao voto, à convivência familiar e a ter uma vida livre de tortura. Porém, na prática, os Estados deformam a pena de prisão e usam o cárcere como instrumento de absoluta segregação, que pretende responder a uma equivocada demanda social por mais segurança e menos impunidade. Como resultado dessa política, temos penitenciárias cada vez mais superlotadas e sociedades menos seguras, demonstrando, na prática, que estamos trilhando o caminho diverso do almejado.

A despeito deste entendimento, a CIDH acabou por não reconhecer a aplicação desse artigo, entendendo que inexistente prova objetiva e alegando que “não dispõe de evidência indicativa de que a revista vaginal foi efetuada com a intenção de estender o castigo do marido da Senhora X à sua família. Além disso, não compete à Comissão presumir razões que não tenham sido objetivamente verificadas”²¹.

3.2 Violação ao Artigo 11 da CADH

As petionárias aproveitam para aventar o texto do artigo 11 da CADH na denúncia apresentada, entendendo que a revista vexatória viola a proteção da honra e da dignidade que lhes são asseguradas:

[...] (1) Toda pessoa tem direito ao respeito da sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade. (2) Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação. (3) Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências ou tais ofensas.

Nesse artigo, a Convenção pretendeu delimitar a esfera de vida privada que não

²⁰ Rede Justiça Criminal. Boletim Temático: Revista Vexatória, edição 06, ano 4, p. 7, 2014. Disponível em: <<http://redejusticacriminal.files.wordpress.com/2013/07/rede-boletim-revista-vexatoria-marc3a7o-17-03-2014-web.pdf>>. Acesso em: 28 set. 2014.

²¹ Vide nota 4.

pode ser alcançada pelo poder público. Em legislações internas, os países-membros já adotam essa mesma linha principiológica ao proteger a vida privada do cidadão contra a arbitrariedade estatal. Porém, quando falamos de revista vexatória, essa proteção passa despercebida, sobretudo no que se refere ao parágrafo segundo acima transcrito.

Para garantir a legalidade dos atos estatais e preservar o artigo 11 da CADH, a própria CIDH declarou em Opinião Consultiva de 1985²² e mencionada pela Comissão no caso da Senhora X que:

Portanto, a proteção dos direitos humanos requer que os atos estatais que os afetam fundamentalmente não fiquem sujeitos ao arbítrio do poder público, e sim sejam cercados por um conjunto de garantias destinadas a assegurar a invulnerabilidade dos atributos invioláveis da pessoa, entre as quais, talvez a mais importante deva ser a de que as limitações sejam estabelecidas por lei adotada pelo Poder Legislativo, de acordo com o estabelecido pela Constituição

Uma das marcas da revista vexatória é exatamente o seu caráter discricionário, arbitrário, abusivo e ofensivo. Isso acontece porque as revistas estão desvinculadas de atos processuais formais e são operacionalizadas por agentes penitenciários que atuam na ponta do sistema de segurança pública, adotando, nesse contexto, procedimentos que variam a depender da unidade prisional, do perfil do executor ou do dia da semana.

Em muitos relatos, identificamos fortes agressões verbais diferidas contra familiares, além de casos clássicos de tortura psicológica que podem acarretar sérios danos pós-traumáticos, especialmente em crianças cuja compreensão dos fatos ainda é limitada²³.

O Estado Argentino, na tentativa de se defender, alegou que as revistas encontram respaldo na Lei Penitenciária Nacional²⁴ e que são realizadas em respeito a essas diretrizes.

Por esta razão, a Comissão entendeu que houve violação do cito artigo, condenando o Estado argentino, porque “tais direitos só deveriam ter sido limitados no caso de uma situação muito grave e em circunstâncias muito específicas e, nesse caso, com o estrito cumprimento, pelas autoridades, das regras anteriormente definidas para garantir a legalidade da prática”²⁵.

Em conclusão, além dos dispositivos acima detalhados, a Comissão entendeu que “ao impor uma condição ilegal para a realização das visitas às penitenciárias sem dispor

²² CIDH. La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Série A, n° 5. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/index.php/es/opiniones-consultivas>>. Acesso em: 28 set. 2014.

²³ Rede Justiça Criminal. Cartas: A História das Vítimas. 2014. Disponível em: <<http://fimdarevistavexatoria.org.br>>. Acesso em: 23 set. 2014.

²⁴ Lei Penitenciária Nacional Argentina. Disponível em: <<http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anejos/35000-39999/37872/texact.htm>> Acesso em 13 nov. 2014.

²⁵ Vide nota 4.

de mandado judicial ou oferecer garantias médicas apropriadas”²⁶, o Estado Argentino também feriu o artigo 17 que protege os direitos da família, e o artigo 19 da CADH, que blinda os direitos da criança, já que as revistas, no caso posto, eram realizadas em uma adolescente.

Conclusão

A Comissão recomendou que o Estado Argentino “adotasse medidas legislativas ou de outra natureza para ajustar suas previsões às obrigações estabelecidas pela Convenção”²⁷. Além disso, recomendou que o Estado informasse a Comissão sobre o processo de estudo e sanção destas medidas. Por fim, a Comissão recomendou ainda que as vítimas fossem adequadamente compensadas em razão das violações de direitos humanos sofridas ao longo dos anos.

Infelizmente, as recomendações formuladas não foram cumpridas ao longo dos últimos 18 anos, ou seja, desde sua publicação em 1996. As revistas vexatórias continuam sendo uma forte realidade na Argentina e as vítimas dessa violência institucional ainda não foram devidamente indenizadas. De acordo com a organização não governamental argentina Centro de Estudios Legales y Sociales – CELS, os maus-tratos e as revistas violentas, realizadas pelos agentes penitenciários, são fatores que geram tensão dentro dos cárceres. Essa organização, que atua diretamente nas unidades prisionais, relatou a seguinte situação, já em 2007:

*Unos 40 presos de la cárcel de Villa Devoto, en la Ciudad de Buenos Aires, alojados en três pabellones diferentes, realizaron una “batucada” para pedir el relevamiento del director del penal y la finalización de las “requisas vejatorias”. Unas 130 mujeres con sus hijos, que estaban en el lugar porque era día de visita, se plegaron a la medida. Intervino el procurador penitenciario para solucionar el conflicto*²⁸.

Essa não é, porém, uma exclusividade argentina, repetindo-se, silenciosamente, em todos os países da América Latina. Na Colômbia, país onde a Corte Constitucional²⁹ proibiu expressamente esta prática, em 2005, em nome da dignidade humana, ainda existem relatos de que as revistas continuam acontecendo no cotidiano dos cárceres.

No Brasil, alguns estados já editaram normas que proíbem a prática da revista ve-

²⁶ Vide nota 4

²⁷ Vide nota 4.

²⁸ CELS, Centro de Estudios Legales y Sociales. *Personas privadas de su libertad* (2007). Disponível em: <http://www.cels.org.ar/documentos/?texto=requisa&info=buscador_rs&ids=3&redir=1&mesh=todos&envia.x=0&envia.y=0&envia=envia>. Acesso em: 29 set. 2014. Tradução livre: Cerca de 40 prisioneiros de Villa Devoto, prisão em Buenos Aires, alojados em três diferentes pavilhões, realizaram uma “batucada” para pedir a demissão do diretor da prisão e o fim das “revistas vexatórias”. Cerca de 130 mulheres com seus filhos, que estavam na prisão porque era dia de visita, se juntaram ao protesto. Interveio o Ministério Público para solucionar o conflito.

²⁹ Corte Constitucional Colombiana. Sentença T-1069/05. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/T-1069-05.htm>> Acesso em 14 nov. 2014.

xatória, como o Rio Grande do Sul, Goiás, Rio de Janeiro, Espírito Santo, Santa Catarina, Minas Gerais e Paraíba³⁰. Porém, por meio dos relatos acima colocados, é fácil perceber que a fiscalização é falha e que, na prática, as revistas continuam sendo a primeira política de segurança pública, lançada contra familiares inocentes. Um projeto de lei federal está tramitando no Congresso Federal na esperança de criar um marco legal definitivo que determine o fim dessa prática em todo o território nacional, mas ainda existe um largo caminho a trilhar. Ou, nos dizeres de André Dotti: “(...) na verdade, o problema das penitenciárias não está na falta de lei e, sim, na desobediência secular do poder público e de seus agentes, que na ineficácia deixam a desejar que os antigos princípios fundamentais e as antigas regras sejam cumpridas”³¹.

Estamos passivos diante de uma grave violação de direitos humanos que ainda não foi erradicada. Pior, essa violação se integrou à rotina das penitenciárias e pretende continuar se justificando por meio de argumentos irracionais e ineficazes. Faz-se cada vez mais necessário expor os Estados perante os mecanismos regionais e internacionais de proteção para que fique claro que as revistas vexatórias nada mais são do que uma estratégia cruel inserida em políticas estatais de encarceramento em massa. As revistas são a ponta de um grande iceberg que encobre cotidianas violações de direitos humanos, cometidas dentro de estabelecimentos prisionais latino-americanos e protegidos pela tolerância social.

Os dizeres de Foucault³² estão diretamente espelhados nos atuais cárceres da América Latina que se propõem, apenas, a separar cidadãos e não cidadãos, atribuindo direitos e garantias apenas à primeira classe deles:

A forma-prisão pré-existente à sua utilização sistemática nas leis penais. Ela se constitui fora do aparelho judiciário, quando se elaboram, por todo o corpo social, os processos para repartir os indivíduos, fixá-los e distribuí-los espacialmente, classificá-los, tirar deles o máximo de tempo, e o máximo de forças, treinar seus corpos, codificar seu comportamento contínuo, mantê-los numa visibilidade sem lacuna, formar em torno deles um aparelho completo de observação, registro e notações, construir sobre eles um saber que se cumula e se centraliza.

Concluímos, nesse sentido, afirmando que a revista vexatória afronta princípios e convenções internacionais que deveriam reger as políticas dos Estados-membros da OEA. Porém, é preciso perceber que o problema é maior e deve nos levar a refletir a necessidade de reformularmos drasticamente a política criminal encarceradora atualmente aplicada no continente, porque esta é, em si, injustificável, fonte inesgotável de estereótipos, segregadora e extremamente violadora de direitos humanos.

³⁰ Vide note 19.

³¹ DOTTI, René Ariel. A crise do sistema penitenciário. 2003. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/12441-12442-1-PB.pdf>>. Acesso em: 06 nov. 2014.

³² FOUCAULT, Michel. Vigiar e punir. 25. ed. Petrópolis: Vozes, 2002.

Referências

CELS, Centro de Estudios Legales y Sociales. *Personas privadas de su libertad*, 2007. Disponível em: <http://www.cels.org.ar/documentos/?texto=requisa&info=buscador_rs &kids=3&redir=1&mesh=todos&envia.x=0&envia.y=0&envia=envia>. Acesso em: 29 set. 2014.

CERNEKA, Heidi; DRIGO, Sonia; LIMA, Raquel da Cruz. Luta por Direitos: a longa mobilização pelo fim da revista vexatória no Brasil, *Boletim IBCCRIM*, n. 261, agosto de 2014. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/boletim_artigos/302-261---Agosto-2014>. Acesso em: 25 set. 2014.

Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Organização dos Estados Americanos. Relatório Anual 1996. Relatório nº 38/96, caso 10.506 de 15 de outubro de 1996. Disponível em: <<http://cidh.oas.org/annualrep/96port/Caso11506.htm>>. Acesso em: 25 set. 2014.

Corte Europeia de Direitos Humanos. *Case of Lorse and Others V. The Netherlands*. 04/02/2003. Disponível em: <<http://sim.law.uu.nl/SIM/CaseLaw/hof.nsf/d0cd2c2c444d8d94c12567c2002de990/02758cb7e224f13041256cc30059f2cc?OpenDocument>>. Acesso em: 21 set. 2014.

Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Princípios e Boas Práticas para a Proteção das Pessoas Privadas de Liberdade nas Américas*. 13 de março de 2008. Disponível em: <<http://cidh.oas.org/pdf%20files/PRINCIPIOS%20PORT.pdf>>. Acesso em: 21 set. 2014.

_____. *La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Série A, nº 5. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/index.php/es/opiniones-consultivas>>. Acesso em: 28 set. 2014.

Defensoria Pública do Estado de São Paulo. Defensoria Pública de SP oficia Governador do Estado e Presidente da Câmara dos Deputados para o fim da revista vexatória. 15/07/2014. Disponível em: <<http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Conteudos/Noticias/NoticiaMostra.aspx?idItem=51389&idPagina=3086>>. Acesso em: 25 set. 2014.

DOTTI, René Ariel. *A crise do sistema penitenciário*. 2003. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/12441-12442-1-PB.pdf>>. Acesso em: 06 nov. 2014.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. 25. ed. Petrópolis: Vozes, 2002.

ITTC. Instituto Terra, Trabalho e Cidadania. *Entidades pedem fim da revista vexatória nos presídios*. Disponível em: <<http://itcc.org.br/entidades-pedem-fim-da-revista-vexatoria-nos-presidios.html>>. Acesso em: 25 set. 2014.

MALLART, Fábio. Cadeias Dominadas, a Fundação Casa, suas Dinâmicas e as Trajetórias de Jovens Internos. São Paulo: Ed. Terceiro Nome, 2014.

ONU. United Nations Rules for the Treatment of Women Prisoners and Non-custodial Measures for Women Offenders (the Bangkok Rules), 6 October 2010: A/C.3/65/L.5. Disponível em: <<http://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/BangkokRules.pdf>>. Acesso em: 25 set. 2014.

_____. Relatório sobre a Visita ao Brasil do Subcomitê de Prevenção da Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes. Disponível em: <http://www.onu.org.br/img/2012/07/relatorio_SPT_2012.pdf>. Acesso em: 20 set. 2014.

Rede Justiça Criminal. Boletim Temático: Revista Vexatória, edição 6, ano 4, p. 7, 2014,. Disponível em: <<http://redejusticacriminal.files.wordpress.com/2013/07/rede-boletim-revista-vexatoria-marc3a7o-17-03-2014-web.pdf>>. Acesso em: 28 set. 2014.

_____. Cartas: A História das Vítimas. 2014. Disponível em: <<http://fimdarevistave-xatoria.org.br>>. Acesso em: 23 set. 2014.

DETENÇÃO POR RAZÕES MIGRATÓRIAS À PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NO BRASIL

Vivian Holz hacker¹
Adriana Avelar Tavares²

Introdução

Em meio às políticas migratórias, aquelas que se encarregam do controle e da gestão da entrada, permanência e saída da população estrangeira do território nacional, as detenções por razões migratórias são definidas como aquelas que implicam na cessação, permanente ou temporária, do direito à liberdade pessoal daqueles que ingressam, transitam ou permanecem em situação indocumentada ou não autorizada em um Estado³.

No contexto da mobilidade humana, a Corte Interamericana de Direitos Humanos já afirmou que “no exercício do seu poder de definir a política de imigração, os Estados podem estabelecer mecanismos para controlar o acesso e saída do seu território com respeito às pessoas que não tenham a nacionalidade deles”⁴, desde que “tais políticas sejam compatíveis com as normas de proteção dos direitos humanos consagrados na Convenção Americana”⁵.

Nesta linha, é fundamental recorrer às recomendações das Nações Unidas, que afirmam categoricamente que os Estados devem dar à privação de liberdade o critério da mais elevada excepcionalidade jurídica, dado que o seu alto caráter punitivo contraria as justificativas jurídicas das infrações migratórias⁶. O anseio de garantir que a priva-

¹ Advogada especialista em Direito Internacional dos Refugiados. Possui LLM em Direito Internacional dos Direitos Humanos pela Universidade de Connecticut. Foi Coordenadora do Programa de Proteção do Centro de Referência para Refugiados da Cáritas Arquidiocesana de São Paulo.

² Bacharela em Relações Internacionais pela Universidade de São Paulo. Estágia no Departamento de Proteção do Escritório Regional do Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados na América Central, México e Cuba.

³ Corte IDH. Opinião Consultiva OC-18/03 de 17 de setembro de 2003. Série A, Nº. 18; parágrafo 163: “O termo políticas migratórias se refere ao conjunto de atos, medidas ou omissões institucionais (leis, decretos, resoluções, diretrizes, atos administrativos, etc.) que versam sobre a entrada, saída ou permanência da população estrangeira dentro de um território internacional. Condição Jurídica e Direito dos Migrantes Indocumentados”.

⁴ Corte IDH. Caso Velez Lloor Vs. Panama. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custos. Sentença de 23 de novembro de 2010, p. 97.

⁵ Corte IDH. Caso de Haitianos e Dominicanos de Origem Haitiano na República Dominicana, Medidas Provisórias. Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 18 de agosto de 2000. Série E, Nº. 3, considerando quarto.

⁶ Organização das Nações Unidas. Informe da Relatora Especial da ONU sobre os Direitos Humanos dos Migrantes. Gabriela Rodríguez Pizarro, E/CN.4/2003/85 (30 de dezembro de 2002), parágrafo 73. Dis-

ção da liberdade se insira no contexto previsto de legalidade, e não de arbitrariedade, se faz necessário posto o caráter suprallegal imbuído aos Direitos Humanos.

À luz do direito comparado, o Brasil emerge como um bom exemplo para os demais países do continente americano, no que se refere à prática da detenção de estrangeiros por razões puramente migratórias. No entanto, apesar de suas boas práticas, o país não está isento da realização de práticas questionáveis, que permitem a privação da liberdade de indivíduos por motivos migratórios.

Assim, o presente artigo se propõe ao exame da situação da proteção dos direitos humanos no Brasil por meio da avaliação das práticas de privação de liberdade por razões migratórias encontradas no território nacional.

O trabalho apresenta, pois, a discussão acerca da aplicação do princípio do non-refoulement no contexto da entrada de estrangeiros em situação de vulnerabilidade pelos portos, aeroportos e zonas fronteiriças brasileiras.

Em seguida, este artigo discute a prática de detenção de migrantes prevista nos institutos do Estatuto do Estrangeiro de 1980 e as suas implicações para a proteção dos estrangeiros em território nacional diante do amplo escopo dos Direitos Humanos.

1. O “Conector” e o Princípio do Non-Refoulement

1.1.O princípio do non-refoulement

O princípio do non-refoulement foi formalmente codificado pela Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados, de 1951, a qual determina, em seu artigo 33.1:

Nenhum dos Estados Contratantes expulsará ou rechaçará, de maneira alguma, um refugiado para as fronteiras dos territórios em que a sua vida ou a sua liberdade seja ameaçada em virtude da sua raça, da sua religião, da sua nacionalidade, do grupo social a que pertence ou das suas opiniões políticas⁷.

Este princípio se aplica não apenas à devolução (rejeição, expulsão, deportação ou retorno)⁸ ao país de origem, mas também a qualquer país onde o refugiado possua fundado temor de perseguição, ou à devolução para um terceiro país que pode, em seguida, enviá-lo a outro local onde corra risco de perseguição vinculado aos motivos previstos na Convenção⁹.

Conforme a Corte Interamericana de Direitos Humanos, no caso Família Pacheco
ponível em: <[http://www.unhcr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/0/3ff50c339f54a354c1256cde004bfbdb8/\\$FILE/G0216255.pdf](http://www.unhcr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/0/3ff50c339f54a354c1256cde004bfbdb8/$FILE/G0216255.pdf)> Acesso em: 24 ago.15

⁷ Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados, adotada em 28 de julho de 1951, art. 33(1), U.N. Doc. A/CONF.2/108 (1951), 189 U.N.T.S. 150.

⁸ LAUTERPACHT, Elihu. BETHLEHEM, Daniel. The Scope and Content of the Principle of Non-Refoulement: Opinion, in Refugee Protection in International Law. UNHCR Global Consultations on International Protection. Disponível em: <www.unhcr.org/419c75ce4.pdf>. Acesso em: 24 ago. 2015

⁹ UNHCR, Nota de orientação sobre extradição de refugiados. Abril 2008, Disponível em: <<http://www.refworld.org/docid/49f96a4f2.html>>. Acesso em: 24 ago. 2015

Tineo vs. Bolívia, a proteção contra a não devolução deve ser garantida, independentemente do status legal ou condição migratória do estrangeiro:

152. *Así, esas personas están protegidas contra la devolución como una modalidad específica de asilo bajo el artículo 22.8 de la Convención, sin importar su estatuto legal o condición migratoria en el Estado de que se trate, y como un componente integral de la protección internacional de los refugiados [...].*

153. *Esto necesariamente implica que esas personas no pueden ser rechazadas en la frontera o expulsadas sin un análisis adecuado e individualizado de sus peticiones¹⁰.*

Apesar de a Convenção de 1951 prever exceções ao princípio da não devolução¹¹, a Declaração de Cartagena não apresenta qualquer limitação. De forma similar, a Convenção Contra a Tortura proíbe, de forma absoluta, a devolução quando houver fundados motivos para se acreditar que a pessoa poderá ser torturada¹². O princípio do non-refoulement também é estabelecido, sem exceções, na Convenção Americana sobre Direitos Humanos¹³, na Declaração Sobre a Proteção de Todas as Pessoas Contra o Desaparecimento Forçado¹⁴, na 4ª Convenção de Genebra¹⁵, entre outros dispositivos.

No Brasil, país considerado um exemplo positivo no que tange à prática da detenção de estrangeiros por razões puramente migratórias, a desarmonia entre a prática oficial e a retórica estatal legislativa é frequente.

1.2 O princípio do non-refoulement na lei brasileira

O princípio do non-refoulement foi recepcionado pela normativa brasileira quando da promulgação da lei nacional do refúgio, a Lei 9.474, de 1997, que, de maneira semelhante à Declaração de Cartagena, não prescreveu nenhuma exceção à sua aplicação. Desta maneira, a Lei de Refúgio afirma que qualquer estrangeiro que chegue ao território nacional tem o direito de solicitar refúgio, e que sob hipótese alguma será deportado para território onde sua vida ou liberdade sejam postas em perigo¹⁶. Ademais,

¹⁰ Corte IDH. Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custos. Sentença de 25 de novembro de 2013, para. 152 e 153. Disponível em: <www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2013/9390.pdf?view=1>. Acesso em: 24 ago. 2015.

¹¹ Segurança nacional e ordem pública, nos termos do artigo 33.2.

¹² Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanas ou Degradantes, adotada em 10 de dezembro de 1984. Artigo 3º.

¹³ Convenção Americana sobre Direitos Humanos, artigos 22.8 e 22.9.

¹⁴ Declaração Sobre a Proteção de Todas as Pessoas Contra o Desaparecimento Forçado, Assembleia Geral das Nações Unidas, A/RES/47/133, 18 de dezembro de 1992, artigo 8.

¹⁵ Quarta Convenção de Genebra, adotada em 12 de agosto de 1949, Artigo 45.

¹⁶ Lei 9474, de 1997 Art. 7º: O estrangeiro que chegar ao território nacional poderá expressar sua vontade de solicitar reconhecimento como refugiado a qualquer autoridade migratória que se encontre na fronteira, a qual lhe proporcionará as informações necessárias quanto ao procedimento cabível. § 1º Em hipótese alguma será efetuada sua deportação para fronteira de território em que sua vida ou liberdade esteja amea-

a lei cresce que o ingresso irregular ao território nacional não constitui impedimento para a solicitação do refúgio¹⁷.

Ainda conforme a lei brasileira de refúgio, o argumento de proteção à segurança nacional e ordem pública só podem ser utilizados para justificar o procedimento de expulsão, ou a determinação da cessação da condição de refugiado¹⁸, mas nunca para impedir que o estrangeiro solicite refúgio às autoridades brasileiras.

1.3 Aplicação do princípio do non-refoulement nos pontos de ingresso ao território nacional

Atualmente, o Brasil está inserido na rota das migrações mistas, recebendo migrantes econômicos, vítimas de migração forçada devido a desastres ambientais, vítimas de tráfico humano, assim como refugiados¹⁹.

Entre 2010 e maio de 2015, de acordo com dados do CONARE e do ACNUR, o número de solicitações de refúgio no Brasil aumentou em 800%²⁰. Essa figura de receptor do influxo de imigração, no entanto, revela as reminiscências negativas do Estatuto do Estrangeiro em vigor. Concebida quando da Ditadura Civil-Militar brasileira, a Lei 6.815, de 1980, condena o corpo jurídico brasileiro a um retrógrado legado, que observa a migração e os migrantes sob a égide da segurança nacional e da ordem pública. Esse prisma dificulta, pois, a inserção de uma leitura humanitária sobre a liberdade de mobilidade do ser humano.

Neste contexto, de acordo com agentes da Polícia Federal que trabalham no Aeroporto Internacional de Guarulhos, o maior do Brasil e um dos maiores pontos de acesso ao território brasileiro²¹, em 2013 cerca de 960 pessoas foram inadmitidas, tendo que retornar aos seus países de procedência²². Dado o aumento de circulação no Aeroporto, estima-se que em 2014 o número de pessoas obrigadas a retornar ao país de procedência cada, em virtude de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opinião política. § 2º O benefício previsto neste artigo não poderá ser invocado por refugiado considerado perigoso para a segurança do Brasil.

¹⁷ Lei 9474, 1997, Art. 8º: O ingresso irregular no território nacional não constitui impedimento para o estrangeiro solicitar refúgio às autoridades competentes.

¹⁸ Lei 9474, de 1997, Artigos 36 e 39, III.

¹⁹ Na definição da Organização Internacional para as Migrações (OIM), movimentos migratórios mistos (ou fluxos mistos) são “movimentos de população complexos que incluem refugiados, solicitantes de refúgio, migrantes econômicos e outros migrantes”. ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL PARA AS MIGRAÇÕES (OIM). Migración irregular y flujos migratorios mixtos: Enfoque de la OIM. MC/INF/207. 19 de outubro de 2009.

²⁰ Ministério da Justiça. Solicitações de refúgio no Brasil cresceram 800% nos últimos quatro anos, 15/05/2014, disponível em: <www.justica.gov.br/noticias/solicitacoes-de-refugio-no-brasil-cresceram-800-nos-ultimos-quatro-anos>. Acesso em: 11 nov. 2014.

²¹ Segundo o ACNUR, dos 9,2 mil estrangeiros que solicitaram refúgio no Brasil em 2015, aproximadamente 1.000 ingressaram pelo aeroporto de Guarulhos. A informação está disponível em: ACNUR, Acordo melhora atendimento a refugiados e estrangeiros no aeroporto de Guarulhos. 29 de Janeiro de 2014. Disponível em: <<http://www.acnur.org/t3/portugues/noticias/noticia/acordo-melhora-atendimento-a-refugiados-e-estrangeiros-no-aeroporto-de-guarulhos/>>. Acesso em: 26 ago. 2015.

²² Informação apresentada por agentes da Polícia Federal do Aeroporto Internacional de Guarulhos em reunião realizada na Sede da Polícia Federal em São Paulo, em abril de 2013.

tenha sido ainda mais elevado. Tais dados, no entanto, não são públicos.

Representam uma parcela relevante dentre estas cifras aqueles indivíduos que necessitam de proteção internacional, e que chegam ao Brasil com a intenção de solicitar refúgio ou permanência por razões humanitárias. Todavia, a ausência de um procedimento específico para a identificação de pessoas com necessidade de proteção internacional acaba por dificultar o seu acesso, levando frequentemente a violações ao princípio do non-refoulement.

Conforme veiculado na mídia nacional, as pessoas inadmitidas são mantidas em área de acesso restrito do aeroporto, entre o desembarque e a imigração²³, em sala conhecida como “Conector”²⁴. A assistência material é prestada pelas companhias aéreas que transportaram o estrangeiro, geralmente por funcionários terceirizados que não falam outro idioma além do português. Assim, as pessoas que, por medo de serem devolvidas, não informam a identidade e a companhia aérea pela qual viajaram, não recebem nenhuma assistência material, o que pode ser considerado um tratamento cruel, desumano ou degradante. Não há assistência jurídica disponível²⁵, havendo relatos de dificuldade de acesso à Polícia Federal, órgão responsável por receber a solicitação de refúgio, e constante ameaça de devolução, ainda que o estrangeiro relate temor por sua vida caso retorne ao país de origem. Também não há nesta área pessoa com enfoque humanitário, capaz de se comunicar com as pessoas e identificar aquelas com necessidade de proteção internacional.

Apenas no ano de 2014, estima-se que mais de 300 pessoas permaneceram no Conector, como é chamada a zona de acesso restrito onde ficam retidos os inadmitidos²⁶. A sala não conta com nenhum tipo de critério divisório que seja sensível a questões de gênero, idade ou que levem em consideração outras necessidades específicas. Desta ma-

²³ Ver mais: GORCZESKI, Vinicius. A História do cubano que viveu cinco meses no aeroporto de Guarulhos. Revista Época, outubro de 2013. Disponível em: <http://epoca.globo.com/vida/noticia/2013/10/historia-do-cubano-que-viveu-cinco-meses-no-baerporto-de-guarulhosb.html>. Acesso em: 22 ago. 2015. SD, Estrangeiros estão isolados há duas semanas no aeroporto de Guarulhos, G1, São Paulo, 8 de outubro de 2011. Disponível em: <<http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2011/10/estrangeiros-estao-isolados-ha-duas-semanas-no-aeroporto-de-guarulhos.html>>. Acesso em: 22 ago. 2015.

²⁴ Inicialmente, a sala estava localizada no corredor que conectava os Terminais 1 e 2 do Aeroporto de Guarulhos, motivo pelo qual ficou conhecida pelo nome “Conector”. Atualmente, a sala foi transferida ao Terminal 3.

²⁵ Conforme informações concedidas pela Defensoria Pública da União em Guarulhos, em janeiro de 2014, após tomar conhecimento da presença de uma mulher grávida com duas filhas no “Conector”, dois Defensores Públicos Federais foram ao escritório da Polícia Federal no Aeroporto solicitar o acesso a esta mulher para verificar a sua situação. No entanto, o acesso foi negado pelo Delegado Federal de plantão. De maneira semelhante, em 25 de fevereiro de 2014, um advogado contratado pela família de um nigeriano que havia sido detido no “Conector” se dirigiu à Polícia Federal para tomar conhecimento dos fatos e entrevistar seu cliente. Depois de ter o acesso ao seu cliente negado, o advogado entrou com um pedido de habeas corpus. No entanto, a despeito da ordem judicial, uma vez mais, o acesso foi negado, sendo possível somente após a mudança de serviço do oficial da Polícia Federal.

²⁶ FERRAZ, LUCAS. PF recusa acordo por imigrantes retidos em Cumbica. Folha de S. Paulo. Maio de 2015. Disponível em: <www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2015/05/1635795-pf-recusa-acordo-por-imigrantes-sem-autorizacao-retidos-em-cumbica.shtml>. Acesso em: 26 ago. 2015.

neira, há relatos de crianças desacompanhadas²⁷, bem como de mulheres grávidas, que permaneceram desassistidas e detidos administrativamente na sala de acesso restrito²⁸.

Após incisivas e frequentes denúncias por parte de organizações da sociedade civil²⁹ e da mídia, foi assinado no final de janeiro de 2015 um Termo de Cooperação Técnico-Institucional entre o ACNUR, o Ministério Público Federal (MPF), a Secretaria Nacional de Justiça (SNJ) e a Defensoria Pública da União (DPU)³⁰. O acordo firmado pelas partes tem como principal objetivo a melhoria no tratamento das pessoas inadmitidas que ficam retidas na área de trânsito do aeroporto, bem como estabelecer um procedimento que viabilize a identificação de pessoas com necessidade de proteção internacional.

Apesar de tratar-se de uma boa iniciativa, o acordo é natimorto, visto que carece da assinatura e do compromisso da Polícia Federal, autoridade responsável por viabilizar o acesso à área restrita e ao procedimento de solicitação de refúgio, e que se negou a participar no Termo de Cooperação³¹. De tal modo, percebe-se que, apesar dos esforços institucionais, a centralizada política de imigração na autoridade da PF é um agente limitador crucial no desenvolvimento do Direito Internacional dos Refugiados e do Direito Internacional Humanitário no Brasil.

Assim como nos aeroportos, houve relatos de detenção e impedimento de acesso ao mecanismo de refúgio em portos brasileiros. Em 2011, um grupo de nove pessoas, nacionais da Nigéria, foi mantido em um navio cargueiro turco no Porto de Paranaguá. De acordo com ativistas de direitos humanos que visitaram o navio, o grupo permanecia trancado em três quartos pequenos, sem acesso a saneamento e higiene. O desembarque e a formalização do pedido de refúgio só foram possíveis após 25 dias, quando da apresentação de um habeas corpus pela Ordem dos Advogados do Brasil³².

²⁷ Na definição da Agência da ONU para Refugiados (ACNUR), crianças desacompanhadas “são aquelas que foram separadas dos dois pais e de outros parentes, e não têm um adulto responsável por cuidar delas, por lei ou costume”. ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA REFUGIADOS (ACNUR). Diretrizes sobre Proteção Internacional nº 8. Disponível em: <<http://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/openpdf.pdf?reldoc=y&docid=521c54e64>>. Acesso em: 26 ago. 2015.

²⁸ FARIAS, Adriana. Em busca de refúgio, estrangeiro fica 20 dias retido em aeroporto, Folha de S. Paulo, 14 de junho de 2014. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2014/06/1470333-em-busca-de-refugio-estrangeiro-fica-20-dias-retido-em-aeroporto.shtml>>. Acesso em: 22 ago. 2015.

²⁹ Organizações como a Cáritas Arquidiocesana de São Paulo e Conectas Direitos Humanos denunciam a prática desde 2013.

³⁰ CONECTAS DIREITOS HUMANOS. Migrantes em Guarulhos. 18 de dezembro de 2015. Disponível em: <<http://www.conectas.org/pt/acoes/politica-externa/noticia/27625-migrantes-em-guarulhos>>. Acesso em: 24 ago. 2015.

³¹ FERRAZ, LUCAS. PF recusa acordo por imigrantes retidos em Cumbica. Folha de S. Paulo. Maio de 2015. Disponível em: <www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2015/05/1635795-pf-recusa-acordo-por-imigrantes-sem-autorizacao-retidos-em-cumbica.shtml>. Acesso em: 26 ago. 2015.

³² Ver mais: <www.gazetadopovo.com.br/vidaacidania/conteudo.phtml?id=1173146&tit=Nigerianos-clandestinos-sao-mantidos-presos-em-navio-em-Paranagua>; <<http://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2011/09/27/nigerianos-clandestinos-em-navio-sao-presos-e-impedidos-de-desembarcar-no-parana.htm>>; <<http://g1.globo.com/parana/noticia/2011/09/policia-impede-desembarque-de-nigerianos-escondidos-em-navio.html>>; <<http://mais.uol.com.br/view/99at89ajv6h1/imagens-mos>>

Igualmente, a prática de impedir o ingresso de estrangeiros sem verificar se se trata de pessoa com necessidade de proteção internacional também ocorre nas fronteiras brasileiras. Conforme Ação Civil Pública impetrada pelo Ministério Público Federal perante a Justiça Federal do Acre:

Aproximadamente 120 imigrantes haitianos, entre adultos e crianças, foram efetivamente impedidos de ingressar no território brasileiro por agentes da Polícia Federal, razão pela qual foram compelidos a retornar à cidade peruana de Iñapari, onde permanecem acomodados precariamente num pequeno coreto de uma praça situada na área central da cidade, sujeitos a todas as intempéries, sem perspectiva de obter abrigo e alimentação adequados, além de amargurarem a indefinição sobre sua situação jurídica perante o Estado Brasileiro³³.

Desta maneira, é constante a prática de rejeição de estrangeiros nas fronteiras, portos e aeroportos brasileiros sem identificação de pessoas vulneráveis e que necessitam de proteção internacional, em constante violação ao princípio do non-refoulement, e que acarreta uma falha grave no sistema de proteção dos Direitos Humanos e no respeito não somente do Direito Internacional dos Refugiados, senão também da ordem jurídica nacional brasileira.

2. O Anacronismo da Lei 6.815, de 1980, e os Institutos de Detenção por Razões Migratórias

2.1 O enfoque securitário do Estatuto do Estrangeiro

O aumento da restrição no acesso migratório brasileiro e as suas consequentes falhas humanitárias podem ser considerados frutos de transversalidade contextual: o encontro do Estatuto do Estrangeiro com a atual dinâmica de segurança coletiva, emergente no contexto das crises econômica de 2008 e política do pós-11 de setembro.

Nesta linha, Delmas-Marty se debruça sobre estudo da contemporânea percepção de animosidade frente ao imigrante no Ocidente, e compreende o fenômeno em que as consagradas liberdades individuais perdem espaço diante de uma nova concepção de segurança coletiva. Esse novo prisma, segundo a autora, está fundado paralelamente nos meandros da “guerra” contra o “terrorismo” e na proteção dos trabalhadores nacionais diante da enxuta economia³⁴.

Paralelo ao contexto atual dos países do Hemisfério Norte, encontram-se similaridades com o panorama brasileiro dos anos 1980: um país imerso em ditadura, logo embebido na mentalidade da segurança nacional, e com princípios da recessão que cul-

tram-nigerianos-fechados-em-cabines-no-pr-04024C9B366AC4892326?types=A>.

³³ Ministério Público Federal. Ação Civil Pública de 25 de janeiro de 2012. Disponível em: <www.prac.mpf.mp.br/atos-do-mpf/acp/acphaitianos/at_download/file>. Acesso em: 24 ago. 2015.

³⁴ DELMAS-MARTY, Mireille. Libertés et Sûreté dans un monde dangereux. Paris: Seuil, 2010.

minou na hiperinflação que duraria até a década seguinte. Neste cenário, surge o enfrentamento do migrante, em meio a uma elástica percepção da periculosidade do indivíduo³⁵, hoje comum às políticas dos estados do hemisfério norte.

Nesse contexto, o cenário político-econômico brasileiro dos anos 1980 deixou um amargo legado para a política migratória do Brasil: o obsoleto e retrógrado Estatuto do Estrangeiro³⁶. Neste, obscurece-se qualquer viés humanitário e garantia do direito de migrar, em detrimento de uma suposta proteção do trabalhador e do mercado nacional.

Com o objetivo de compreender como as inconstâncias legais codificam a instabilidade dos que chegam ao Brasil, será feita a avaliação dos institutos legais que regulam a retirada compulsória dos estrangeiros, como previsto pelo Estatuto do Estrangeiro, à luz de uma leitura contemporânea do seu reajuste prático. A desconstrução desta solidez legal desmantela o sistema de proteção dos direitos humanos dos migrantes e refugiados brasileiros.

2.2 O Estatuto do Estrangeiro e as detenções de migrantes

O Estatuto do Estrangeiro prevê três institutos distintos que regulam a retirada compulsória de um estrangeiro do território nacional brasileiro, a saber: a deportação; a expulsão e a extradição.

Os três institutos possuem características distintas, que se estabelecem devido às diferenças entre suas razões de aplicação. No entanto, a mérito de análise, neste artigo apenas duas dessas instituições terão as suas implicações avaliadas. São elas a deportação e a expulsão.

É importante notar, no entanto, que é extensa a bibliografia disponível que avalia as contradições do instituto da extradição face à defesa dos Direitos Humanos, mais notoriamente face ao instituto do refúgio e do já introduzido princípio da não devolução.

a) Deportação

A deportação, regulada nos artigos de 57 a 64 da Lei 6.815, de 1980, bem como nos artigos 98 e 99 do respectivo Decreto de regulamentação³⁷, é uma das formas coercitivas de afastamento compulsório de um migrante do território brasileiro.

A deportação consiste em fazer sair do território brasileiro o estrangeiro que nele tenha entrado clandestinamente ou nele permaneça em situação irregular, se do país não se retirar voluntariamente dentro do prazo que lhe for fixado³⁸. Ressalta-se aqui a condição particular deste instituto, que prevê que a saída ocorra de maneira voluntária

³⁵ VENTURA, Deisy; ILLES, Paulo. Estatuto do estrangeiro ou lei de imigração?. Le Monde Diplomatique Brasil. São Paulo, 1º de agosto de 2010, p. 14-15

³⁶ Estatuto do Estrangeiro. Lei 6.915, de 1980.

³⁷ Decreto nº 86.715, de 10 de dezembro de 1981.

³⁸ Lei n. 6.8915, de 1980. Art. 57. Nos casos de entrada ou estada irregular de estrangeiro, se este não se retirar voluntariamente do território nacional no prazo fixado em Regulamento, será promovida sua deportação. § 1º Será igualmente deportado o estrangeiro que infringir o disposto nos artigos 21, § 2º, 24, 37, § 2º, 98 a 101, §§ 1º ou 2º do artigo 104 ou artigo 105. § 2º Desde que conveniente aos interesses nacionais, a deportação far-se-á independentemente da fixação do prazo de que trata o caput deste artigo.

após a notificação e o pagamento de uma multa. Se descumprido o prazo desta saída voluntária, o Departamento de Polícia Federal pode promover a imediata deportação da pessoa em situação irregular.

O Estatuto do Estrangeiro prevê ainda a possibilidade de realizar prisões administrativas para que se garanta a deportação. O período de aprisionamento, como instituído por lei, é de sessenta dias passíveis de prorrogação por igual período³⁹.

Embora prevista em lei, a detenção administrativa é considerada inconstitucional, pois incompatível com a Constituição de 1989. Assim, a prisão para fins de deportação deve ser precedida de ordem judicial.

Embora a prática de deportação forçada raramente ocorra⁴⁰, a sua previsão persiste enquanto uma ameaça para aqueles que se encontram em situação irregular, que por vezes deixam de denunciar crimes do qual são vítimas em razão do temor da deportação, que depende muito mais das forças executoras dos agentes migratórios, do que da solidez legal.

Nesse contexto, a possibilidade de deportação por qualquer Policial Federal que tome conhecimento do não cumprimento da notificação de saída voluntária determina uma lacuna de proteção aos imigrantes em situação irregular. O mais claro exemplo se materializa na figura dos imigrantes irregulares que se tornam fáceis alvos de contratações ilegais que os retêm sob condições de trabalho análogo à escravidão, e que não dispõem de figura jurídica para recorrer, posta a ameaça de deportação.

Conforme amplamente noticiado na mídia nacional, em fevereiro de 2013, 13 trabalhadores paraguaios resgatados da escravidão no estado do Paraná foram notificados pela Polícia Federal a deixar o país em três dias sob ameaça de deportação⁴¹. A prática se repetiu em outubro de 2014, quando, após a libertação de quinze bolivianos que trabalhavam como escravos em uma oficina de costura em Itaquera, na Zona Leste de São Paulo, o Policial Militar que comandou a operação afirmou que os que estivessem em situação irregular poderiam ser deportados⁴².

Outro exemplo cotidiano e igualmente alarmante, a violência doméstica contra mulheres, torna-se ainda mais grave quando deferida a uma imigrante em situação irregular. Isso porque, a despeito do arcabouço de proteção dos direitos da mulher, como a Lei Maria da Penha, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discrimi-

³⁹ Lei n. 6.815, de 1980. Art. 61. O estrangeiro, enquanto não se efetivar a deportação, poderá ser recolhido à prisão por ordem do Ministro da Justiça, pelo prazo de sessenta dias. Parágrafo único. Sempre que não for possível, dentro do prazo previsto neste artigo, determinar-se a identidade do deportando ou obter-se documento de viagem para promover a sua retirada, a prisão poderá ser prorrogada por igual período, findo o qual será ele posto em liberdade, aplicando-se o disposto no artigo 73.

⁴⁰ Informação prestada pela Defensora Pública da União em São Paulo, Fabiana Severo.

⁴¹ Repórter Brasil. Após libertação, paraguaios escravizados são obrigados a deixar o país, 04 mar. 2013. Disponível em: <http://reporterbrasil.org.br/2013/03/apos-libertacao-paraguaios-escravizados-sao-obrigados-a-deixar-o-pais/>. Acesso em: 21 nov. 2014.

⁴² Repórter Brasil. Contrariando Resolução nacional, PM fala em deportação de bolivianos libertados de trabalho escravo, 17/10/2014. Disponível em: <http://reporterbrasil.org.br/2014/10/contrariando-resolucao-nacional-pm-fala-em-deportacao-de-bolivianos-libertados-de-trabalho-escravo/>. Acesso em: 21 nov. 2014.

nação contra a Mulher e a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher⁴³, em razão da ameaça de deportação, a possibilidade de deportação por vezes impede que mulheres estrangeiras em situação irregular no país denunciem seus algozes, seguindo omissa na proteção dessas mulheres.

b) Expulsão

O instituto que prevê a expulsão de um estrangeiro que se encontre em território brasileiro está disposto também na Lei 6.815, de 1980, artigos 65 e 75, bem como no Decreto 86.715, de 1981, artigos 100 a 109. A expulsão tem o seu propósito delimitado no artigo 65 da supracitada lei, o qual determina que:

É passível de expulsão o estrangeiro que, de qualquer forma, atentar contra a segurança nacional, a ordem política ou social, a tranquilidade ou moralidade pública e a economia popular, ou cujo procedimento o torne nocivo à conveniência e aos interesses nacionais.

No entanto, as causas que justificam a expulsão não se esgotam nestes termos, estando previstas, pois, diversas outras razões de fundo discricionário, como, por exemplo “entregar-se à vadiagem ou à mendicância”⁴⁴.

Nos termos da lei, a expulsão deve ser formalizada através de Decreto de competência exclusiva do Presidente da República, a quem cabe resolver sobre a conveniência e a oportunidade da expulsão e de sua revogação⁴⁵. Ao Ministro da Justiça compete instaurar inquérito, muitas vezes realizado de maneira sumária, inexistindo análise individualizada e pormenorizada do caso em questão.

O Estatuto do Estrangeiro determina ainda a competência do Ministro da Justiça para decretar, a qualquer momento, a prisão administrativa, por noventa dias, prorrogáveis por igual período, do estrangeiro em processo de expulsão, para que seja garantida a saída compulsória. Assim como ocorreu com a ordem de prisão para fins de deportação, o procedimento relativo ao aprisionamento para garantir a expulsão de um imigrante foi modificado para ter conformidade constitucional, devendo ser decretada por meio

⁴³ Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher: “a violência contra a mulher é uma ofensa à dignidade humana e uma manifestação de relações de poder historicamente desiguais entre mulheres e homens”, para então concluir que a “adoção de uma convenção para prevenir, punir e erradicar toda forma de violência contra a mulher, no âmbito da Organização dos Estados Americanos, constitui uma contribuição positiva para proteger os direitos da mulher e eliminar as situações de violência que possam afetá-las”.

⁴⁴ Lei 6815, de 1980. Art 65, parágrafo único: “É passível, também, de expulsão o estrangeiro que: a) praticar fraude a fim de obter a sua entrada ou permanência no Brasil; b) havendo entrado no território nacional com infração à lei, dele não se retirar no prazo que lhe for determinado para fazê-lo, não sendo aconselhável a deportação; c) entregar-se à vadiagem ou à mendicância; ou d) desrespeitar proibição especialmente prevista em lei para estrangeiro”.

⁴⁵ Lei 6815/80. Art 66, “Caberá exclusivamente ao Presidente da República resolver sobre a conveniência e a oportunidade da expulsão ou de sua revogação. Parágrafo único. A medida expulsória ou a sua revogação far-se-á por decreto”.

de ordem judicial. Neste sentido, atualmente, um delegado da Polícia Federal detém o estrangeiro e solicita, posteriormente, a ordem de prisão para um juiz.

No estado de São Paulo, a detenção de migrantes para fins de expulsão é feita na Unidade de Trânsito de Presos (UTP), antigo Núcleo de Custódia da Polícia Federal. O local é utilizado para o trânsito de presos provisórios e de presos decorrentes de ordem judicial para fins exclusivamente administrativos. Neste, os custodiados são mantidos em situação análoga à de regime fechado, segundo informações da própria Polícia Federal⁴⁶.

O Estatuto do Estrangeiro prevê ainda que, caso o processo de expulsão não seja concluído no prazo de seis meses, o imigrante preso deve ser posto em liberdade vigiada⁴⁷. Da mesma maneira, afirma que essa sanção alternativa pode ser aplicada também para casos em que não se considere necessário o aprisionamento.

Apesar de prevista, as sanções alternativas raramente são utilizadas, a despeito da desproporcionalidade, da discricionariedade e da ausência de justificativa que permeia a detenção de estrangeiros para fins de expulsão. Conforme disposto em Ação Civil Pública do Ministério Público Federal em São Paulo, “apesar de estar prevista na lei, a prisão cautelar do estrangeiro, para fins de expulsão, deve ser adotada como medida excepcionalíssima. Contudo a PF tem requerido tal prisão à Justiça Federal, de forma indiscriminada e ordinária, em praticamente todos os casos”⁴⁸.

É perceptível a extensão da problemática que se materializa quando abordada a prisão para fins de expulsão. Primeiramente, deve-se considerar que essa modalidade de prisão tem finalidade administrativa, possibilidade essa que inexistente no atual ordenamento jurídico brasileiro. Em segundo momento, percebe-se a limitação ao direito de defesa e do devido processo legal, ao passo que a Defensoria Pública da União nem sempre é intimada quando das prisões para fins de expulsão, impedindo a impetração de habeas corpus.

Para além dessas problemáticas técnicas, está uma questão reflexiva e humanitária. A saber: se, em tese, o termo final da pena é a efetivação da expulsão, esta poderia prontamente ser efetivada, sem que haja necessidade de um período de detenção administrativa, tornando a sanção desnecessária e desproporcional. Referido questionamento foi realizado em Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público Federal em São Paulo, que examina a falta de planejamento e eficiência do Departamento de Polícia

⁴⁶ Informação obtida por meio do ofício 71713-14-UTP/DREX/SR/DPF/SP, de 6 de agosto de 2014 enviado à Defensoria Pública da União em São Paulo.

⁴⁷ Lei 6.815, de 1980, Art. 73. O estrangeiro, cuja prisão não se torne necessária, ou que tenha o prazo desta vencido, permanecerá em liberdade vigiada, em lugar designado pelo Ministério da Justiça, e guardará as normas de comportamento que lhe forem estabelecidas. Parágrafo único. Descumprida qualquer das normas fixadas de conformidade com o disposto neste artigo ou no seguinte, o Ministro da Justiça, a qualquer tempo, poderá determinar a prisão administrativa do estrangeiro, cujo prazo não excederá a 90 (noventa) dias.

⁴⁸ Ministério Público Federal, Ação Civil Pública 0015805.16.2014.4.03.6100, proposta em 1º de setembro de 2014. Disponível em: <http://www.prsp.mpf.mp.br/prdc/sala-de-imprensa/noticias_prdc/0015805.16.2014.4.03.6100%20inicial.pdf>. Acesso em: 22 ago. 2015.

Federal para efetivar a expulsão de presos estrangeiros condenados à pena privativa de liberdade no Brasil, o que causa lesões a direitos fundamentais como a liberdade e a dignidade da pessoa humana.

A lentidão da PF em executar atos burocráticos relativos ao procedimento de expulsão transformou em rotina o pedido de prisão administrativa dos estrangeiros, fazendo com que eles permaneçam encarcerados por mais três meses após o cumprimento da pena à qual foram condenados⁴⁹.

Ainda que se admita a prisão, em casos de haver entraves para a efetivação do afastamento, medidas alternativas, como previsto pelo Estatuto, podem ser consideradas mais cabíveis, já que aqui não há bens jurídicos suficientemente lesados que justifiquem a maior cessação da liberdade.

Adverte-se, portanto, a natureza punitiva do instituto da expulsão, em que impõe uma interpretação restrita no que tange aos princípios publicísticos da legalidade e da amplitude de direito⁵⁰, sendo ele um instituto provido de maneira sancionatória e discricionária⁵¹ por parte da autoridade administrativa. Afirma-se, pois, que visando reduzir a elasticidade da sua aplicação, bem como a discricionariedade do seu caráter, há de se instaurar um novo marco regulatório, que possua um mínimo grau de observância aos princípios dos direitos humanos⁵².

Conclusão

No atual panorama internacional, em que a vertiginosa aceleração dos deslocamentos humanos faz com que uma em cada 33 pessoas viva, atualmente, num país diverso do qual nasceu⁵³, é lamentosa a persistência da lógica de segurança nacional e da ordem pública no cerne da política migratória nacional.

A realidade brasileira hoje se ressalta em muitos pontos de maneira positiva ao se opor ao recrudescimento da política restritiva de imigração comum aos países mais desenvolvidos. A despeito disso, recai sobre a discricionariedade punitiva que criminaliza e desestabiliza muitos dos seus migrantes – em sua maioria indivíduos que sofrem transversalmente de outras diversas violações dos seus direitos mais básicos. No entanto, apesar das contradições internas da retórica estatal e das suas ações cotidianas, bem como das desarmonias jurídicas encontradas na coexistência de leis dissidentes da Constituição Federal, cada vez mais pessoas das mais diversas partes escolhem o Brasil enquanto destino migratório.

⁴⁹ JusBrasil. MPF/SP requer controle sobre a previsão de término de penas de estrangeiros presos. Disponível em: <<http://pgr.jusbrasil.com.br/noticias/147344480/mpf-sp-requer-controle-sobre-a-previsao-de-termino-de-penas-de-estrangeiros-presos>. Acesso em: 21 nov. 2014>.

⁵⁰ CAHALI, Yussef Said. Estatuto do Estrangeiro. São Paulo: Saraiva, 1983, p. 236-237.

⁵¹ CARVALHO, Dardeau. A Situação Jurídica do Estrangeiro no Brasil. São Paulo: Sugestões Literárias, 1976, p. 113.

⁵² Idem, *Ibidem*.

⁵³ Estatística disponível em: www.iom.int. Acesso em: 26 ago. 2015.

E continuarão a escolher. Para além das condições de vida, das crises ou desastres que motivam as migrações, elas são, senão, um direito do ser humano, e transcendem as adversidades. É nesta afirmação que se solidifica a necessidade de modificação do prisma legal que desenha, atualmente, a política migratória brasileira.

Cunhado nas égides da ditadura militar brasileira, o atual paradigma se permite à falsa noção do “imigrante ilegal”, que acaba por equivocadamente sancionar detenções por meio de arranjos jurídicos insustentáveis. Tais sanções, como exposto anteriormente, não se limitam a violar a liberdade dos indivíduos, senão possibilitam o encadeamento de outras violações, ao relegar imigrantes ao limbo jurídico da desassistência estatal.

É necessário, portanto, compreender que a migração é um direito inerente ao ser humano, e que indivíduo algum é ilegal. Neste sentido, é importante retirar a dinâmica migratória também da esfera do trabalho e compreendê-la de maneira plurifacetada. Aos imigrantes e refugiados cabe a regularização e a integração nas suas mais diversas figuras – social, cultural, política e econômica – visando à amenização da sua condição quase inata de vulnerável.

Nesse contexto, fundamental para solucionar as discordâncias jurídicas que permitam as detenções injustificáveis e questionáveis – jurídica e humanamente – está a aprovação de nova legislação que tenha como enfoque a garantia dos direitos humanos das pessoas migrantes, a não criminalização das migrações, bem como o estabelecimento de procedimentos de regularização migratória célere, efetivo e transparente.

Assim mesmo, considerando o enfoque securitário adotado pela Polícia Federal, atual autoridade migratória responsável por processar pedidos de refúgio ou de regularização migratória, a sociedade civil tem demandado a criação de “instituição nacional autônoma, com um corpo profissional permanente e especializado e mecanismos de supervisão e controle social, responsável pela aplicação da lei”⁵⁴.

Com o objetivo de apresentar uma proposta para a nova Lei de Migração, o Ministério da Justiça, por meio da Portaria 2.162, de 2013, criou uma Comissão de Especialistas, a qual elaborou um Anteprojeto que introduz uma perspectiva dos direitos humanos que sustenta a regularização, a integração e o respeito à condição humana dos migrantes e dos refugiados brasileiros⁵⁵. Após ser entregue ao Ministro da Justiça pela Comissão na forma de Anteprojeto de Lei⁵⁶ no final de agosto de 2014, este aguarda encaminhamento ao Congresso Nacional.

Paralelamente, frente à retomada das discussões sobre uma nova lei em substituição ao Estatuto do Estrangeiro, foi aprovado o Projeto de Lei do Senado nº 288, de

⁵⁴ Carta aberta de apoio à mudança da lei atual sobre migrações, 16 de outubro de 2014. Disponível em: <http://www.conectas.org/arquivos/editor/files/Atualizada_CARTA%20ABERTA%20DE%20APOIO%20A%20MUDAN%C3%87A%20DA%20LEI%20ATUAL%20SOBRE%20MIGRA%C3%87C3%95ES.pdf>. Acesso em: 28 nov. 2014.

⁵⁵ Conjur. Lei de migrações propõe acabar com legado da ditadura sobre o tema. 04/09/2014, disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-set-04/lei-migracoes-propoe-acabar-legado-ditadura-tema>>. Acesso em: 22 ago. 2015.

⁵⁶ Anteprojeto de Lei de Migrações e Promoção dos Direitos dos Migrantes no Brasil. Disponível em: <<http://library.fes.de/pdf-files/bueros/brasilien/10947.pdf>>. Acesso em: 26 ago. 2015.

2013⁵⁷, de autoria do Senador Aloysio Nunes.

A versão final do PLS 288, de 2013⁵⁸ abarcou importantes dispositivos do Anteprojeto de Lei elaborado pela mencionada Comissão de Especialistas. Aprovada pela Comissão de Relações Exteriores do Senado em 2 de julho de 2015⁵⁹, o Projeto de Lei foi enviado à Câmara dos Deputados, onde agora tramita como PL 2.516/2015⁶⁰.

Apesar de representar grande avanço na proteção de direitos humanos em relação ao Estatuto do Estrangeiro vigente, o Projeto de Lei para a nova Lei de Migração perde a oportunidade de estabelecer limites às detenções nos pontos de ingresso – fronteiras, portos e aeroportos – e fixar parâmetros para o acesso a procedimentos de regularização migratória, ou identificação de pessoas em necessidade de proteção internacional⁶¹.

Assim mesmo, o projeto de lei é omissivo no que diz respeito à prisão de natureza cível para fins de expulsão e deportação, o que pode significar um retrocesso caso seja mantida a possibilidade de prisão, mas sem a previsão de prazo máximo⁶².

Ainda que demande reformas, o Projeto de Lei aprovado no Senado traz importantes avanços para o deslocamento do panorama securitário perante a mobilidade humana, uma vez que, entre outras iniciativas, prevê o repúdio à xenofobia, ao racismo e à discriminação, não criminaliza a imigração, aborda a regularização migratória com fundamento na acolhida humanitária, prevê a igualdade de direitos com brasileiros no acesso a serviços públicos e direitos sociais e apresenta o direito à unidade familiar.

Esta modificação de paradigma deve ser compreendida enquanto uma dívida histórica brasileira com a sua população, constituída principalmente por imigrantes, e deve ser compreendida principalmente como uma vitória da mobilização popular e da sociedade civil, que há anos pressionam o Estado brasileiro em direção a essa mudança. Neste sentido, torna-se notável a participação social e popular na construção da nova lei de migração quando da realização, em maio de 2014, da I Conferência Nacional sobre Migração e Asilo no Brasil (COMIGRAR), sob os cuidados do Ministério de Justiça. Esse diálogo nacional compreendeu um processo de consulta popular, o qual legitimou a necessidade de uma nova lei migratória. Ademais, foi objetivo primordial dos participantes e delegados da COMIGRAR criar novos mecanismos complementares que garantam a proteção humanitária no Brasil⁶³.

⁵⁷ PROJETO DE LEI 288, DE 2013 DO SENADO FEDERAL. Disponível em < www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=132518&tp=1>. Acesso em: 26 ago. 2015.

⁵⁸ Idem.

⁵⁹ CONECTAS DIREITOS HUMANOS. Migrar é um direito. 13 de agosto de 2015. Disponível em: www.conectas.org/pt/acoes/politica-externa/noticia/40244-migrar-e-um-direito. Acesso em: 26 ago. 2015.

⁶⁰ PROJETO DE LEI 2.516, de /2015. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1366741&filename=PL+2516/2015>. Acesso em: 26 ago. 2015.

⁶¹ Fabiana Galera Severo, Nova Lei de Migração traz avanços aos direitos humanos, mas pode ser aprimorada. 16/08/2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-16/fabiana-severo-lei-migracao-ainda-aprimorada>>. Acesso em: 26 ago. 2015.

⁶² Para mais informações: Fabiana Galera Severo, Nova Lei de Migração traz avanços aos direitos humanos, mas pode ser aprimorada. 16 de agosto de 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-16/fabiana-severo-lei-migracao-ainda-aprimorada>>. Acesso em: 26 ago. 2015.

⁶³ Estima-se que a COMIGRAR foi realizada com a presença de 800 pessoas de 27 países diferentes, dentre

Neste momento, anseia-se que haja, por parte da Câmara dos Deputados do Brasil, o devido esforço para que seja dado seguimento ao Projeto de Lei, mantendo-se os avanços e aprimorando-se pontos de retrocesso, omissos ou contraditórios. A apreciação da Nova Lei de Migração significaria uma regularização dos fluxos migratórios de forma a proteger os direitos humanos dos migrantes no país, visando destacadamente brindar-lhes proteção frente às conseqüentes e frequentes práticas abusivas advindas da condição migratória irregular a que muitas vezes estão limitados. O desafio que se ergue perante a Câmara é, pois, de em uma época de desastres em termos de políticas migratórias e respostas humanitárias no mundo, possibilitar ao Brasil a harmonização do seu posicionamento internacional e da sua retórica estatal, com o seu corpo legislativo.

Referências

ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA REFUGIADOS (ACNUR). Nota de Orientação sobre extradição e proteção internacional de refugiados. ACNUR. Genebra, 2008.

ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA REFUGIADOS (ACNUR). Diretrizes sobre Proteção Internacional nº 8. 22 de dezembro de 2009. Disponível em: <www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=521c54e64>.

BARAUDI, Camila. Cidadania, migrações e integração regional - notas sobre o Brasil, o Mercosul e a União Europeia. São Paulo. Wordpress. Abril 2011. Disponível em: <<http://educarparaomundo.files.wordpress.com/2011/07/baraldi-abri-2011.pdf>>.

CAHALI, Yussef Said. Estatuto do Estrangeiro. São Paulo: Saraiva, 1983.

CARVALHO, Dardeau. A Situação Jurídica do Estrangeiro no Brasil. São Paulo: Sugestões Literárias, 1976

DELMAS-MARTY, Mireille. Libertés et sûreté dans um monde dangereux. Paris: Seuil, 2010.

FILHO, José Francisco Sieber Luz. Non-refoulement: breves considerações sobre o limite jurídico à saída compulsória do refugiado. In: ARAUJO, Nadia de; ALMEIDA, Guilherme Assis de. O Direito Internacional dos Refugiados: uma perspectiva brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

LAUTERPACHT, Elihu; BETHLEHEM, Daniel. The Scope and Content of the Principle of Non-Refoulement: Opinion, in Refugee Protection in International Law. UNHCR Global Consultations on International Protection. 2003.

MILESI, Rosita. Políticas Públicas para as migrações internacionais: migrantes e refu-

elas funcionários do governo, de organizações internacionais, de representantes da sociedade civil, acadêmicos, imigrantes, refugiados, bem como apátridas. Representantes de Agências das Nações Unidas, como ACNUR, ILO, PNUD, OIM e UNODC, também estiveram presentes no evento.

giados. Brasília, 2013.

MILESI, Rosita; UCHOA, Virgílio Leite. Migrantes: uma questão de direitos humanos. Os fundamentos de uma nova agenda dos migrantes. Outubro de 2001. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sos/migrantes/migrantes.html>>. Acesso em: 22 ago. 2015.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, COMISSÃO DE ANISTIA. A anistia na era da responsabilização: o Brasil em perspectiva internacional e comparada. Oxford: Oxford University, Latin American Centre, Brasília. 2011.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL PARA AS MIGRAÇÕES (OIM). Migración irregular y flujos migratorios mixtos: Enfoque de la OIM. MC/INF/207. 19 de outubro de 2009.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e Justiça Internacional. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

RAMOS, André de Carvalho. O Diálogo das Cortes: O Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: AMARAL JUNIOR, Alberto do; JUBILUT, Liliana Lyra (Org.). O STF e o Direito Internacional dos Direitos Humanos. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

_____. Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

SEVERO, Fabiana Galera. Nova Lei de Migração traz avanços aos direitos humanos, mas pode ser aprimorada. 16 de agosto de 2015. Disponível em <www.conjur.com.br/2015-ago-16/fabiana-severo-lei-migracao-ainda-aprimorada>.

SICILIANO, André Luiz. A Política Migratória Brasileira: limites e desafios. Instituto de Relações Internacionais da Universidade de São Paulo. Abril de 2013. Disponível em: <http://www.iri.usp.br/documentos/defesa_12-04-19_Andre_Luiz_Siciliano.pdf>. Acesso em: 22 ago. 2015.

VENTURA, Deisy; ILLES, Paulo. Estatuto do estrangeiro ou lei de imigração? São Paulo: Wordpress, 2010.

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL N. 101, DE 2012, E A POLÊMICA DA IMPORTAÇÃO DE PNEUS USADOS

Juliana Gerent¹

Introdução

O caso da importação de pneus usados teve repercussão em três jurisdições distintas: a regional, a internacional, e a nacional.

O problema da importação de pneus usados iniciou com a controvérsia provocada pelo Uruguai perante um Tribunal Arbitral ad hoc, com base nas regras jurídicas e comerciais do Mercosul. Em seguida, a mesma problemática foi analisada pelo Órgão de Solução de Controvérsia da Organização Mundial do Comércio (OMC), dessa vez provocada pela União Europeia. Embora o caso fosse o mesmo em ambas as searas internacionais, o fundamento de defesa do Brasil foi distinto em cada uma delas, razão pela qual o Tribunal Arbitral do Mercosul e a OMC deram respostas contraditórias.

Visando dar cumprimento ao estabelecido pelo Órgão de Apelação (OAp) da OMC, o Presidente da República propôs a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) perante o Supremo Tribunal Federal (STF), a fim de solucionar, em definitivo, o problema da importação de pneus usados.

Dessa forma, para compreender a ADPF n.101, de 2009, nos dois primeiros tópicos faz-se uma breve descrição do caso no âmbito regional e internacional para, em seguida, apresentar o relatório do que ocorreu no STF e o voto da Ministra Relatora.

Os dois últimos tópicos tratam, especificamente, dos dois preceitos fundamentais argumentados na ADPF que foram violados, o direito à saúde e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

1. Análise do Caso: âmbitos regional e internacional

No âmbito regional, foi instituído um Tribunal Arbitral ad hoc para analisar o pedido feito pelo Uruguai relativo à Portaria n. 8 da Secretaria de Comércio Exterior (Secex) de 2000 editada pelo Brasil que proibia a importação de pneus usados²

¹ Doutoranda em Direito Ambiental Internacional na Universidade Católica de Santos/Unisantos. Bolsista da Capes no Programa Doutorado sanduíche na Universidad de Valencia - Espanha. Integrante dos Grupos de Pesquisa Direitos Humanos e Vulnerabilidades, coordenado pela Prof^a Liliana Jubilit; Direito Marítimo, coordenado pela profa. Eliane M. Octaviano. Email: jgerent@gmail.com

² O termo “pneu usado” pode ser utilizado para pneu inservível (apresenta danos irreparáveis em sua estrutura, que não serve nem para recapagem, nem recauchutagem, tampouco remoldagem), para pneu reformado (submetido a processo de recapagem e remoldagem). (Arguição de Descumprimento de Preceito

provenientes do Uruguai³.

Tendo o Tribunal Arbitral ad hoc decidido que aquela Portaria é contrária ao ordenamento jurídico do Mercosul, de assegurar o livre-comércio entre os países do bloco, determinou que o Brasil alterasse a legislação nacional a fim de adequá-la à legislação do Mercosul⁴.

Em 2004, o Brasil adaptou a Portaria n. 8, de 2000 Secex, que proibia a importação de pneus usados diante da decisão prolatada pelo Tribunal Arbitral ad hoc do Mercosul. Assim, a nova Portaria n. 14, de 2004, traz expressamente no seu art.40: “Não será deferida licença de importação de pneumáticos recauchutados e usados, seja como matéria-prima, (...), à exceção dos pneumáticos remoldados, (...), originários e procedentes dos Estados Partes do Mercosul”.

No âmbito global, a Comunidade Europeia apresentou queixa contra o Brasil perante a OMC em 2003 contra a proibição da importação de pneus usados imposta pelo Estado brasileiro, acarretando obstáculos ao livre-comércio entre os países e, por isso, foi considerada discriminatória⁵.

O Brasil alegou que aquela proibição estava justificada na devida proteção da saúde, da vida humana, dos animais e à preservação da flora, baseando-se no artigo XX, alínea “b” do General Agreement on Tariffs and Trade (GATT) que permite exceções ao princípio de não discriminação⁷ prevista no art.1º do GATT⁸.

O Relatório do Painel foi distribuído no dia 12 de junho de 2007 e os painelistas concluíram que a proibição imposta pelo Brasil de importar pneus usados tinha respaldo no artigo XX, “b” do GATT. Quanto à decisão dada pelo Tribunal Arbitral ad hoc do Mercosul, que determinou que o Brasil revogasse a proibição daqueles produtos de países pertencentes ao bloco, os painelistas entenderam que não caracterizava discriminação injustificável entre os países, uma vez que o volume daquelas importações provenientes do Mercosul não era considerável. Por outro lado, era grande o volume de importação de pneus usados dos países da União Europeia, e sendo tal importação

Fundamental 101. Supremo Tribunal Federal, fl. 13. Publicação 04.06.2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=629955>>. Acesso em: 09 abr. 2014). Dora-vante será utilizado somente o termo “pneu usado”.

³ SAVIO, Adriana Macena S. O caso dos pneus perante a OMC e o Mercosul. In: Univ. Rel. Int., Brasília, v. 9, n. 1, p. 356, jan-jun., 2011. Disponível em: <<http://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/index.php/relacoesinternacionais/article/viewFile/1361/1343>>. Acesso em: 09 abr. 2014.

⁴ Idem, p. 357.

⁵ Idem, p. 359.

⁶ Acordo Geral de Tarifas e Comércio.

⁷ “O princípio da não discriminação, também considerado como requisito essencial e pedra angular do sistema multilateral de comércio da OMC, implica a obrigação de não tratar de modo menos favorável quaisquer membros em relação ao tratamento oferecido aos demais, ou seja, não fazer distinção entre parceiros membros da organização. (SILVA, Alice Rocha da. A Cláusula da Nação Mais Favorecida da OMC e a Proliferação dos Acordos Comerciais Bilaterais. Dissertação (Mestrado) – Centro Universitário de Brasília. Brasília, 2006, p.42. Disponível em: <<http://repositorio.uniceub.br/bitstream/123456789/3549/3/AliceRocha.pdf>>. Acesso em: 10 abr. 2014.

⁸ SAVIO, Adriana Macena S. Op, cit, p. 360

obtida por meio de liminares judiciais, restava caracterizada restrição disfarçada ao comércio, não justificável de acordo com o art. XX do GATT.⁹

A União Europeia recorreu ao Órgão de Apelação (OAp) que distribuiu seu relatório no dia 03 de dezembro de 2007, tendo sido adotada pelo Órgão de Solução de Controvérsia da OMC¹⁰.

O OAp confirmou o relatório do Painel quanto à proibição da importação de pneus usados estar baseada no artigo XX, “b” do GATT, revogando as disposições do relatório do Painel que reconheceram como restrição disfarçada ao comércio as importações ocorridas sob o manto de liminares concedidas pelos tribunais brasileiros e aquelas advindas dos países do Mercosul, mas determinou que o Brasil desse efetividade às suas normas internas¹¹.

Na fase de execução do relatório o Brasil informou que iria cumprir as recomendações feitas pela OMC para cassar as liminares judiciais que autorizavam as importações de pneus usados. E quanto à importação proveniente de países do Mercosul, o Brasil diminuiria a cota de permissão de entrada daqueles produtos.¹²

2. Relatório do Caso e Voto da Ministra Relatora

A ADPF foi proposta pelo Presidente da República no STF com fundamento nos artigos 102, §1º¹³ e 103, I¹⁴ da Constituição Federal (CF) e art.2º, I da Lei 9.882, de 1999¹⁵, visando evitar e reparar lesão a preceito fundamental decorrente de ato do Poder Público, presente em decisões judiciais que violavam os dispostos constitucionais dos

⁹ GERENT, Juliana; REI, Fernando. Organização Mundial do Comércio e as Questões Ambientais. Revista de Direitos Difusos, v. 57-58, p. 185-213, 2012.

¹⁰ A solução de controvérsias na OMC é marcada por dois órgãos, um jurisdicional, representado pelos painéis e pelo Órgão de Apelação e outro político, representado pelo Órgão de Solução de Controvérsia, que “reúne todos os membros da OMC para o exercício da função de administrar o sistema e tomar decisões juridicamente obrigatórias”, razão pela qual todas as decisões dos painéis e do Órgão de Apelação devem ser aprovados pelo OSC, que adota a regra do consenso invertido, ou seja, “o relatório só não será aprovado se todos os membros assim decidirem.” AMARAL JUNIOR, Alberto do. Introdução ao Direito Internacional Público. São Paulo: Atlas, 2008, p. 106

¹¹ GERENT, Juliana; REI, Fernando. Op. cit., p.185-213.

¹² Resolução n.01 Camex de 13.01.2009: “[...] as indústrias de pneumáticos recauchutados poderão importar 166.000 pneus por ano”. Disponível em: <<http://www.camex.gov.br/legislacao/interna/id/435>>. Acesso em: 09 abr. 2009.

¹³ “Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei”.

¹⁴ Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: o Presidente da República.

¹⁵ “Podem propor arguição de descumprimento de preceito fundamental: os legitimados para ação direta de inconstitucionalidade”.

artigos 225¹⁶ e 196¹⁷. A ação foi julgada, por 8 votos a 1, parcialmente procedente no dia 24 de junho de 2009¹⁸.

O Arguente alega que as diversas decisões judiciais proferidas contrariavam Portarias do Departamento de Operações de Comércio Exterior (Decex) e da Secretaria de Comércio Exterior (Secex), Resoluções do Conselho Nacional do Meio Ambiente (Conama) e Decretos Federais que proibiam a importação de bens de consumo usados que, no caso desta ADPF, referiam-se a pneus usados, dentre outros documentos normativos¹⁹.

O Arguente ainda fundamentou seu posicionamento na afronta à Convenção da Basileia sobre o Controle de Movimentos Transfronteiriços de Resíduos Perigosos e seu Depósito, de 1989²⁰.

Com relação a esse documento internacional, Juste Ruiz assegura que ele foi elaborado em resposta ao fenômeno conhecido como “exportación de (los riesgos de) la contaminación”, que se trata de “la exportación a otro país, o a zonas situadas más allá de la jurisdicción nacional, de las propias fuentes o riesgos de contaminación”. Assim ocorria que muitos países exportavam seus produtos perigosos a outros com legislação menos exigente, com pouco conhecimento a respeito dos riscos de danos graves que aqueles produtos poderiam ocasionar ao meio ambiente e à saúde humana ou, ainda, países com pouca vigilância e controle²¹.

Também fundamentou na Convenção de Roterdã sobre o Procedimento de Consentimento Prévio Informado (PIC) Aplicado a Certos Agrotóxicos e Substâncias Químicas Perigosas Objeto de Comércio Internacional de 1998, o qual o Brasil ratificou²² e que permite aos países signatários deliberarem sobre quais produtos químicos perigosos poderão ser importados em seu território e quais serão proibidos por apresentarem riscos ao meio ambiente e à saúde humana²³.

¹⁶ “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

¹⁷ “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

¹⁸ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 101, fl. 09 e 10. Supremo Tribunal Federal. Publicação 04.06.2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=629955>>. Acesso em: 09 abr. 2014.

¹⁹ Idem, p. 10

²⁰ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 101, fl. 10. Supremo Tribunal Federal. Publicação 04.06.2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=629955>>. Acesso em: 09 abr. 2014.

²¹ RUIZ, Jose Juste; DAUDÍ, Mireya Castillo. La Protección del Medio Ambiente en el Ámbito Internacional y en la Unión Europea. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014, p. 14-15. Tradução livre: “exportação dos riscos de contaminação, (...) a exportação a outro país, ou a zonas situadas além da jurisdição nacional, das próprias fontes ou riscos de contaminação”.

²² Entrou em vigor com o Decreto n. 5.360, de 2005.

²³ Disponível em: <http://www.mma.gov.br/estruturas/smcq_seguranca/_arquivos/roterd_texto_143.pdf>. Acesso em: 11 abr. 2014.

Por fim, e ainda referente aos documentos internacionais, o Arguente fundamentou na Convenção de Estocolmo sobre Poluentes Orgânicos Persistentes (POPs) que entrou em vigor em 2004²⁴, tendo como objetivo impor às Partes signatárias obrigações de adotarem medidas de controle com relação às etapas de produção de substâncias classificadas como poluentes orgânicos persistentes (POPs), isto é, que sejam obrigadas a controlar a produção, a importação, a exportação, a disposição e o uso daquelas substâncias.

De acordo com o Arguente, as decisões judiciais que violavam os diplomas normativos causavam sérios danos ao meio ambiente, visto que em 2005 foram importados aproximadamente 12 milhões de pneus usados, em 2006 foram 5 milhões, todos com autorização judicial²⁵.

A União Europeia questionou o Brasil perante a OMC a respeito das autorizações judiciais para pneus usados como matéria-prima e a barreira comercial imposta à importação desses produtos²⁶.

A OMC não deu razão à Comunidade Europeia, mas determinou que se comprovasse a eficácia da legislação brasileira em proibir a importação de pneus usados. Caso contrário, o Brasil seria obrigado a receber, via importação, aqueles produtos daquele bloco econômico, que detém um passivo de pneus usados na ordem de 2 a 3 bilhões de unidades, além de abrir a oportunidade de recebê-los do mundo inteiro, inclusive dos Estados Unidos, que também possuem um número aproximado de 3 bilhões de pneus usados²⁷.

Para o Arguente não havia outra possibilidade a não ser a proibição da importação de pneus usados para proteger a saúde pública e a proteção do meio ambiente, uma vez que:

- a) os elementos que compõem os pneus, dando-lhes durabilidade, é responsável (sic) pela demora na sua decomposição quando descartado em aterros; b) a dificuldade de seu armazenamento impele a sua queima, o que libera substâncias tóxicas e cancerígenas no ar; c) quando compactados inteiros, os pneus tendem a voltar à sua forma original e retornam à superfície, ocupando espaços que são escassos e de grande valia, em especial nas grandes cidades; d) pneus inservíveis e descartados a céu aberto são criadouros de insetos e outros transmissores de doenças; e) o alto índice calorífico dos pneus, interessante para as indústrias cimenteiras, quando queimados a céu aberto se tornam

²⁴ O Brasil ratificou a Convenção em 16 de junho de 2004 e o Decreto n.5472/05 promulgou o texto da Convenção.

²⁵ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 101, p. 11. Supremo Tribunal Federal. Publicação 04.06.2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=629955>>. Acesso em: 09 abr. 2014.

²⁶ Idem, p. 11

²⁷ Idem, p. 12

focos de incêndio difíceis de extinguir, podendo durar dias, meses e até anos²⁸.

Além disso, de acordo com o Arguente, o Brasil gera, por ano e sem calcular os valores de importação, cerca de 40 milhões de unidades de pneus usados os quais precisam de destinação adequada a fim de prevenir danos ambientais, e existem atualmente no país mais de 100 milhões de pneus abandonados esperando uma destinação econômica e ambientalmente sustentável e recomendável²⁹.

O Arguente ainda salientou que a importação de pneus usados tem a indisfarçada finalidade de solucionar o grande número de pneus velhos produzidos todo ano pela Comunidade Europeia (cerca de 80 milhões de unidades), disso decorre o contencioso por ela provocado contra o Brasil perante a OMC³⁰.

Após o relatório a Ministra Relatora Cármen Lúcia fundamentou seu voto.

Várias decisões de diversos tribunais estariam, segundo argumentou o Presidente da República na ADPF, descumprindo os preceitos fundamentais presentes, principalmente, nos artigos 196 e 225 da CF, ao garantir aos autores das ações a importação de pneus usados e remoldados³¹.

O Arguente assegurou ser de suma importância para o Brasil o respeito às normas que proíbem a importação de pneus usados a fim de garantir a saúde pública e a preservação ambiental, uma vez que: 1) não há meios seguros de eliminar os resíduos provenientes dos pneus que não coloque em risco o meio ambiente; 2) a incineração, que é o método mais aceito e utilizado no momento, produz gases tóxicos que colocam em risco de dano significativo a saúde humana e o meio ambiente; 3) o Brasil não admite o aterro de pneus como método de eliminação de resíduos ambientalmente adequados, tampouco a União Europeia, isso porque esse método liberaria resíduos tóxicos e líquidos, bem como cinzas tóxicas que são prejudiciais ao meio ambiente e à saúde pública; 4) o acúmulo de pneus ao ar livre com frequência causa incêndios que liberam gases tóxicos muitas vezes cancerígenos, além de serem criadouros para mosquitos transmissores de doenças como dengue, malária e febre amarela³².

A ADPF foi proposta porque os diversos juízes, dos diversos graus de jurisdição, ao concederem liminares autorizando a importação de pneus usados descumpriram os preceitos fundamentais previstos, principalmente, nos artigos 196 e 225 da CF.

A CF, ao reconhecer o direito à saúde como direito social fundamental, exige “do Estado ações positivas para assegurá-lo e dotá-lo de eficácia plena”³³.

²⁸ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 101, p. 05. Supremo Tribunal Federal. Publicação 04.06.2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=629955>>. Acesso em: 09 abr. 2014.

²⁹ Idem, p. 13

³⁰ Idem, p. 13

³¹ Idem, p. 16

³² Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 101, p. 17. Supremo Tribunal Federal. Publicação 04.06.2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=629955>>. Acesso em: 09 abr. 2014.

³³ Idem, p. 102

Esse entendimento já foi corroborado pelo próprio STF em um Agravo Regimental que segue:

o direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (e que) o caráter programático da regra inscrita no art.196 da Constituição da República – que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro – não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado³⁴.

Diante disso, a Ministra Relatora Cármen Lúcia votou parcialmente procedente a ADPF, declarando válidas constitucionalmente as normas infraconstitucionais que se referem à proibição de bens de consumo usados, principalmente pneus usados, excluindo alguns requeridos por ilegitimidade de parte³⁵.

3. Do Preceito Fundamental à Saúde

Assegurar o direito à saúde e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado a todas as pessoas assegura o próprio direito à vida, em outras palavras, os direitos humanos interligam-se e interagem entre si e todos fundamentam a dignidade humana³⁶.

O direito à vida é um direito fundamental inerente ao ser humano, conforme expressa o artigo 6(1) do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas³⁷. Esse direito é a base que sustenta todos os outros direitos humanos, sejam aqueles previstos no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, seja o direito ao meio ambiente sadio, o direito à paz. Consequentemente, os Estados têm a obrigação de prevenir danos ambientais que possam pôr em risco a saúde e a vida humana³⁸.

³⁴ Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 271.286, Relator Ministro Celso de Mello, Segunda Turma, DJ 24.11.2000

³⁵ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 101, p. 124. Supremo Tribunal Federal. Publicação 04.06.2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=629955>>. Acesso em: 09 abr. 2014.

³⁶ Nesse sentido ver: JUBILUT, Liliana Lyra. Os Pactos Internacionais de Direitos Humanos (1966). In: ALMEIDA, Guilherme de Assis; PERRONE-MOISÉS, Cláudia (coord.). Direito Internacional dos Direitos Humanos: instrumentos básicos, 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p.27.

³⁷ “O direito à vida é inerente à pessoa humana. Este direito deverá ser protegido pela lei. Ninguém poderá ser arbitrariamente privado da sua vida”.

³⁸ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Direitos Humanos e Meio Ambiente: paralelo dos sistemas de proteção internacional. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993, p.73

Do mesmo modo, na I Conferência Europeia sobre o Meio Ambiente e os Direitos Humanos, realizada em Estrasburgo em 1979, confirmou-se que as ameaças ao meio ambiente também acarretavam ameaças à vida do homem. Consequentemente, o direito a um meio-ambiente sadio garante “a própria vida humana sob dois aspectos, a saber, a existência física e saúde dos seres humanos, e a dignidade desta existência, a qualidade de vida que faz com que valha a pena viver”³⁹.

Nesse sentido, a ADPF analisada traduz muito bem a indivisibilidade entre o direito à saúde e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, um único comportamento de importar pneus usados coloca em risco aqueles dois direitos humanos e, com isso, a própria vida está ameaçada.

Especificamente quanto ao direito à vida, não apenas está previsto na CF no seu artigo 196, como um direito fundamental e um dever do Estado de promovê-lo mediante políticas públicas, como o preâmbulo da Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS) dá um sentido amplo a esse direito imaterial ao dispor que “a saúde é um estado de completo bem estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade”⁴⁰.

Nesse sentido, o conceito de saúde está além do que se possa pensar em uma simples ausência de doença. Tem saúde a pessoa que tem capacidade de satisfazer suas necessidades, quem tem higidez mental, que compreende a realidade em que vive, que habita um ambiente saudável.

E por ser um direito social, também é um direito programático, ou seja, depende de Políticas Públicas⁴¹ para sua garantia. Entretanto, no caso em análise, o simples cumprimento de leis nacionais e de tratados internacionais seria suficiente para prevenir graves ameaças à saúde de todos, visto que os pneus usados se incinerados geram gases tóxicos e cancerígenos e se deixados a céu aberto são focos de criadouros de doenças tropicais.

O Relatório da Assembleia Mundial da Saúde, de 2002, declarou que a proliferação do mosquito da dengue tem sido favorecida pelo comércio internacional de pneus, pois acumulam água de chuva e, com isso, atraem os mosquitos-fêmeas para ali depositarem seus ovos. E alertou que “O problema da saúde pública só vai piorar caso medidas mais eficazes não sejam tomadas para conter a transmissão do vírus”⁴².

³⁹ Idem, p.76

⁴⁰ Universidade de São Paulo – USP. Biblioteca Virtual de Direitos Humanos. Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS/WHO) – 1946. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>>. Acesso em: 09 abr. 2014.

⁴¹ “[C]onsistem em um conjunto de ações e programas dos mais diferentes tipos destinados a concretizar aqueles comandos gerais contidos na ordem jurídica constitucional”. (EMERIQUE, Lilian Balmant; FER-NANDES, Barbara de Souza; et al. Reflexões Sobre o Exame Jurisdicional de Políticas Públicas de Direitos Sociais. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12076&revista_caderno=9>. Acesso em: 09 abr. 2014).

⁴² Relatório da Secretaria de 55ª. Assembleia Mundial da Saúde de 4 de março de 2002: “Luta contra a dengue”. Disponível em: <http://ftp.who.int/gb/archive/pdf_files/WHA55/fa5519.pdf>. Acesso em: 09 abr. 2014.

Assim, a proibição da importação dos pneus usados previne um número maior de doenças e a medida eficaz para assegurar que isso não ocorra está expressa na ADPF, ou seja, simplesmente cumprir o que dispõem o ordenamento jurídico brasileiro e tratados que o Brasil ratificou. E, conseqüentemente, cessar as liminares judiciais que autorizam a comercialização internacional daqueles produtos.

Enfim, no país onde as pessoas precisam buscar a garantia efetiva do direito à saúde nos tribunais porque o Poder Público, com suas políticas públicas, não alcança todas as pessoas, os tribunais brasileiros prestaram um desserviço ao autorizarem a importação de pneus usados da União Europeia, contribuindo para o risco de causar danos à saúde da população que tão precariamente é assegurada.

4. Do Preceito Fundamental ao Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado

A relação do homem com a natureza era de total harmonia nos primórdios dos tempos, sem que aquele causasse qualquer incômodo a esta, contudo com o surgimento do fogo vieram os primeiros impactos, intensificando-se com o desenvolvimento da pecuária e o início das atividades agrícolas. Mas foi com a Revolução Industrial no século XIX e o aparecimento das indústrias que os impactos ambientais intensificaram-se e “[d]esde entonces las cosas no han hecho sino empeorar y las agresiones al ambiente por parte del hombre han seguido incrementándose em cantidad y em lesividad”⁴³.

Desta constatação e dos vários danos ambientais que ocorreram no mundo⁴⁴, trazendo conseqüências irreversíveis para o planeta Terra, como o aquecimento global, o buraco na camada de ozônio, a perda da biodiversidade, a poluição das águas e do solo, os países elaboraram leis e firmaram tratados internacionais no intuito de protegerem o meio ambiente.

O artigo 225 da CF⁴⁵ determina ser obrigação do Estado garantir o meio ambiente ecologicamente equilibrado e para alcançar esse objetivo e garantir a efetividade desse direito difuso impõe medidas a serem adotadas que estão previstas em seus parágrafos e incisos.

A norma constitucional que assegura o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado revela um compromisso ético de não degradar o planeta Terra e sua biodiversidade, a fim de garantir às gerações vindouras um meio ambiente

⁴³ GARCIA, José Francisco Alenza. Manual de Derecho Ambiental. Pamplona: Universidad Publica de Navarra, 2001, p. 35. Tradução livre: “Desde então as coisas têm piorado e as agressões ao meio ambiente por parte do homem tem aumentado em quantidade e lesividade”.

⁴⁴ Acidente nuclear de Chernobyl, na Ucrânia, em 26 de abril de 1986. Vazamento de agrotóxico em Bhopal, em 3 de dezembro de 1984, na Índia. Césio 137 em Goiânia, em 13 de setembro de 1987. Queima de óleo no golfo Pérsico, em 1991. Derramamento de petróleo do navio Exxon Valdez, em 1989, na costa do Alasca e do navio Prestige, em 2002, na costa da Espanha. Disponível em: <<http://www.terra.com.br/noticias/educacao/infograficos/vc-sabia-desastres-ambientais/>>. Acesso em: 10 abr. 2014.

⁴⁵ “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

sadio suficiente para manter suas sobrevivências⁴⁶.

Esse dever do Estado impõe sua atuação tanto no âmbito administrativo, quanto no legislativo e no judiciário.⁴⁷ No caso das liminares judiciais concedidas pelos magistrados dos diversos graus de jurisdição, permitindo a importação de pneus usados, contrariaram leis ambientais nacionais e tratados internacionais. Ademais, expuseram o desconhecimento de juízes a respeito dos complexos problemas ambientais globais e seus reflexos na saúde de todos, causando não apenas um desconforto interno, mas, principalmente, no âmbito internacional. A própria OMC reconheceu que a proibição da importação daqueles produtos não violava o princípio do livre-comércio entre as nações mas que não poderia dar efetividade às suas conclusões caso o Brasil não resolvesse o problema das concessões daquelas liminares.

E a ADPF enfrentada pelo STF demonstrou que a Suprema Corte do Brasil é guardiã dos princípios fundamentais previstos na CF e está cumprindo sua função de dar efetividade ao desenvolvimento sustentável, em que pese o Poder Judiciário ao qual ele se encontra inserido, por meio da atuação de alguns magistrados, muitas vezes virar as costas às graves e complexas questões ambientais.

Considerando que o Brasil já possui um passivo considerável de pneus usados, e tendo problemas com os mesmos quando eles se tornam inservíveis, face à dificuldade em se dar destinação econômica e ambientalmente adequadas a eles, a proibição da importação desse produto previne que maiores riscos de danos à saúde da população e ao meio ambiente possam ocorrer. Da mesma forma, danos imprevisíveis também podem ser evitados, ainda que não se tenha certeza científica quanto às suas ocorrências.

Nesse sentido, a ideia de prevenção tem íntima relação com a dimensão temporal que, por sua vez, está ligada à ideia de regimes de proteção como, por exemplo, regime dos direitos humanos, do meio ambiente. A prevenção visa evitar que o dano aconteça, seja porque, se ocorrer, será irreversível, seja porque será de difícil reparação⁴⁸.

No âmbito do direito ambiental o fator tempo é de suma importância, trata de potenciais vítimas que, no futuro, possam sofrer com o resultado de uma atividade que poderia ter sido evitada.

Para tanto, há que se prevenir danos ambientais dos quais se tem conhecimento científico dos riscos que eles podem acarretar para o homem e para o meio ambiente⁴⁹.

Por outro lado, quando se está diante de riscos imprevisíveis tem-se o princípio da precaução, previsto no artigo 15 da Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento de 1992⁵⁰, que exige medidas de ação ou de abstenção para afastar os

⁴⁶ BENJAMIN, Antonio Herman. O Meio Ambiente na Constituição Federal de 1988. In: KISHI, Sandra Akemi Shimada; SILVA, Solange Teles da; SOARES, Inês Virgínia Prado (Orgs.). *Desafios do Direito Ambiental no Século XXI: estudos em homenagem a Paulo Affonso Leme Machado*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 356

⁴⁷ MIRRA, Álvaro Luiz Valery. *Princípios do direito ambiental*. Disponível em: <<http://www.direitoambiental.adv.br/ambiental.qps/Ref/PAIA-6SRNQ8>>. Acesso em: 10 abr. 2014.

⁴⁸ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Op. cit.*, p. 55

⁴⁹ LUCHESE, Celso Umberto. *Considerações Sobre o Princípio da Precaução*. São Paulo: SRS, 2011, p. 55

⁵⁰ "As autoridades nacionais devem procurar promover a internacionalização dos custos ambientais e o uso

perigos de danos graves e irreversíveis, ainda que não tenha certeza científica a respeito deles⁵¹.

Dando efetividade àqueles princípios assegura-se a sustentabilidade que está baseada “na premissa de que os recursos naturais não são perenes e há a necessidade de se garantir um meio ambiente saudável para as gerações vindouras”⁵².

Almeja-se, com o princípio da garantia do desenvolvimento econômico e social ecologicamente equilibrado, proteger o meio ambiente não apenas com políticas públicas alheias a outros interesses, mas integrando-o ao processo global de desenvolvimento dos países. Disso decorre situar a proteção ambiental no mesmo patamar de importância dos valores econômicos e sociais protegidos pela ordem jurídica⁵³.

No caso em tela, o grande e central problema decorreu do fato de que empresas brasileiras que importavam pneus usados da União Europeia não podiam mais efetuar tal transação, porque a legislação brasileira e tratados internacionais não mais autorizavam consequentemente, tais empresas passaram a ter prejuízos financeiros e recorreram ao Poder Judiciário a fim de obterem autorizações judiciais para continuarem importando pneus usados, baseando seus fundamentos no fato de gerarem empregos diretos e indiretos e no direito à livre-iniciativa previsto no artigo 170 da CF.⁵⁴

Além disso, o Tribunal Arbitral ad hoc do Mercosul decidiu que pneus usados poderiam ser importados dos países integrantes desse bloco caracterizando, assim, violação ao princípio da isonomia, ou seja, empresas que compravam pneus usados de qualquer país do Mercosul não violavam nenhuma lei, ao contrário dos que importavam de países da União Europeia.

Contudo, o direito constitucional à livre iniciativa deve pautar-se pelo respeito às normas ambientais (artigo 170, VI) e como bem salientou a Relatora da ADPF, é inegável “a conclusão de que, em nome do pleno emprego [...] não está autorizado o descumprimento dos preceitos constitucionais fundamentais relativos à saúde e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado”⁵⁵.

de instrumentos econômicos, tendo em vista a abordagem segundo a qual o poluidor deve, em princípio, arcar com o custo da poluição, com a devida atenção ao interesse público e sem provocar distorções no comércio e nos investimentos internacionais”.

⁵¹ RUIZ, Jose Juste; DAUDÍ, Mireya Castillo. Op. cit., p. 56

⁵² STASKOVIAK JUNIOR, Glaucio; KOPROWSKI, Renato; SANTOS, Thalyta dos. Meio Ambiente e os Princípios Constitucionais da Prevenção e Prevenção: uma comparação entre Brasil e Espanha à luz do conceito de sustentabilidade. Disponível em: <<http://www.unifebe.edu.br/revistadaunifebe/20122/artigo008.pdf>>. Acesso em: 10 abr. 2014.

⁵³ MIRRA, Álvaro Luiz Valery, Op. cit.

⁵⁴ “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, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.”

⁵⁵ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 101, p. 117. Supremo Tribunal Fede-

Tem-se, assim, que o desenvolvimento sustentável ou sustentabilidade não permite uma concepção liberal do desenvolvimento em que a livre iniciativa é absoluta, a busca do lucro e do crescimento econômico não poderiam encontrar barreiras às suas expansões. No mundo atual, envolto em graves crises ambientais, principalmente as que se referem às mudanças climáticas e suas consequências para a natureza e para o homem, exige-se uma atuação ativa do Estado em assegurar que o desenvolvimento econômico seja pautado pelo respeito às normas de proteção ambiental.

Nesse sentido, a proibição da importação de pneus usados, não apenas por leis nacionais como também por tratados internacionais e, a partir de agora, por determinação do STF, traduz efetivamente que o Brasil não permite que o crescimento econômico seja alheio às preocupações ambientais. E mais: que o direito de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado está acima dos interesses monetários daqueles que importavam pneus usados por meio de liminares judiciais sem se preocuparem com a destinação econômica e ambientalmente adequadas daqueles produtos.

Ainda, a decisão prolatada pelo STF na ADPF cumpriu o princípio 14 da Declaração do Rio, de 1992⁵⁶, quando proibiu a transferência, por meio de importações, de pneus usados prevenindo a degradação ambiental grave e prejuízos à saúde humana.

A Suprema Corte do Brasil demonstrou alinhamento com a Declaração do Milênio adotada pela Assembleia Geral da ONU em 2000, que reconheceu que determinados valores são essenciais para assegurar as relações internacionais no século XXI, dentre eles, o respeito pela natureza⁵⁷. E o fez ao cumprir o relatório do Órgão de Solução de Controvérsias da OMC, ao decidir definitivamente quanto à proibição de importação de pneus usados e, ainda assim, manter boas relações comerciais internacionais sobrepondo a proteção ambiental aos interesses econômicos.

Por fim, o governo brasileiro, buscando harmonizar seu ordenamento jurídico com a decisão proferida pela OMC no caso dos pneus usados e com isso evitar qualquer medida de retaliação comercial⁵⁸ editou a Portaria 24 Secex, de 26 de agosto de 2009, que no seu art.42 dispõe expressamente que “Não será deferida licença de importação de pneumáticos recauchutados e usados, seja como bem de consumo, seja como matéria-prima (...)”.

Com isso o Brasil não dá mais tratamento diferenciado aos pneus usados prove-

ral. Publicação 04.06.2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=629955>>. Acesso em: 09 abr. 2014.

⁵⁶ “Os Estados devem cooperar de forma efetiva para desestimular ou prevenir a realocação e transferência, para outros Estados, de atividades e substâncias que causem degradação ambiental grave ou que sejam prejudiciais à saúde humana”.

⁵⁷ “Consideramos que determinados valores fundamentais são essenciais para as relações internacionais no século XXI. Estes incluem: O respeito pela natureza. Necessário actuar com prudência na gestão de todas as espécies vivas e recursos naturais, de acordo com os preceitos do desenvolvimento sustentável. Só desta forma podem as riquezas imensuráveis dadas a nós por natureza ser preservada e transmitida aos nossos descendentes. Os atuais padrões insustentáveis de produção e consumo deve ser alterado no interesse do nosso bem-estar futuro e de nossos descendentes”. (ponto 6). Disponível em: <<https://www.unric.org/html/portuguese/uninfo/DecdoMil.pdf>>. Acesso em: 18 abr. 2014.

⁵⁸ SAVIO, Adriana Macena S. Op. cit., p. 368

nientes do Mercosul⁵⁹.

Conclusão

O enfrentamento das ameaças de sérios danos ao meio ambiente e à saúde humana decorrentes da importação de pneus usados só ocorreu quando o Presidente da República interpôs a ADPF, alegando que as liminares judiciais permitindo a entrada daqueles produtos no território nacional descumpriam preceitos fundamentais, normas infraconstitucionais e tratados internacionais os quais o Brasil ratificou.

Desde o relatório da OMC, em 2007, até a decisão proferida pelo STF, em 2009, passaram-se dois anos em que milhares de pneus usados foram importados da União Europeia e, ainda que tenham sido reutilizados ou utilizados como matéria-prima na produção de outros produtos, quando se tornarem inservíveis (muitos já devem ser), tornar-se-ão lixo de difícil tratamento econômico e ambientalmente adequado.

A responsabilidade pela correta destinação desses pneus não está a cargo daqueles países que os produziram, mas sim a cargo do Brasil que, não bastasse ter seus próprios e complexos problemas ambientais, ainda tem que resolver aqueles oriundos de outros países.

Ressalte-se ainda que, com as legislações nacionais mencionadas no texto, o país já havia proibido a importação de pneus usados sob a justificativa da proteção do meio ambiente e da saúde pública. A entrada desses produtos no território brasileiro dava-se por meio de liminares judiciais sem que houvesse qualquer vantagem econômica para o país, opinião essa confirmada pelo Dossiê sobre Pneus que ressalta: “Importar carcaças para reformar apenas atende os interesses econômicos do setor e a necessidade do país exportador de ver-se livre de resíduos de difícil gestão, como são os pneus usados”⁶⁰.

De qualquer forma, ainda que pese a tardia solução dada através da Suprema Corte brasileira ao caso da importação dos pneus usados, foi uma decisão totalmente alinhada às normas protetivas ambientais nacionais e aos compromissos assumidos pelo Brasil no âmbito internacional.

Referências

AMARAL JUNIOR, Alberto do. Introdução ao Direito Internacional Público. São Paulo: Atlas, 2008

BENJAMIN, Antonio Herman. O meio ambiente na Constituição Federal de 1988. In: KISHI, Sandra Akemi Shimada; SILVA, Solange Teles da; SOARES, Inês Virgínia Prado (Orgs.). Desafios do direito ambiental no século XXI: estudos em homenagem a Paulo Affonso Leme Machado. São Paulo: Malheiros, 2005.

Dossiê Sobre Pneus. Disponível em: <<http://direitogv.fgv.br/sites/direitogv.fgv.br/files/ap18.pdf>>. Acesso em: 24 maio 2014.

⁵⁹ SAVIO, Adriana Macena S. Op. cit., p. 368

⁶⁰ Dossiê sobre pneus. Disponível em: <<http://direitogv.fgv.br/sites/direitogv.fgv.br/files/ap18.pdf>>. Acesso em: 24 maio 2014.

GARCIA, José Francisco Alenza. Manual de Derecho Ambiental. Pamplona: Universidad Publica de Navarra, 2001.

GERENT, Juliana; REI, Fernando. Organização Mundial do Comércio e as Questões Ambientais. Revista de Direitos Difusos, v.57-58, p.185-213, 2012.

LUCHESE, Celso Umberto. Considerações Sobre o Princípio da Precaução. São Paulo: SRS, 2011.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Princípios do direito ambiental. Disponível em: <<http://www.direitoambiental.adv.br/ambiental.qps/Ref/PAIA-6SRNQ8>>. Acesso em: 10 abr. 2014.

RUIZ, Jose Juste; DAUDÍ, Mireya Castillo. La Protección del Medio Ambiente en el Ámbito Internacional y en la Unión Europea. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014.

SAVIO, Adriana Macena S. O Caso dos Pneus Perante a OMC e o Mercosul. Univ. Rel. Int., Brasília, v. 9, n. 1, p. 349-370, jan-jun., 2011. Disponível em: <<http://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/index.php/relacoesinternacionais/article/viewFile/1361/1343>> Acesso em: 09 abr. 2014.

STASKOVIK JUNIOR, Glaucio; KOPROWSKI, Renato; SANTOS, Thalyta dos. Meio Ambiente e os Princípios Constitucionais da Precaução e Prevenção: uma comparação entre Brasil e Espanha à luz do conceito de sustentabilidade. Disponível em: <<http://www.unifebe.edu.br/revistadaunifebe/20122/artigo008.pdf>>. Acesso em: 10 abr. 2014.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Direitos Humanos e Meio Ambiente: paralelo dos sistemas de proteção internacional. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.



CATÓLICA UNISANTOS

Afiliado