

CADERNO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

DIREITOS

Humanos

Coordenação:

Bernardo R. Rozendo Pinto

Lilian Rose Lemos Rocha

Rodrigo Gonçalves Ramos de Oliveira

Bernardo R. Rozendo Pinto
Lilian Rose Lemos Rocha
Rodrigo Gonçalves Ramos de Oliveira

CADERNO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

DIREITOS

Humanos

Organizadores:

Louise Gabrielle Esteves Soares de Melo

Naiara Ferreira Martins

Nathalia Corrêa de Souza

Pedro Almeida Costa

Rafael de Almeida Guimarães

Tércia Martins de Barros Ferreira

Brasília, 2015.

REITORIA

Reitor

Getúlio Américo Moreira Lopes

Vice-Reitor

Edevaldo Alves da Silva

Pró-Reitora Acadêmica

Presidente do Conselho Editorial

Elizabeth Lopes Manzur

Pró-Reitor Administrativo-Financeiro

Gabriel Costa Mallab

Secretário-Geral

Maurício de Sousa Neves Filho

DIRETORIA

Diretor Acadêmico

Carlos Alberto da Cruz

Diretor Administrativo-Financeiro

Geraldo Rabelo

INSTITUTO CEUB DE PESQUISA E DESENVOLVIMENTO - ICPD

Diretor

João Herculino de Souza Lopes Filho

Diretor Técnico

Rafael Aragão Souza Lopes

Capa

UniCEUB/ACC | André Ramos

Projeto Gráfico e Diagramação

Ar Design

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Caderno de pós-graduação em direito : Direitos Humanos / Coordenação de Bernardo R. Rozendo Pinto, Lilian Rose Lemos Rocha, Rodrigo Gonçalves Ramos de Oliveira ; Organização de Louise Gabrielle Esteves Soares de Melo ... [et al.]. – Brasília : UniCEUB ; ICPD, 2015.

128 p.

ISBN 978-85-61990-43-5

1. Direito humanos. I. Centro Universitário de Brasília. II. Título.

Agência Brasileira do ISBN, U 342.7

ISBN 978-85-61990-43-5



Ficha catalográfica elaborada por

no

Centro Universitário de Brasília;
SEPN 707/709 Campus do CELUB;
Tel. 3966-1335 / 3966-1336

9 788561 990435

PREFÁCIO	7
APRESENTAÇÃO	9
A ESSÊNCIA E A BANALIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOB A PERSPECTIVA DO NEOCONSTITUCIONALISMO	11
<i>RODRIGO GONÇALVES RAMOS DE OLIVEIRA</i>	
DISCUSSÃO DA REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL PARA DEZESSEIS ANOS: PELA DEFESA DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE	41
<i>PATRÍCIA FAGUNDES COSTA</i>	
MULHER E DIREITOS HUMANOS: O AVANÇO DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA EM MATÉRIA DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E O IMPACTO NOS ÍNDICES OFICIAIS	61
<i>NATHALIA CORRÊA DE SOUZA</i>	
TRABALHO ESCRAVO CONTEMPORÂNEO	81
<i>MAYANA COELHO MARTINS</i>	
“HATE SPEECH” E OS LIMITES DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO	101
<i>TÉRCIA MARTINS DE BARROS FERREIRA</i>	
DIREITOS HUMANOS E MEIO AMBIENTE: A EDUCAÇÃO AMBIENTAL COMO MEIO DE EFETIVAR O DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA	119
<i>LOUISE GABRIELLE ESTEVES SOARES DE MELO</i>	



PREFÁCIO

Pioneirismo sempre foi uma característica do UniCEUB; outra característica é a evolução permanente. A Instituição sempre acompanhou a evolução tecnológica e pedagógica do ensino. Isso se coaduna com a filosofia institucional que é a de preparar o homem integral por meio da busca do conhecimento e da verdade, assegurando-lhe a compreensão adequada de si mesmo e de sua responsabilidade social e profissional. Destarte, a missão institucional é a de gerar, sistematizar e disseminar o conhecimento visando à formação de cidadãos reflexivos e empreendedores, comprometidos com o desenvolvimento socioeconômico sustentável.

E não poderia ser diferente. Com a expansão do conteúdo acadêmico que se transpassa do físico para o virtual, do local para o universal, do restrito para o difundido, isso porque o papel não é mais apenas uma substância constituída por elementos fibrosos de origem vegetal, os quais formam uma pasta que se faz secar sob a forma de folhas delgadas donde se cria, modifica, transforma letras em palavras; palavras em textos; textos em conhecimento, não! O papel se virtualiza, se desenvolve, agora, no infinito, rebuscado de informações. Assim, o UniCEUB acompanha essa evolução. É dessa forma que se desafia o leitor a compreender a atualidade, com a fonte que ora se entrega à leitura virtual, chamada de ebook.

Isso é resultado do esforço permanente, da incorporação da ciência desenvolvida no ambiente acadêmico, cujo resultado desperta emoção, um sentimento de beleza de que o conteúdo científico representa o diferencial profissional.

Portanto, convido-os a leitura desta obra, que reúne uma sucessão de artigos que são apresentados com grande presteza e maestria; com conteúdo forte e impactante; com sentimento e método, frutos da excelência acadêmica.

João Herculino de Souza Lopes Filho | Diretor ICPD/UniCEUB



APRESENTAÇÃO

No Brasil, como na América Latina em geral, a ideia e efetividade do discurso dos direitos humanos e da cidadania ainda é uma incompreensão. Os dados da realidade revelam diversos tipos de violações, entre elas assassinatos no campo e na cidade. Anualmente morrem vítimas de violência cerca de 50 a 60 mil brasileiros.

Além dessas violações, tem-se violência contra as mulheres, racismo, a xenofobia, a degradação ambiental, a desigualdade social em geral. No plano político, a falta de oportunidades de efetiva participação popular na formação da vontade do governo tem sido causa dos desvirtuamentos do comportamento da classe política brasileira.

Este livro reúne artigos dos alunos da Pós-Graduação em direito sociais, consumidor e ambiental. No âmbito da disciplina de direitos humanos, a minha principal intenção durante o curso da disciplina foi levantar questões relativas ao tema dos direitos humanos na modernidade, que ajudassem a compreender as grandes linhas do debate atual sobre direitos humanos, bem como esclarecer o sentido político das várias correntes do humanismo contemporâneo.

No bojo dessas questões maiores outras surgiram: Qual a relação dos direitos humanos com as principais ideologias do século XIX que ajudaram a moldar os regimes políticos e o relacionamento político entre os Estado no nosso século? Pode os direitos humanos contribuir para a fundação de uma nova política?

A presente obra aposta no presente e no futuro, cada artigo avançando ao seu modo a cultura brasileira em direção à sua modernidade. Todos os autores(as) prosseguindo uma tradição recente – pós modernidade – voltada para superar o passado, no caso específico investindo no discurso da cidadania e direitos humanos para compreensão das particulares dimensões dos temas que se propuseram a abordar especialmente para a feitura deste livro, suplantando a inércia, omissão e paralisação de uma arcaica tradição.

Prof. Lilian Rose Lemos Rocha

Coordenadora dos cursos de Pós-Graduação em Direito do UniCEUB/ICP



A ESSÊNCIA E A BANALIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOB A PERSPECTIVA DO NEOCONSTITUCIONALISMO

Rodrigo Gonçalves Ramos de Oliveira¹

SUMÁRIO: **Parte I:** 1. Introdução. 2. Neoconstitucionalismo. 2.1. Aspecto histórico. 2.2. Aspecto filosófico. 2.3. Aspecto teórico. **Parte II:** 3. Os direitos fundamentais. 3.1. Criação dos direitos fundamentais no Brasil. 3.1.1. Critérios de reflexão. 3.1.2. A criação pelo Poder Legislativo. 3.1.3. A concretização pelo Judiciário. 3.2. A essência dos direitos fundamentais. 3.3. As consequências da criação não criteriosa. 3.3.1. Perda da eficácia dos direitos fundamentais. 3.3.2. Colisão de direitos. 4. Conclusão. 5. Referências.

RESUMO

A análise do neoconstitucionalismo, sobre os aspectos histórico, filosófico e teórico, coaduna com o desenvolvimento da teoria dos direitos fundamentais – garantia e concretização. Atualmente, a criação de vários direitos fundamentais tornou a aplicação e a garantia desses direitos um chamado ‘cabo de guerra’, pois, para dirimir o conflito entre um direito fundamental e outro há a necessidade de se ponderar qual é aplicado ao caso concreto, por intermédio de um julgamento subjetivo daquele que tem a missão de findar esse paradigma. Os critérios e os aspectos históricos e culturais são um ponto chave para criação e formação dos direitos fundamentais, visto que denotam a necessidade da sociedade, bem como dão subsídios para a criação dos novos direitos fundamentais. Além de ser necessário observar a verdadeira essência dos direitos fundamentais como aspecto imprescindível e indispensável para a criação, eficácia e aplicabilidade no ordenamento jurídico. Também é necessário esclarecer as consequências da criação não criteriosa dos direitos fundamentais, que além de gerarem banalização, resultam, pois, na perda da eficácia e proporciona a colisão de direitos, ocasionando instabilidade no sistema jurídico dos direitos fundamentais. Ao analisar os direitos fundamentais sob uma ótica do papel dos atores na formação e concretização dos direitos fundamentais (Legislativo, Judici-

¹ Advogado, especialista em Direito Processual Civil, aluno do curso de pós-graduação lato sensu em Novas Tendências do Direito Público, no Centro Universitário de Brasília - UNICEUB/ICPD.

ário e Executivo), é possível concluir que a falta de parâmetros enseja em um primeiro momento o fortalecimento dos direitos fundamentais. Porém, os direitos fundamentais têm sido desenvolvidos sem critérios, o que ocasiona a vulgarização da sua ideia, impõe a sua inflação e banaliza o sistema de direitos fundamentais. Consequentemente, isso implica na perda da eficácia dos direitos fundamentais e na colisão de direitos.

Palavras-chave: Neoconstitucionalismo. Direitos Fundamentais. Banalização.

ABSTRACT

The neoconstitutionalism analysis on the historical, philosophical and theoretical aspects, in line with the development of the theory of fundamental rights - guarantee and delivery. Currently, the creation of several fundamental rights made the application and the guarantee of these rights a so-called 'tug of war', therefore, to resolve the conflict between a fundamental right and the other is the need to consider which is applied to the case, by through a subjective judgment of one who has the task of ending this paradigm. The criteria and the historical and cultural aspects are a key point for the creation and training of fundamental rights, as denoting the need for society as well as provide a basis for the creation of new rights. Besides being necessary to observe the true essence of fundamental rights as essential and indispensable aspect for the creation, effectiveness and applicability in the legal system. It is also necessary to clarify the consequences of not careful creation of fundamental rights, which besides generating trivialization, resulting therefore in a loss of efficiency and provides the collision of rights, causing instability in the legal system of fundamental rights. By analyzing the fundamental rights under an optical role of actors in the formation and implementation of fundamental rights (Legislative, Judicial and Executive), it concludes that the lack of parameters gives rise at first the strengthening of fundamental rights. However, fundamental rights have been developed without criteria, which leads to the vulgarization of his idea, it imposes its inflation and trivializes the fundamental rights system. Consequently, this implies a loss of effectiveness of fundamental rights and the rights of a collision.

Key words: Neoconstitutionalism. Fundamental rights. Trivialization.

1 INTRODUÇÃO

A nova concepção constitucional influencia o estudo do Direito. A análise do neoconstitucionalismo, sobre os aspectos histórico, filosófico e teórico, coaduna com o desenvolvimento da teoria dos direitos fundamentais – garantia e concretização.

O tema se mostra de grande valia para a contemporaneidade, em razão da “inflação” dos direitos fundamentais. Atualmente, a criação de vários direitos fundamentais tornou a aplicação e a garantia desses direitos um chamado ‘cabo de guerra’, pois para dirimir o conflito entre um direito fundamental e outro, há a necessidade de se ponderar qual é aplicado ao caso concreto, por intermédio de um julgamento subjetivo daquele que tem a missão de findar esse paradigma.

Os critérios e os aspectos históricos e culturais são um ponto chave para criação e formação dos direitos fundamentais, visto que denotam a necessidade da sociedade, bem como dão subsídios para a criação dos novos direitos fundamentais. Além de ser necessário observar a verdadeira essência dos direitos fundamentais como aspecto imprescindível e indispensável para a criação, eficácia e aplicabilidade no ordenamento jurídico.

Também é necessário esclarecer as consequências da criação não criteriosa dos direitos fundamentais, que além de gerarem banalização, resultam, pois, na perda da eficácia e proporciona a colisão de direitos, ocasionando instabilidade no sistema jurídico dos direitos fundamentais.

Para tanto, dividimos em duas partes: a primeira, estabelece um panorama do neoconstitucionalismo e sua relação com os direitos fundamentais; a segunda, analisa os direitos fundamentais sob uma ótica do papel dos atores na formação e concretização dos direitos fundamentais e como isso pode implicar na perda da eficácia desses direitos e, conseqüentemente na sua banalização.

PARTE I

2 NEOCONSTITUCIONALISMO

A expressão *neo* representa algo novo, é uma acepção de mudança². A expressão neoconstitucionalismo é utilizada por parte da doutrina para designar o estado do constitucionalismo contemporâneo³. Apesar de o prefixo *neo* transmitir a ideia de algo novo, não quer dizer que o constitucionalismo atual é

² CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. *Panóptica*, v. 2, n. 2, p. 1-44, 2007.

³ CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madri: Trotta, 2003, p. 4.

substancialmente diverso daquele que o antecedeu⁴, o que se quer dizer é que há particularidades que se desenvolvem nessa nova teoria.

Todos os conceitos referentes ao neoconstitucionalismo ressaltam as características desse movimento e suas consequências. Portanto, neoconstitucionalismo é um estágio atual da ciência jurídica; é uma transformação da concepção de direito constitucional. Para Samir José Caetano Martins neoconstitucionalismo é: “(...) o movimento de reestruturação da Teoria Geral do Direito a partir da promulgação de constituições de forte conteúdo garantístico e com pretensão à efetividade (...)”⁵.

O neoconstitucionalismo pode ser analisado sobre três aspectos: histórico, filosófico e teórico⁶, entretanto, Paulo Comanducci analisa o neoconstitucionalismo na perspectiva ideológica, metodológica e teórica⁷. Os aspectos histórico e filosófico denotam a trajetória de desenvolvimento dessa teoria. Todavia, é sob o aspecto teórico que as características do neoconstitucionalismo se desenvolvem.

Nesse sentido, portanto, os direitos fundamentais têm sido o núcleo do desenvolvimento axiológico do neoconstitucionalismo.

2.1 Aspecto histórico

O neoconstitucionalismo é uma teoria que se desenvolveu no século XX, após a Segunda Guerra Mundial, em decorrência dos abusos cometidos pelo regime nazifascista contra os cidadãos. Esses abusos feriram, assim, o mínimo da dignidade humana ainda existente e, diante disso, verificou-se a necessidade de criar direitos⁸ e garantias para proteger o cidadão contra as ações do Estado.

Por conseguinte, o desenvolvimento dessa teoria repensou a natureza da Constituição e sua influência sobre as instituições⁹. O neoconstitucionalismo pretende explicar um conjunto de textos constitucionais que surge após a Se-

⁴ BARCELOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. *Revista de direito administrativo*, v. 240, p. 83-105, 2005.

⁵ MARTINS, Samir José Caetano. Neoconstitucionalismo e Relações Privadas: alguns parâmetros. *Revista CEJ*, v. 11, n. 36, p. 61-73, 2007.

⁶ CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. *Panóptica*, v. 2, n. 2, p. 1-44, 2007.

⁷ COMANDUCCI, Paulo. Formas de (Neo)constitucionalismo: um análisis metateórico, in CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madri: Trotta, 2003. p. 82.

⁸ Esses primeiros direitos foram chamados de direitos de defesa ou direitos negativos, uma vez que constituíam abstenção do Estado.

⁹ CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madri: Trotta, 2003. p. 9.

gunda Guerra Mundial¹⁰.

Essa teoria é verificada em Constituições que não se limitam a estabelecer competências ou a separação dos poderes, mas que contêm essencialmente normas materiais que determinam o desempenho do Estado por meio da determinação de metas e objetivos¹¹.

Tais aspectos foram assimilados primeiramente na Constituição Alemã de 1949 (Lei Fundamental de Bonn) sendo desenvolvidos na doutrina e em especial na jurisprudência originária do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha. Também teve o marco inicial na Itália e posteriormente em Portugal e Espanha¹².

No Brasil, o marco histórico se deu com a promulgação da Constituição de 1988 a qual tratou de agregar normas fundamentais¹³. Além disso, o processo de redemocratização, a discussão prévia dos aspectos e do conteúdo, bem como a convocação para elaboração da Constituição constituíram fenótipos do neoconstitucionalismo.

Essa forma moderna de pensar o Direito superou os métodos arcaicos a fim de que a aplicação do direito não ficasse engessada à concepção de institutos inadequados para resolução das adversidades da sociedade. Tem como objetivo fundamental preservar a condição humana (dignidade da pessoa humana) nas atuais relações sociais, políticas e econômicas¹⁴. Isso é resultado do Estado Democrático de Direito o qual constitui o alicerce do neoconstitucionalismo.

Um dos principais eixos do neoconstitucionalismo é a Teoria dos Direitos Fundamentais e a Força Normativa da Constituição. O constitucionalismo contemporâneo revela, também, uma nova concepção da hermenêutica jurídica.

Nesse diapasão, a dignidade da pessoa humana passou a ser o núcleo axiológico da tutela jurídica aplicável a todos e em todas as relações. Logo, a necessidade de proteção dos direitos fundamentais se tornou um marco para o neoconstitucionalismo.

¹⁰ CARBONELL, Miguel. *Teoria del Neoconstitucionalismo*. Madrid: Trotta, 2007. p. 9.

¹¹ CARBONELL, Miguel. *Teoria del Neoconstitucionalismo*. Madrid: Trotta, 2007. p. 10.

¹² CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003. p. 9.

¹³ Preferiu-se utilizar o termo normas fundamentais para designar todas as expressões inerentes a direitos que buscam proteger a dignidade da pessoa humana (direitos fundamentais; direitos humanos; direitos e garantias fundamentais; direitos e liberdades constitucionais; direitos e garantias individuais). É necessário ressaltar que para Robert Alexy, normas englobam princípios e regras.

¹⁴ CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. *Panóptica*, v. 2, n. 2, p. 1-44, 2007.

2.2 Aspecto filosófico

O aspecto filosófico, assim chamado por Luís Roberto Barroso¹⁵ e perfilhado por Eduardo Cambi¹⁶, é dividido por Comanducci¹⁷ em dois eixos: ideológico e metodológico.

O neoconstitucionalismo ideológico não se limita a descrever os resultados do processo constitucional, mas encoraja a defesa e a expansão do processo de constitucionalização do Direito¹⁸. Zagrebelsky compreende que, em sistemas democráticos e contemporâneos constitucionalizados, há uma conexão necessária entre Direito e moral. Assim, a perspectiva ideológica do neoconstitucionalismo tem-se mostrado propensa a entender que hoje pode sobreviver uma obrigação moral de obedecer a Constituição e as leis que lhes são conforme¹⁹. Consubstanciado a isso, entendemos que num sistema democrático contemporâneo é necessário respeitar o âmbito de proteção dos direitos humanos: seja na sua visão universal; seja na sua compreensão interna (direitos fundamentais).

Por sua vez, o neoconstitucionalismo metodológico se fundamenta precipuamente nas teses das fontes sociais do Direito e não há, necessariamente, conexão entre Direito e moral. Comanducci justifica a denominação metodológica como contraposição ao positivismo metodológico e conceitual que descreve o Direito como ele é e, portanto, não como o Direito deveria ser²⁰.

Não obstante, o positivismo tem como corolário as fontes sociais, além de verificar que não há uma conexão necessária entre Direito e moral. Todavia, a compreensão metodológica do neoconstitucionalismo sustenta que os princípios constitucionais e os direitos fundamentais constituiriam o elo entre Direito e moral²¹.

¹⁵ BARROSO, Luiz Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. O triunfo do direito constitucional no Brasil. *Revista da Escola Nacional da Magistratura*, Brasília, Escola Nacional da Magistratura, a. I, n. 2, 2006.

¹⁶ CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. *Panóptica*, v. 2, n. 2, p. 1-44, 2007.

¹⁷ COMANDUCCI, Paulo. **Formas de (Neo)constitucionalismo**: um análisis metateórico, in CARBONELL, Miguel. Neoconstitucionalismo(s). p. 80.

¹⁸ COMANDUCCI, Paulo. **Formas de (Neo)constitucionalismo**: um análisis metateórico, in CARBONELL, Miguel. Neoconstitucionalismo(s). p. 82.

¹⁹ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. 9 ed. Madrid: Trotta, 2009. p. 118.

²⁰ COMANDUCCI, Paulo. **Formas de (Neo)constitucionalismo**: um análisis metateórico, in CARBONELL, Miguel. Neoconstitucionalismo(s). p. 86.

²¹ COMANDUCCI, Paulo. **Formas de (Neo)constitucionalismo**: um análisis metateórico, in CARBONELL, Miguel. Neoconstitucionalismo(s). p. 87.

Já o neoconstitucionalismo ideológico não se limita a descrever os resultados do processo constitucional, mas valoriza a importância dos mecanismos institucionais de defesa dos direitos fundamentais²² e, nesse sentido, as atividades do Legislativo e do Judiciário estão diretamente ligadas à concretização, aplicação e garantia dos direitos fundamentais previstos na Constituição, englobando aqui, direitos implícitos e decorrentes dos direitos expressos²³.

Então, verifica-se que o positivismo constituiu uma explicação da norma e não aceitava a ideia de produção do direito ou de uma atividade normativa. Essa atividade normativa rompe com a ideia de lei genérica e abstrata, consubstanciando o pensamento de que o jurista não revela os desígnios da lei, mas orienta o curso de aplicação da norma jurídica aos princípios de justiça e aos direitos fundamentais²⁴.

2.3 Aspecto teórico

O neoconstitucionalismo, como uma teoria do Direito, aspira a descrever a constitucionalização, ou seja, o processo que levou a modificação dos principais sistemas jurídicos contemporâneos existentes.

Por conseguinte, o neoconstitucionalismo é caracterizado pela força normativa da Constituição, por uma lista de positivação dos direitos fundamentais, pela diferença entre regras e princípios, e o desenvolvimento da hermenêutica jurídica²⁵, caracterizado pela técnica de interpretação conforme a Constituição e da máxima eficácia.

Dizer que a Constituição possui força normativa é denotar que não se trata apenas de uma carta de intenções políticas, mas de uma carta composta de conteúdo jurídico-imperativo²⁶. Em outras palavras, significa dizer que a Constituição impõe um dever que se propaga no mundo jurídico.

Isso se contrapõe ao que Ferdinand Lassale revelou ao dizer que questões

²² MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 3.

²³ COMANDUCCI, Paulo. **Formas de (Neo)constitucionalismo: um análise metateórico**, in CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. p. 85.

²⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. Ed. Revista dos Tribunais. p. 47.

²⁵ COMANDUCCI, Paulo. **Formas de (Neo)constitucionalismo: um análise metateórico**, in CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo (s)*. p. 83.

²⁶ CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo*. **Panóptica**, ano 1, n. 6.

constitucionais não são questões jurídicas, mas sim questões políticas, uma vez que a Constituição, nas palavras dele, é dotada de aspectos políticos. Todavia, Lassale cita que se a Constituição escrita não seguir “fielmente os fatores que imperam na realidade social” ela não teria valor e não seria durável. Para tanto, apesar de ter caráter político, a Constituição, para ele, não seria essencialmente política. Os anseios sociais na construção da Constituição constituem a essência da própria Constituição, logo, Lassale concluiu que a Constituição de um país é, em essência, a soma dos fatores reais de poder que regem este país, sendo esta a Constituição real e efetiva²⁷.

Para Konrad Hesse “a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social”²⁸. E quando se busca dar eficácia à normatividade da Constituição, esta adquire força normativa na medida em que a pretensão de atribuir eficácia se realiza²⁹.

Para que haja um desenvolvimento seguro da força normativa da Constituição é necessário que ela considere os elementos sociais, políticos e econômicos ligados ao momento em que a sociedade vive. Constitui, pois, requisito essencial da força normativa da Constituição a incorporação do “estado espiritual de seu tempo”. E “isso lhe há de assegurar, enquanto ordem adequada e justa, o apoio e a defesa da consciência geral”³⁰.

Para se alcançar um ótimo desenvolvimento da força normativa da Constituição é preciso, também, que a vontade dela seja manifestada e isso se dá por meio da interpretação, a qual tem “significado decisivo para a consolidação e preservação da força normativa da Constituição”³¹.

Ao interpretar a Constituição, com fim de consolida-la, o intérprete de-

²⁷ LASSALE, Ferdinand. **O que é uma Constituição?** Campinas: Servanda, 2010. p. 45.

²⁸ HESSE, Konrad. Força normativa da Constituição. *in* **Temas fundamentais do direito constitucional**. Tradução: Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes, & Inocência Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 128-129.

²⁹ HESSE, Konrad. Força normativa da Constituição. *in* **Temas fundamentais do direito constitucional**. Tradução: Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes, & Inocência Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 130.

³⁰ HESSE, Konrad. Força normativa da Constituição. *in* **Temas fundamentais do direito constitucional**. Tradução: Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes, & Inocência Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 134.

³¹ HESSE, Konrad. Força normativa da Constituição *in* **Temas fundamentais do direito constitucional**. Tradução: Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes, & Inocência Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 135.

verá utilizar de critérios que favoreçam a integração social e a unidade política, para que não desestabilize a condição do sistema jurídico. Consubstanciando a força normativa da constituição, ao aplicar uma solução aos conflitos é razoável considerar os aspectos históricos no sentido das normas, adequando-as ao momento social que se vive. Em decorrência disso, é preciso, paralelamente conceber máxima efetividade da norma constitucional, ou seja, é imperioso que se otimize a sua eficácia, mas sem alterar seu conteúdo, para que haja consagração da força normativa da constituição.

Outro princípio que é obrigatória sua aplicação na interpretação constitucional é o princípio da interpretação conforme a Constituição. Esse princípio é inerente ao controle de constitucionalidade e não há uma simples regra de interpretação, é com base nele que há escolha do significado que será dado as normas infraconstitucionais: se são constitucionais ou inconstitucionais. O que se visa com esse princípio é dirimir conflitos e buscar a solução mais adequada de acordo com o conjunto da Constituição³².

Contudo, ao aplicar os princípios interpretativos e na tentativa de expor a força normativa da Constituição correria o risco de se deparar com a colisão de princípios ou conflitos de normas constitucionais. Para que, ocorrendo esse problema haja uma solução é necessário distinguir princípios e regras, pois é indispensável à concepção de efetividade da Constituição³³ e à tese da força normativa da Constituição.

Robert Alexy afirma que os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes – são mandamentos de otimização (compreendem as permissões e proibições); já as regras são normas que são satisfeitas ou não satisfeitas, são cumpridas exatamente como são exigidas – são determinações³⁴. Dworkin corrobora com esse entendimento explicando que:

A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias

³² COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação constitucional**. 3. ed. rev e aument. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 105-107.

³³ CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo. **Panóptica**, ano 1, n. 6

³⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. Malheiros Editores, 2008. p. 90.

específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão³⁵.

Assim, ao analisar as regras elas devem ser vistas num caso concreto para perceber qual será a reação no caso de conflito entre regras. Porém, a aplicação do princípio deverá passar por uma ponderação, para que se possa verificar qual é o princípio que será mitigado em face do outro.

PARTE II

3 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais são o conjunto de normas, princípios, prerrogativas, deveres e institutos inerentes à soberania popular, que garantem a convivência pacífica, digna, livre e igualitária, independentemente das características físicas e psíquicas humanas.

Uadi Lammego³⁶, diz que “sem os direitos fundamentais o homem não vive, não convive, e, em alguns casos, não sobrevive”. O processo histórico e a constante transformação e ampliação dos direitos fundamentais dificultam sua conceituação de forma imediata e sintética, visto que existem, hoje, diversas expressões para designá-los, tais como: direitos naturais, direitos humanos, direitos do homem, direitos individuais, direitos públicos subjetivos, liberdades fundamentais, direitos fundamentais do homem, direitos humanos fundamentais³⁷.

Definem-se os direitos fundamentais como sendo direitos da pessoa humana, reconhecidos pela Lei Fundamental. É importante considerar que os direitos fundamentais não são criações exclusivas do Direito Constitucional Positivo³⁸.

³⁵ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3. ed. Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 39.

³⁶ BULOS, Uadi Lammego. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

³⁷ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 30. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

³⁸ PARDO, David Wilson de Abreu. **Os Direitos Fundamentais e a Aplicação Judicial do Direito**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2003.

Como bem afirma Canotilho, “os direitos fundamentais são direitos do particular perante o Estado, são essencialmente direitos de autonomia e direitos de defesa³⁹.” Nessa mesma linha, continua a expressar, que os direitos fundamentais garantem a liberdade em si e não para qualquer fim.

Para Canotilho, os direitos fundamentais cumprem a função de direitos de defesa dos cidadãos⁴⁰. Nessa condição, constituem normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo a intromissão ilegítima dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário⁴¹.

Os direitos fundamentais podem ser entendidos como declarações em determinado meio organizado politicamente, para satisfação dos anseios sociais: o reconhecimento da liberdade, igualdade e da dignidade da pessoa humana.

Tomando como fundamento que os direitos fundamentais são mecanismos de garantia das necessidades humanas, há de se falar não apenas em direitos fundamentais em sentido formal, mas, também, em sentido material. Os direitos fundamentais em sentido material são aqueles que estão inseridos no rol de direitos fundamentais previstos na Constituição⁴².

Entretanto, são admitidos direitos fundamentais não previstos no Título dos Direitos Fundamentais. Trata-se de direitos fundamentais em sentido formal e são chamados de fundamentais, porquanto tratam da estrutura do Estado⁴³. Alexy expressa que essa fundamentalidade formal vincula o legislador, o Poder Executivo e o Judiciário⁴⁴.

Os direitos fundamentais são ainda vistos em uma dupla dimensão: objetiva e subjetiva. Os direitos de ordem subjetiva são aqueles que contêm direitos de defesa do indivíduo contra o Estado; os de ordem objetiva estão relacionados à decisão constitucional fundamental para todos os ramos do direito, além de

³⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1998.

⁴⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1998.

⁴¹ MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.

⁴² SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 74.

⁴³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 75.

⁴⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. Malheiros Editores, 2008. p. 520.

fornecer parâmetros para a Administração, diretrizes para criação da legislação e fundamento para formação da jurisprudência⁴⁵.

Assim, Marinoni dispôs:

Afirmar a dupla dimensão – objetiva e subjetiva – dos direitos fundamentais não significa dizer que o direito subjetivo decorre do direito objetivo. O que importa esclarecer, aqui, é que as normas que estabelecem direitos fundamentais, se podem ser subjetivadas, não pertinem somente ao sujeito, mas sim a todos aqueles que fazem parte da sociedade. Com efeito, como explica Vieira de Andrade, os direitos fundamentais não podem ser pensados apenas do ponto de vista dos indivíduos, enquanto faculdades ou poderes de que estes são titulares, mas valem juridicamente também do ponto de vista da comunidade, como valores ou fins.⁴⁶

Não se pode olvidar que os direitos fundamentais representam as expectativas da sociedade e, portanto, são premissas que devem estar em todos os âmbitos, não apenas sob o aspecto da Justiça, ou melhor, sob o valor da Justiça, mas principalmente “o operar das instituições que se propõem traduzir este valor em termos de decisões que interferem na liberdade e no patrimônio das pessoas”⁴⁷.

Esse conjunto dogmático expõe a amplitude⁴⁸: horizontalidade e verticalidade de aplicação, garantia, concretização dos direitos fundamentais. Porém, como se verá adiante, isso não pode representar a falência dos direitos fundamentais; levar ao grau de que tudo é fundamental seria esvaziar a própria essência dos direitos fundamentais.

Como bem afirma Canotilho⁴⁹, “os direitos fundamentais são direitos do particular perante o Estado, são essencialmente direitos de autonomia e direitos de defesa.” Nessa mesma linha, continua a expressar que os direitos fundamen-

⁴⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. Malheiros Editores, 2008. p. 524.

⁴⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 378, jul. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5281>>. Acesso em: 08 jul. 2010.

⁴⁷ PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Direito, poder, justiça e processo: julgando os que nos julgam**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 105.

⁴⁸ Sob esses aspectos não se pretende, aqui, encartar a teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, mas apenas observar o espectro de irradiação, da grandeza dos direitos fundamentais.

⁴⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1998.

tais garantem a liberdade em si e não para qualquer fim.

Os direitos fundamentais podem ser entendidos como declarações em determinado meio organizado politicamente, para satisfação dos anseios sociais, quais sejam: o reconhecimento da liberdade, igualdade e dignidade da pessoa humana, levando-se em conta o aspecto histórico.⁵⁰

Assim, os direitos fundamentais são direitos inerentes à pessoa humana. Eles visam à convivência pacífica e digna da sociedade, a fim de exigir e limitar as imposições do Estado. São, portanto, mecanismos de garantia das necessidades e dos anseios do homem, que permitem a convivência e manutenção das necessidades humanas, a fim de proporcionar o real cumprimento desses direitos.

3.1 Criação dos direitos fundamentais no Brasil

O surgimento dos Direitos Fundamentais está intrinsecamente relacionado ao movimento constitucionalista e à evolução do Estado em conjunto com a sociedade.

A criação dos direitos fundamentais só faz sentido se esses direitos forem concretizados e o legislador tem a função de estabelecer limitações ou restrições a eles. Entretanto, a função de realização desses direitos não é apenas do legislador, mas de todos os órgãos estatais com poderes normativos, judiciais ou administrativos.⁵¹

3.1.1 Critérios de reflexão

A Constituição do Brasil no seu artigo 1º, inciso III resguarda a dignidade da pessoa humana, constituindo-se, assim, em fundamento do Estado e princípio a ser seguido para formação de outras normas definidoras dos direitos fundamentais. Esse princípio possui aplicabilidade imediata e *status* de cláusula pétreia, não podendo ser abolida pelo poder Constituinte derivado.

A intenção de se atribuir aos direitos fundamentais, inseridos na Constituição, a aplicabilidade imediata se deu em virtude de procurar evitar que as

⁵⁰ PARDO, David Wilson de Abreu. **Os Direitos Fundamentais e a Aplicação Judicial do Direito**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

⁵¹ MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: estudos de Direito Constitucional**. 3. ed., rev. e amp. São Paulo: Saraiva, 2004.

normas ficassem sem aplicação por falta de regulamentação.⁵²

Manoel Gonçalves cita que a norma definidora do direito fundamental deve ser completa, ou seja, deve ser auto executável, possuir eficácia plena e imediata; pois, se não for, não haverá aplicabilidade e em consequência sua concretização restará prejudicada.⁵³

Diante do processo social brasileiro, vê-se a reflexão dos direitos fundamentais como necessidade para concretização dos direitos expressos na Constituição de 1988. Além disso, diante das várias Constituições, a Carta de 1988 é a que realmente inovou e outorgou aos direitos fundamentais uma maior proteção, resultando, pois, em cláusulas pétreas ou como diz o professor Sarlet⁵⁴, “garantias de eternidade.”

Para tanto, uma das primeiras observações para a criação dos direitos fundamentais se deve pautar nas premissas constitucionais, levando-se em consideração os aspectos sociais e os aspectos internacionais dos direitos humanos.

A Emenda Constitucional nº 45/2004 reforçou a importância da teoria do “argumento dos direitos recorrentes”. Tal teoria argumenta que os direitos fundamentais que forem surgindo devem observar o aspecto de aplicação: devem ser titulares todos os indivíduos assegurando, pois, certos direitos fundamentais.⁵⁵

É de se observar que o rol dos direitos e garantias fundamentais contempla os direitos fundamentais das diversas gerações, os quais estão em consonância com a Declaração Universal de 1948⁵⁶ e principalmente com os pactos internacionais de direitos humanos, consagrando o Brasil como Estado respeitador desses direitos.

Apesar das mudanças e das transformações sociais – abolição do autoritarismo e o surgimento de um Estado Democrático de Direito –, os direitos fundamentais estão sendo concretizados à medida que a sociedade se modifica e

⁵² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 7. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

⁵³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 7. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

⁵⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 5. ed., rev., atual. e amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

⁵⁵ TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

⁵⁶ Refere-se aqui a Declaração Universal dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas.

o Estado passa a respeitar e a materializar tais direitos. Uma parcela da sociedade fica excluída, o que ocasionam carências, privações e exclusões; isso impulsiona, também, o nascimento de novas necessidades e conseqüentemente o surgimento de novos direitos visando o reconhecimento pelo Estado.⁵⁷

Essas necessidades provocam, no homem, um desejo de satisfazer seus anseios de modo a propiciar-lhe 'prazer'. Tais necessidades são exigências mínimas para satisfazer as condições materiais, sociais e morais da vida, que somente serão alcançadas com o oferecimento e a garantia dos direitos por meio do Estado.

Os novos direitos fundamentais criados ou aqueles que possam vir a ser criados no Brasil, são normas que observarão ou respeitarão as características dos Direitos Fundamentais e os Tratados Internacionais de Direitos Humanos. Esse controle é necessário para se evitar a 'banalização' e uma possível dissonância à essência e ao sentido dos direitos fundamentais.

3.1.2 A criação pelo Poder Legislativo

O Poder Legislativo é órgão competente para apreciar as leis que farão parte do nosso ordenamento jurídico. Esse Poder dispõe de ferramentas para introduzir os direitos fundamentais na Constituição. Também pode modificar os já existentes, mas não os extinguir.

Na visão de Canotilho⁵⁸, o legislador deve estar vinculado à dupla dimensão (política e jurídica) dos direitos fundamentais. Na criação de novos direitos fundamentais, ele deve observar os já existentes e consagrados, devendo instigar a realização desses. Assim, verifica-se que os direitos fundamentais são princípios norteadores da ordem jurídica.

Para que o legislador preserve essa ordem jurídica, ele deve se utilizar da edição de atos legislativos de modo a suprimir eventual inércia sua, configurando, pois, afronta à Constituição.

Um aspecto importante é a possibilidade de o legislativo fazer uso de Emendas à Constituição, que para serem aprovadas e ingressarem na Constitui-

⁵⁷ CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**. 13. ed., rev., atual. e amp. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

⁵⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1998.

ção devem passar por um processo rigoroso.

Portanto, o legislador ao aprovar uma Emenda à Constituição sobre direitos fundamentais deve, antes de submeter à apreciação do plenário, refletir sobre os seus aspectos de formação. Um dos aspectos é observar o disposto no artigo 60 da Constituição Federal⁵⁹. Outro aspecto está vinculado à análise das características, à verificação da essencialidade dos direitos fundamentais e à necessidade social de acrescentar outros direitos. O não respeito a esses aspectos implica na ‘inflação’ dos direitos fundamentais.⁶⁰

Outro meio de surgimento dos direitos fundamentais na Constituição é a inserção (recepção/ratificação) dos tratados no direito pátrio. A Emenda à Constituição nº 45/2004 esclarece tal situação. No entanto, essa Emenda acrescentou o § 3º ao artigo 5º da Constituição Federal, assim transcrito:

Artigo 5º (...)

§ 3º - Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos os respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Por conseguinte, os tratados advindos e aprovados, conforme o dispositivo legal citado, têm *status* constitucional e equiparam-se aos direitos fundamentais dispostos no capítulo dos Direitos e Garantias Fundamentais da Constituição da República Federativa do Brasil.⁶¹

Destarte, o legislador, ao criar e inserir novos direitos fundamentais, deve

⁵⁹ Assim dispõe o artigo 60 da Constituição da República Federativa do Brasil: Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: I – de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal; II – do Presidente da República; III – de mais da metade das Assembleias Legislativas das Unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros. § 1º A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio. § 2º A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros. § 3º A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem. § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I – a forma federativa de Estado; II – o voto direto, secreto, universal e periódico; III – a separação dos Poderes; IV – os direitos e garantias individuais. § 5º A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa.

⁶⁰ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 7. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

⁶¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direito Constitucional**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

atentar-se para que tais direitos não sejam objeto de ação de inconstitucionalidade, decorrente da não observação da aplicação imediata, gerando, dessa forma, uma ‘norma morta’.

O professor Gilmar F. Mendes⁶², utilizando-se da Constituição alemã, afirma que para evitar um esvaziamento dos direitos fundamentais pelo legislador é necessário que a essência dos direitos deva ser garantida constitucionalmente, para que, dessa forma, o esvaziamento seja evitado por meio das garantias institucionais (mecanismos da jurisdição constitucional). Ele afirma ainda que a proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais é necessária para impor limites à atuação legislativa na esfera dos direitos fundamentais.

Por fim, o legislador deve definir, em essência, o próprio conteúdo do direito regulado, observando que não deve simplesmente estabelecer restrições, mas, sim, designar um papel indispensável à norma, como função de concretização ou conformação desses direitos. Essa função se dá quando o legislador regula o próprio conteúdo do direito; logo, sua atuação revela-se indispensável para a concretização dos direitos fundamentais.

3.1.3 A concretização pelo Judiciário

A jurisdição deve estar vinculada aos direitos fundamentais. Ao Judiciário cabe o dever de assegurar sua efetiva aplicação e deve se orientar com base nos direitos fundamentais, seja nas relações entre os indivíduos e o Estado, seja nas relações estritas entre particulares.

É necessário verificar a legitimidade das decisões do Judiciário, visando à correta aplicação dos direitos fundamentais aos casos concretos.⁶³ Significa dizer que a aplicação do direito pelos órgãos judiciais pode resultar em afronta aos direitos fundamentais, mitigando a máxima desses direitos e causando prejuízos a sua concretização.

Os juízes e tribunais têm a obrigação de evitar que a falta de concretização constitua óbice à aplicação imediata dos direitos fundamentais. Os representantes judiciais não se encontram apenas na obrigação de assegurar a plena eficácia

⁶² MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**: estudos de Direito Constitucional. 3. ed., rev. e amp. São Paulo: Saraiva, 2004.

⁶³ MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**: estudos de Direito Constitucional. 3. ed., rev. e amp. São Paulo: Saraiva, 2004.

dos direitos fundamentais, mas estão, também, autorizados a remover as lacunas oriundas da falta de concretização.⁶⁴

O Judiciário pode e deve viabilizar a fruição dos direitos fundamentais mediante o preenchimento das lacunas existentes, proporcionando a aplicabilidade imediata desses direitos. Contudo, a aplicação por esse Poder se limita a fruição a casos concretos, pois, a Constituição prevê a separação dos poderes; se promovesse a aplicabilidade dos direitos fundamentais de modo geral, estaria o Poder Judiciário interferindo no dever do Poder Legislativo.

Portanto, na falta de mecanismos que deveriam ser fornecidos pelo Legislativo para dar eficácia plena e aplicabilidade imediata aos direitos fundamentais, os perseguidores desses direitos podem reclamar ao Judiciário para que ao caso concreto apliquem imediatamente o bem assegurado por tais direitos, de modo a garantir a sua real concretização, garantindo, assim, a aplicabilidade imediata assegurada pela Constituição Federal.

3.2 A essência dos direitos fundamentais

Os direitos fundamentais são – por sua natureza – complexos e por isso se faz necessário identificar os seus elementos essenciais. São direitos subjetivos e elementos indispensáveis do constitucionalismo, formando a base do ordenamento jurídico do Estado de Direito democrático.

Na subjetividade, identifica-se o homem, no seu desenvolvimento, desde o ventre até a sua morte, que possui necessidades, cria desejos e expressa intenções. A partir da sua concepção, o feto já possui necessidades, as quais serão garantidas por elementos indispensáveis ao seu desenvolvimento.

A carência humana é fruto da sua necessidade de satisfação. Para o seu contentamento é imprescindível que se alcance o desejado. Esse sentimento de ‘falta’ gera uma motivação, um anseio de eliminar tal necessidade.

Nesse ensejo e na busca motivada de conquista, surge a violação das necessidades de outros indivíduos. Dessa forma, faz-se necessário limitar essa busca de satisfação e isso se dá por meio de direitos, os quais têm como finalidade garantir a existência de forma pacífica e resultando na realização dos anseios

⁶⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 5. ed., rev., atual. e amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

individuais, sem colocar em xeque as necessidades dos concorrentes.

Coulanges corrobora afirmando que o nascimento de uma legislação se deu nos antigos princípios, derivando-se de crenças religiosas.⁶⁵ Tais regramentos têm a premissa de proporcionar prazer advindo da realização daqueles que compõem determinada sociedade, tornando-os fundamentais para convivência tranquila da sociedade.

O desenvolvimento social faz surgir carências humanas, as quais o Estado deve sanar, entretanto, o homem busca saciar suas carências nas criações de direitos, de modo a garantir a ação do Estado. Desse modo, os direitos surgem em face das necessidades relacionadas às condições materiais, sociais, culturais e principalmente de existência.⁶⁶ Como bem ressalta Wolkmer⁶⁷, quando esses elementos possuem linguagem pública e são atos válidos e legítimos, eles são inscritos como direitos e decorrem de um processo de conquista.

Essas condições estão agarradas diretamente à centralidade da formação fundamental dos direitos na ordem democrática. A criação de normas é construída com base nas lutas sociais, produto das concepções de mundo e interesses diferenciados, resultantes das carências de uma sociedade que busca afirmar os direitos que satisfaçam suas aspirações.

Sob um primeiro aspecto, os direitos fundamentais são direitos de defesa, porque são destinados a proteger determinadas posições subjetivas contra a intervenção do Poder Público, seja pelo não-impedimento da prática de determinado ato, seja pela não intervenção em situações subjetivas ou pela não-eliminação de posições jurídicas.⁶⁸

Nesse sentido, é observado que a garantia de liberdade, assegurada pelos direitos fundamentais, somente é possível quando se constata uma sociedade livre.⁶⁹

⁶⁵ WOLKMER, Antônio Carlos. **Fundamentos de História do Direito**. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

⁶⁶ PARDO, David Wilson de Abreu. **Os Direitos Fundamentais e a Aplicação Judicial do Direito**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

⁶⁷ WOLKMER, Antônio Carlos. Introdução aos fundamentos de uma teoria geral dos “novos” direitos. **Revista Jurídica**, v. 2, n. 31, p. 121-148, 2013.

⁶⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: estudos de Direito Constitucional**. 3. ed., rev. e amp. São Paulo: Saraiva, 2004.

⁶⁹ HESSE, Konrad; GUTIÉRREZ, Ignacio Gutiérrez. **Derecho constitucional y derecho privado**. 1995

Para os indivíduos alcançarem a realização de suas carências é importante garantir o direito de liberdade, porque, sem esse direito, não há possibilidade efetiva de se alcançar outros direitos, de modo que garantam satisfação às suas necessidades.

Por isso, o direito de liberdade é considerado um direito de defesa, incumbindo ao Estado a não intervenção na esfera da liberdade pessoal dos indivíduos, além de colocar à disposição os meios materiais e de implementar condições para o efetivo exercício dos direitos fundamentais, de forma que satisfaça a manutenção das suas necessidades.⁷⁰

Os indivíduos, por intermédio do direito de liberdade, estão aptos a decidir sobre questões de seu interesse e são responsáveis pelo interesse coletivo. Segundo Hesse, essas características garantem os direitos subjetivos, bem como os princípios norteadores da esfera constitucional e democrática⁷¹.

Assim, os direitos fundamentais, na sua essência, se baseiam na preservação da dignidade, igualdade e liberdade da pessoa humana. São, ao mesmo tempo, direitos subjetivos e essenciais da ordem constitucional objetiva.

É parte essencial dos direitos fundamentais a igualdade perante a norma. Os direitos fundamentais devem ser os mesmos a todos, sem diferenciar tratamento ou favorecer uns em detrimento dos outros.⁷²

Os direitos fundamentais, enquanto direito subjetivo, invocam a necessidade pessoal de cada indivíduo, mas essa asserção é correta se ao objeto da norma for possível uma correta fundamentação referida a Direitos Fundamentais. Nesse sentido, Alexy explica que as normas de Direitos Fundamentais “são todas as normas para as quais exista possibilidade de uma correta fundamentação referida aos Direitos Fundamentais.”⁷³

Então, os direitos fundamentais possuem como seu fundamento principal a natureza humana. Contudo, deve ser observada a verdadeira essencialidade

⁷⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 5. ed., rev., atual. e amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

⁷¹ HESSE, Konrad. *La interpretación constitucional*. Escritos de derecho constitucional, 1983. p. 45.

⁷² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direito Constitucional*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

⁷³ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. Malheiros Editores, 2008.

da coletividade para que o direito advenha dos anseios cuja finalidade possa ser satisfeita, a fim de proporcionar deleite e segurança à sociedade.

3.3 As consequências da criação não-criteriosa dos direitos fundamentais

A criação sem critérios dos direitos fundamentais provoca consequências desastrosas, tanto no âmbito de aplicação, quanto no âmbito da eficácia.

A inobservância aos critérios de formação provoca insegurança aos anseios daqueles que lançam mão dos direitos fundamentais. Gera uma concorrência desses direitos, ou seja, o mesmo titular preenche os pressupostos de fato de vários direitos.

Como bem assinala Sarlet⁷⁴, “a multiplicação de direitos fundamentais vulgariza e desvaloriza a ideia.” Para Manoel Gonçalves⁷⁵, a falta de austeridade dos direitos fundamentais provoca a inflação no sistema.

Essa concepção gera a mitigação do alcance das normas de direitos fundamentais, prejudica aqueles que têm o dever de aplicá-las e concretizá-las e, também, aqueles que são sujeitos ativos dessas normas. O aplicador da norma tem sua função prejudicada, porque o sujeito é rendido às normas de pouca expressão e pouca valorização social, ou seja, a essência do direito fundamental não foi observada no momento da sua criação e concorreu para que essa norma nascesse fadada ao esquecimento. Porque, também, esse agente não compreende o conceito material desses direitos fundamentais criados sem critérios e sem uma sistemática, prejudicando a correta compreensão e aplicação de tais direitos.

A criação dos direitos fundamentais, de forma não-criteriosa, contribui para a perda do seu objetivo e o distanciamento da essência (fundamento principal) na formação dos direitos fundamentais proporcionando a colisão desses direitos.

Para Alexy⁷⁶, a colisão de direitos fundamentais é resultado da má formação das normas ocasionada pela forma imperfeita de distinção entre regras e

⁷⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 5. ed., rev., atual. e amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

⁷⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 7. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

⁷⁶ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. Malheiros Editores, 2008.

princípios. Ele afirma que tal distinção é de fundamental importância para construir os pilares dos direitos fundamentais e, como consequência, a formulação de solução eficiente aos conflitos.

3.6.1 Perda da eficácia dos direitos fundamentais

Uma das consequências da criação não-criteriosa dos direitos fundamentais é a perda da sua eficácia. Isso ocorre porque há um distanciamento desses novos direitos a um pressuposto indispensável: a essência.

Outro ponto a ser observado é a relação da efetividade dos direitos fundamentais que demandam a existência de um aparato estatal de prestação, a qual inclui um planejamento em âmbitos diversos. Faz-se necessário que se defina eficácia e aplicabilidade para que se possa compreender porque a criação sem critérios de direitos fundamentais causa instabilidade jurídica e social, provocando a perda da eficácia e impedindo a aplicabilidade imediata.

José Afonso da Silva explica que:

Uma norma só é aplicável na medida em que for eficaz. Por conseguinte, eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais constituem fenômenos conexos, aspectos talvez do mesmo fenômeno, encarados por prismas diferentes: aquela como potencialidade; esta como realizabilidade, praticidade.⁷⁷

A eficácia é o poder de as normas produzirem efeitos; a aplicabilidade é a maneira pela qual as normas são postas em prática.

Diante desses conceitos, é possível verificar que a eficácia e a aplicabilidade dos direitos fundamentais estão ligadas à sua função e a forma de posituação no texto constitucional, visto que, normalmente, esses direitos são positivados expressamente como normas de aplicabilidade imediata, conforme dispõe o art. 5º, § 1º, da Constituição da República Federativa do Brasil (CF): “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicabilidade imediata.”

Em consideração a esse pressuposto legal e partindo da premissa que não há como tornar efetivos os direitos fundamentais, se não levar a sério o disposto no artigo supracitado, constata-se desde logo a necessidade de não desdenhar o significado e o alcance dessas normas. Por conseguinte, essas nor-

⁷⁷ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 30. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

mas impõem aos poderes estatais a obrigação de maximizar a eficácia dos direitos fundamentais.⁷⁸

Contudo, tendo por base o que expressa o artigo 5º, § 1º, da CF, pode-se afirmar que os poderes públicos têm a tarefa e o dever de extrair das normas de direitos fundamentais a maior eficácia possível. Assim, não há como desconsiderar que a presunção de aplicabilidade imediata e a eficácia plena dos direitos fundamentais constituem um dos pilares da sua fundamentalidade.

A eficácia conformadora dos direitos fundamentais decorre da sua consideração como princípios, porque decorrem de valores, remetendo-os a essência.⁷⁹ A caracterização dos direitos fundamentais deve possuir máxima potencialidade, aplicando-os a todos, sem distinção; logo, o enchimento de direitos fundamentais sem critério provoca falência nesse sistema.

García de Enterría, diz que o artigo 5º, § 1º, da CF constitui um adicional às normas de direitos fundamentais e tem como finalidade ressaltar a aplicabilidade imediata, independentemente de qualquer mecanismo de concretização⁸⁰.

Hodiernamente, os direitos fundamentais não são absolutos, ou seja, trata-se de direitos que têm sua aplicabilidade em virtude de cada fato concreto, posto que possuem aplicabilidade imediata. Esse fato se dá em razão da axiologia principiológica que norteia os direitos fundamentais.

Aliás, as normas de direitos fundamentais de eficácia plena incidem diretamente sobre os interesses que foram razões para a sua criação. São construídas de modo a possuírem todos os meios e elementos necessários a sua imediata executoriedade.⁸¹

Verifica-se, portanto, a importância e o liame da eficácia dos direitos fundamentais, e nessa seara, a banalização desses direitos provoca a irregular ou a mitigação da aplicabilidade imediata, prejudicando, pois, a concretização, a finalidade e a essência dos direitos fundamentais: a dignidade da pessoa humana.

⁷⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 5. ed., rev., atual. e amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

⁷⁹ PARDO, David Wilson de Abreu. **Os Direitos Fundamentais e a Aplicação Judicial do Direito**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lúmem Juris, 2003.

⁸⁰ ENTERRÍA, García *apud* SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 5. ed., rev., atual. e amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

⁸¹ SILVA, José Afonso da. **Teoria do Conhecimento Constitucional**. 3. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2014.

3.6.2 Colisão de direitos

Outra consequência da criação desordenada de novos direitos fundamentais é a sua colisão com os direitos já existentes, ou com os já criados. Isso é parte da banalização que vem assolando o ordenamento desses direitos.

Considera-se a colisão dos direitos fundamentais quando o exercício por parte de um titular de um direito colide com o exercício do direito fundamental de outro. Vale ressaltar, que o conflito ou a colisão de direitos comporta moderação; nem todo exercício do direito invocado é respaldado no seu âmbito de proteção. Essa colisão pode gerar uma situação que apresenta problemas difíceis de resolver⁸² cuja consequência será a colisão de direitos entre vários titulares ou a colisão entre direitos fundamentais e bens jurídicos da comunidade e do Estado.⁸³ Portanto, é necessária uma precisa identificação do alcance do direito protegido para identificar se determinada conduta está ou não protegida.

A doutrina tem classificado as colisões como de sentido amplo e de sentido estrito. As colisões em sentido amplo estão relacionadas à colisão entre direitos fundamentais e outros princípios ou valores, os quais protegem os interesses da comunidade. Em sentido estrito, trata-se propriamente da colisão entre direitos fundamentais.⁸⁴

Por conseguinte, a análise da estrutura intrínseca das normas de direitos fundamentais: princípios e regras coadunam os direitos fundamentais, de modo que se fazem de extrema importância na solução das colisões.

Assim, na visão de Alexy⁸⁵, a inobservância aos princípios e regras é causa para o choque de pretensões, as quais se fundamentam nos direitos fundamentais. O renomado professor afirma que identificar e distinguir essas duas estruturas que compõe a norma é essencial no estudo dos direitos fundamentais, além de ser norteadora da resolução da colisão entre os direitos fundamentais. Ressalta ainda que a diferença entre os princípios e regras é de que no primeiro,

⁸² DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3. ed. Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2010. O autor traz a questão da solução dos chamados casos difíceis (*hard cases*).

⁸³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1998.

⁸⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: estudos de Direito Constitucional**. 3. ed., rev. e amp. São Paulo: Saraiva, 2004.

⁸⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. Malheiros Editores, 2008.

os direitos se colidem e, na segunda, se conflitam.

Uma solução adotada por Alexy⁸⁶ no caso de conflitos entre regras é introduzir uma cláusula de exceção que elimine o conflito. Se esse tipo de solução não for possível, pelo menos uma das regras tem de ser declarada inválida e com isso deve ser abolida do ordenamento jurídico.

Entretanto, Canotilho⁸⁷ afirma que os direitos fundamentais não sujeitos a normas restritivas não se podem converter em direitos com mais restrições do que os direitos restringidos diretamente pela Constituição ou por autorização dela. Propõe como solução para conflito uma construção dos direitos fundamentais baseados na harmonização e na relação de prevalência desses direitos ou bem protegidos por eles em relação a outro.

Todavia, somente pode-se falar em restrição de direitos, liberdades e garantias a partir do entendimento do âmbito de proteção das normas que consagram esses direitos.

A primeira providência deve estar relacionada à estrutura de composição da norma de direito fundamental que garante direitos. Nesse sentido, como já foi afirmado anteriormente, deve-se distinguir princípio de regra.

Para Alexy⁸⁸, princípios “são normas com grau de generalidade relativamente alto, são “normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes, são ainda chamados de mandamentos de otimização, caracterizados pelo fato de serem cumpridos em diferentes graus, cuja medida de cumprimento é dependente das possibilidades reais e jurídicas.

Enquanto que as regras possuem grau de generalidade relativamente baixo, ou seja, são “normas que só podem ser cumpridas ou não”⁸⁹, se forem válidas, implicam na exata realização daquilo que preceituam. As regras contêm, portanto, determinações daquilo que é juridicamente possível.

⁸⁶ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. Malheiros Editores, 2008.

⁸⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1998.

⁸⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. Malheiros Editores, 2008.

⁸⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. Malheiros Editores, 2008.

Percebe-se que, diante da distinção apresentada e das considerações, as regras são válidas ou inválidas, não existindo meio termo, pois o conceito de validade jurídica não é gradual.⁹⁰ Assim, diante de regras, deve-se fazer exatamente o que ela ordena, de maneira definitiva. Os princípios ordenam a realização na maior medida possível de acordo com as ponderações jurídicas e dos casos apresentados.

Essa abordagem se mostra conclusiva ao ponto de afirmar que as disposições de direitos fundamentais possuem um duplo aspecto normativo. São ao mesmo tempo princípios e regras. São princípios porque podem ser contrabalançados com outros, na medida em que podem avaliar o grau de importância de cada um para resolução de um caso. São regras porque exigem cumprir aquilo que estabelecem e instituem determinações frente a outras disposições de direito fundamental a que elas se contrapõem.

A criação não criteriosa gera direitos fundamentais facilmente de serem colididos com outros já consagrados, essa colisão é proporcionada pela inobservância aos aspectos que compõem os direitos fundamentais. No aspecto intrínseco, a formação de direitos sem a devida cautela de análise do âmbito da norma, nos seus pilares – princípios e regras – gera conflitos de aplicação e dificulta a concretização dos direitos fundamentais.

Esses novos direitos, que não possuem a real essência que justifiquem sua criação, provocam uma concorrência de direitos. Essa concorrência existe quando um comportamento do mesmo titular preenche os mesmos pressupostos de vários direitos fundamentais. Ou seja, o cruzamento de direitos fundamentais implica ao mesmo titular buscar seus anseios no âmbito da proteção de vários direitos, liberdades e garantias.

Outro modo de concorrência é a acumulação de direitos fundamentais. Nesse aspecto, para um direito ser usufruído e alcançado se faz necessário que se acumule com outros para que possam ser efetivamente aplicáveis.⁹¹

A colisão dos direitos fundamentais pode ser solucionada inicialmente se o intérprete constatar a colisão entre dois ou mais direitos fundamentais abar-

⁹⁰ PARDO, David Wilson de Abreu. **Os Direitos Fundamentais e a Aplicação Judicial do Direito**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lúmem Juris, 2003.

⁹¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1998.

cados em uma determinada situação. Depois, se for constatada a colisão entre direitos, deve-se analisar a possibilidade de suprimir a aplicação de um direito fundamental em detrimento de outro, procurando maximizar a efetividade do direito em questão, mas sem ocasionar prejuízo ao sistema de direitos fundamentais.

Por fim, cabe uma análise no âmbito de proteção do direito, a fim de atender a verdadeira essência dos direitos fundamentais, tendo como ponto central, o princípio da dignidade da pessoa humana. Por isso, a solução mais evidenciada na solução das colisões dos direitos fundamentais deve ser a que mais se aproxima da efetivação e respeito à dignidade da pessoa humana.

Conclui-se, portanto, que a criação aleatória de direitos fundamentais proporciona a existência de diversos direitos com caráter de fundamental no ordenamento jurídico, ou seja, o surgimento de direitos fundamentais, sem a devida observação das necessidades que justificam sua criação, permite que sejam invocados para satisfazer os anseios de alguns. Nesse sentido, a subjetividade de cada indivíduo interpretará a norma fundamental como melhor lhe convier, assim haverá várias pretensões baseadas nos direitos fundamentais, ocasionando instabilidade jurídica e a perda da verdadeira concepção dos direitos fundamentais.

4 CONCLUSÃO

O neoconstitucionalismo é uma realidade que se impõe no nosso ordenamento jurídico. Os seus aspectos têm influenciado o desenvolvimento de diretrizes doutrinárias e a aplicação do direito. No que tange à essência dos direitos fundamentais como substância indispensável à criação desses direitos, a fim de evitar que haja o surgimento de direitos fundamentais sem critérios provocando banalização no sistema desses direitos, é importante campo axiológico do desenvolvimento do neoconstitucionalismo.

Sob o aspecto histórico, foi a partir da necessidade de garantir determinados direitos que se desenvolveu o espectro de garantia; sob o aspecto filosófico, idealizou e buscou-se a consagração e o respeito aos direitos fundamentais; sob o aspecto teórico, os direitos fundamentais têm sido concretizados.

Todavia, o sistema de direitos fundamentais passou a ser aberto de tal

ponto que se justificasse que qualquer direito tinha como núcleo essencial a dignidade da pessoa humana (*sic*). Passou-se, a partir do neoconstitucionalismo, garantir mais direitos com natureza de fundamental, esquecendo-se, pois, de concretizar os já assegurados. Essa segurança implica na criação não criteriosa dos direitos fundamentais. Isso acarreta consequências desastrosas, por que a criação afastada da essência dos direitos fundamentais implica numa maior colisão de direitos, o que por sua vez provoca a perda de sua eficácia.

Por outro lado, essa impulsão (pelos Poderes do Estado) propicia a evolução dos direitos fundamentais; e mais! Os direitos fundamentais passam a um *status* concretizado.

É nessa perspectiva que se faz necessário concretizar os direitos já existentes para depois promover a criação de outros, pois se isso não for obedecido os novos direitos criados não cumprirão a sua função.

Por fim, se a exceção for o tudo, o tudo será o comum e o nada será a exceção. No campo dos direitos fundamentais, se tudo for direito fundamental, o nada será essencial e como consequência não haverá garantia daquilo que se propõe fundamental, e, conseqüentemente o que se verá é a concretização do nada.

A multiplicação de direitos sem critérios que dão sentido a justificação de serem fundamentais provoca perda de eficácia e implica em colisões e conflitos de normas de direitos fundamentais. Essa forma desordenada de criação dos direitos fundamentais, sem critérios objetivos, proporciona a vulgarização da ideia, a inflação dos direitos e a banalização do sistema dos direitos fundamentais.

5 REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. Malheiros Editores, 2008.

BARCELOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. **Revista de direito administrativo**, v. 240, p. 83-105, 2005.

BARROSO, Luiz Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. O triunfo do direito constitucional no Brasil. **Revista da Escola Nacional da Magistratura, Brasília, Escola Nacional da Magistratura**, a. I, n. 2, 2006.

BULOS, Uadi Lâmmego. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed., rev. e atual. São Paulo:

Saraiva, 2008.

CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. **Panóptica**, v. 2, n. 2, p. 1-44, 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1998.

CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. Madri: Trotta, 2003.

_____. **Teoria del Neoconstitucionalismo**. Madrid: Trotta, 2007.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**. 13. ed., rev., atual. e amp. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação constitucional**. 3. ed. rev e aument. São Paulo: Saraiva, 2007.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3. ed. Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direito Constitucional**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. **Direitos humanos fundamentais**. 7. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

HESSE, Konrad. Força normativa da Constituição. in **Temas fundamentais do direito constitucional**. Tradução: Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes, & Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **La interpretación constitucional**. Escritos de derecho constitucional, 1983.

_____; GUTIÉRREZ, Ignacio Gutiérrez. **Derecho constitucional y derecho privado**. 1995

LASSALE, Ferdinand. **O que é uma Constituição?** Campinas: Servanda, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 378, jul. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5281>>. Acesso em: 08 jul. 2010.

_____. **Teoria geral do processo**. Ed. Revista dos Tribunais, 2006.

MARTINS, Samir José Caetano. Neoconstitucionalismo e Relações Privadas: alguns parâmetros. **Revista CEJ**, v. 11, n. 36, p. 61-73, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**. 3 ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.

PARDO, David Wilson de Abreu. **Os Direitos Fundamentais e a Aplicação Judicial do Direito**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2003.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Direito, poder, justiça e processo: julgando os que nos julgam**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 30. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

_____. **Teoria do Conhecimento Constitucional**. 3. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2014.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Fundamentos de História do Direito**. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

_____. Introdução aos fundamentos de uma teoria geral dos “novos” direitos. **Revista Jurídica**, v. 2, n. 31, p. 121-148, 2013.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. 9 ed. Madrid: Trotta, 2009.

DISCUSSÃO DA REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL PARA DEZESSEIS ANOS: PELA DEFESA DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Patrícia Fagundes Costa¹

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O menor e seus direitos no Brasil: a maioridade penal. 2.1. Da contextualização legislativa quanto aos direitos do menor no Brasil. 2.2. A problemática quanto à aplicação da legislação vigente. 2.3. Principal personagem do nosso estudo: quem é o adolescente no Brasil. 3. A polêmica sobre a maioridade penal. 3.1. As correntes defensoras da redução da maioridade penal. 3.2. As correntes contrárias à redução da maioridade penal. 4. Conclusão. 5. Referências.

RESUMO

O presente artigo tem por objetivo trazer à discussão acadêmica a proposta de Redução da Maioridade Penal por ser um tema extremamente atual e polêmico, utilizando-se de um enfoque jurídico-social, buscando através desta pesquisa, relacionar o tema à Constituição Federal de 1988, ao Estatuto da Criança e do Adolescente, às questões de Direitos Humanos e ainda às mais recentes pesquisas que giram sobre o tema, procurando aprofundar o estudo acerca das possíveis causas do crescente aumento da violência infanto-juvenil. Faz-se clara a ideia de que tramitaremos por duas correntes bem definidas: aquela que defende a Redução da Maioridade Penal e aquela que se posiciona contrariamente a esta proposta, conhecendo seus argumentos e refletindo criticamente acerca deles.

Palavras-chave: Maioridade Penal. Redução. Violência Infanto-Juvenil.

¹ Aluna do curso de pós-graduação lato sensu em Direito Sociais, Ambiental e do Consumidor, no Centro Universitário de Brasília - UniCEUB/ICPD.

1 INTRODUÇÃO

Por todos os cantos do Brasil há o incessante debate a respeito da redução da maioria penal e a pergunta inevitável acaba sempre aparecendo: “Você é a favor ou contra a redução da imputabilidade penal?” Cada crime que envolve um jovem menor de dezoito anos reacende o clamor pela redução e pode parecer a solução para o problema da delinquência juvenil. A pressão dos defensores da dureza contra o crime tem crescido e tudo indica que tem logrado sensibilizar a opinião pública. Por outro lado, os defensores do Estatuto da Criança e do Adolescente sinalizam com um combate que promete choques intensos.

Muitas perguntas gravitam em volta deste assunto tão polêmico e muitas vezes acabam sem respostas plausíveis por parte da sociedade e até mesmo do Congresso Nacional. Trata-se de perguntas como: a sociedade está satisfeita com o nosso sistema penitenciário, esse que tem atendido aos maiores de dezoito anos e que se quer ver atendendo também aos menores de dezoito anos? A aplicação das penas privativas de liberdade aos maiores de dezoito anos está impedindo de praticar crimes? Estão logrando conter a criminalidade com eficiência? Nossas prisões estão cumprindo a dupla função que as tradições civilizadas lhes atribuem: sinalizar limites para que se reduza o ímpeto criminoso e reeducar para o convívio pacífico e a sociabilidade? As penas atribuídas pela justiça têm o propósito de vingar o mal feito, impondo ao malfeitor sofrimento equivalente ao que ele infligiu à vítima?

Mas, as perguntas não param por aí: os defensores da redução da maioria penal consideram que o Estatuto da Criança e do Adolescente vem sendo aplicado competente e conscientemente no Brasil? O processo socioeducativo vem sendo respeitado, em todo seu rigor, em todos os níveis que envolve? As instituições responsáveis pela aplicação do ECA têm se mostrado equipadas e qualificadas? O acompanhamento posterior à internação, assim como a avaliação das trajetórias individuais têm respondido às exigências estipuladas pelo Estatuto? As polícias têm se revelado preparadas para cumprir a sua missão na aplicação do ECA?

Este trabalho tem o objetivo de procurar responder a todas estas perguntas, demonstrando por meio de pesquisa bibliográfica algumas conclusões, como: a falência de nosso sistema penal para o público alvo do ECA, que na

verdade tornou-se uma gigantesca, caríssima e irracional máquina de moer espíritos. As penas privativas de liberdade não têm servido aos seus propósitos originais, pelo contrário, além de se revelarem inúteis como fator de inibição da criminalidade, têm concorrido para seu crescimento; o Estatuto da Criança e do Adolescente nunca foi aplicado para valer, em todas as suas dimensões e com o rigor de todas as suas exigências.

Logo, antes de concluir pelo fracasso do ECA ou mesmo de criticar a sua ineficiência, antes de propor sua alteração ou substituição, seria conveniente testá-lo. Aliás, é curioso como, no Brasil, tendemos a acreditar sempre que o problema é a falta de leis e que a existência de leis adequadas seria suficiente para mudar a realidade. É surpreendente como, em geral, estamos mais dispostos a propor mudanças legais do que a tentar aperfeiçoar a aplicação das leis que temos. Este artigo científico pretende demonstrar que, neste caso especificamente, o problema não está nas leis, mas na eficiência (ou deficiência) de sua aplicação. Se for assim, será inútil a voracidade legiferante.

Os argumentos dos críticos do ECA, se traduzem na dicotomia entre transigência e severidade. Comprovaremos que o ECA é severo, se for aplicado com o respeito devido a todas as exigências que contempla. Afinal, o Estatuto da Criança e do Adolescente prevê a internação e determina medidas unilaterais, imperativas. Nenhum jovem pede a aplicação das medidas socioeducativas. Elas não são voluntárias. São fortes e rigorosas. O fato de diferenciarem-se do encarceramento não as torna menos severas. Torna-as mais eficientes, se as metas a alcançar são a ressocialização e a redução da reincidência. As medidas socioeducativas diferenciam-se da mera privação da liberdade, justamente porque o encarceramento não funciona, é contraproducente em todos os níveis.

Com a redução da maioridade penal busca-se a severidade, mas qual severidade serviria melhor à sociedade brasileira? Aquela que faz morada na dureza policial, no vigor punitivo, mas que na prática alimenta um sistema apodrecido, um aparato de segurança degradado, a violência policial e o desenvolvimento da criminalidade nas instituições que deveriam cuidar da ordem pública? Esta é a severidade do fracasso. O Estatuto da Criança e do Adolescente, insisto, é severo e poderá atualizar seu potencial construtivo se lhe for concedida a oportunidade histórica de ser efetivo e plenamente aplicado. A severidade do ECA é aquela que compatibiliza ao mesmo tempo o respeito aos direitos humanos e o sentido da

responsabilidade, porque se volta para o futuro.

2 O MENOR E SEUS DIREITOS NO BRASIL: A MAIORIDADE PENAL

2.1 Da Contextualização Legislativa quanto aos direitos do menor no Brasil

A Constituição Federal Brasileira, promulgada em 1988, determina em seu artigo 228 que são penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos e em seu artigo 227, que é de competência da família, da sociedade e do Estado assegurar os direitos das crianças e adolescentes. A garantia constitucional concedida aos menores de dezoito anos no Brasil não é considerada em nosso ordenamento jurídico como cláusula pétrea, devendo figurar entre os Direitos e Garantias Individuais¹. Embora estes direitos assegurados não estejam colocados entre o rol do artigo quinto, o parágrafo segundo deste artigo determina que este rol não é taxativo, podendo os Direitos e Garantias Individuais ser encontrados ao longo do texto constitucional. Não sendo cláusula pétrea, o artigo 228 da Constituição Federal poderá, portanto, ser modificado através de Projeto de Emenda Constitucional (PEC).

Principal norma de direitos e deveres dos cidadãos, a Constituição Federal de 1988 avança no reconhecimento dos jovens como sujeitos de direito, sem, no entanto, contribuir muito para a melhor definição de juventude². Reforça o caráter ambíguo da condição juvenil, atribuindo graus diferenciados de emancipação para cada dimensão da vida social. Assim, de acordo com a Constituição Federal, os adolescentes podem trabalhar na condição de aprendizes a partir dos quatorze anos; o direito ao voto é assegurado a partir dos dezesseis anos, porém, sua obrigatoriedade e a entrada efetiva do adolescente na vida política ocorrem a partir dos dezoito anos, marcando também a possibilidade de serem eleitos. Estaremos, entretanto, em momento oportuno, procurando delimitar o fenômeno da adolescência nos dias atuais e quem é o adolescente de que estaremos tratando neste estudo.

¹ MARTINS, Ives Gandra: *Comentários à Constituição do Brasil*.

² CARAMANO, Ana Amélia & outros – IPEA.

A Constituição Federal de 1988, no seu percorrer histórico veio elevar as crianças e adolescentes ao nível de cidadãos, conferindo-lhes direitos, diferentemente das Cartas Constitucionais antecessoras, que chegavam a não fazer menção alguma a assunto tão relevante, como a de 1824. O primeiro texto constitucional que trouxe normas de amparo à criança foi o de 1934, porém sob o enfoque correccional-repressivo, que coadunava com a política ditatorial da época³ e quando não era assim, havia um caráter meramente assistencialista quando se tocava no tema.

Porém, é claro se considerar que no tempo em que vivemos, com uma enorme gama de informações, com a agilidade dos acontecimentos, a rapidez com que chegam até nós e com a conseqüente remodelação social decorrente deste quadro, nossa Constituição Cidadã pode encontrar-se desatualizada em alguns aspectos e por isso mesmo há a possibilidade prevista em seu próprio bojo de emendas ao seu texto. Não obstante, há ainda a possibilidade de edição de leis infraconstitucionais que acrescentem, desenvolvam e atualizem o texto constitucional, sem, contudo, obviamente contradizê-lo, o que tornaria a lei eivada de inconstitucionalidade e conseqüentemente ineficaz.

O Código Civil Brasileiro considera o indivíduo emancipado aos dezoito anos de idade. A partir dessa idade, ficam habilitados à prática de todos os atos da vida civil. Do ponto de vista legal, o intervalo entre dezesseis e dezoito anos pode também ser considerado um período de transição. Os jovens já são considerados aptos para alguns atos civis, mas figuram na posição de relativamente incapazes ou incapazes.

Nesse escopo, em 13 de julho de 1990, menos de dois anos depois da promulgação da Constituição, edita-se a Lei nº 8.069, o chamado Estatuto da Criança e do Adolescente, considerado um dos mais ricos textos legais sobre o assunto⁴. O Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA – traz propostas muito interessantes como: a participação familiar e comunitária em todo o processo de aplicação de medidas socioeducativas aos jovens; a criação de Conselhos para atuação junto ao menor infrator; uma política de municipalização no atendimento ao menor, o que possibilita com maior eficácia sua integração assistida à comunidade de origem; o

³ SILVA, Enid Rocha Andrade & GUERESI, Simone – IPEA.

⁴ NOGUEIRA, Paulo Lúcio: **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**.

procedimento contraditório e garantias processuais como a necessidade do devido processo legal; o respeito à integridade física e moral dos jovens; a gradação na aplicação de medidas socioeducativas ao menor infrator⁵.

Neste ponto nos atermos com mais especificidade: o ECA prevê com clareza as medidas socioeducativas aplicáveis a cada caso, abarcando uma gradação até que se chegue ao extremo da internação, que é medida última para o Estatuto. A internação, portanto, não pode ser descartada, pois é uma realidade o fato de existirem casos também extremados e que requerem internação. O fato é que, para muitos, quando da análise sobre a Redução da Maioridade Penal, para o jovem infrator só existiria como pena aplicável a internação, e esta ideia não corresponde ao ECA, que prevê como medidas socioeducativas: a) advertência, que consiste em admoestação verbal do juiz; b) reparação do dano, quando o ato infracional é contra o patrimônio; c) prestação de serviços à comunidade; d) liberdade assistida, aplicada aos menores reincidentes ou habituais; e) semiliberdade, que corresponde ao regime aberto previsto pelo Código Penal; f) internação⁶.

Todas as questões constitucionais e legais desembocam na atualíssima discussão em torno dos Direitos Humanos, sobretudo no que reflete aos jovens em nossa sociedade brasileira. Em estudo realizado pela Comissão de Justiça e Paz, ligada à Arquidiocese de Brasília, cujo Relatório traz à reflexão temas importantes, como: Política Social de Direitos Humanos, Povos Indígenas no Brasil, Migrantes, Democracia da terra e a questão da Criança e do Adolescente, a constatação é estarrecedora, pois nos revela que o Brasil como signatário de Tratados de Garantia aos Direitos Infantis e possuidor de uma das mais avançadas legislações no que tange ao direito da criança e do adolescente vive um paradoxo, pois na realidade as crianças brasileiras, sem generalizações, são vítimas de violência e abusos das mais diversas ordens, dando início ao círculo vicioso de violência que vivemos⁷.

Na IX Conferência Nacional de Direitos Humanos, realizada em 2003, com o objetivo de debater a construção do Sistema Nacional de Direitos Humanos (SNDH), um dos pontos abordados referiu-se à questão da criança e do adolescente no Brasil, inclusive quanto à garantia dos direitos do adolescente em

⁵ NOGUEIRA, Paulo Lúcio: **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**.

⁶ NOGUEIRA, Paulo Lúcio: **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**.

⁷ FAIAL, Edite & outros (orgs.). **Direitos Humanos no Brasil**.

conflito com a lei. O relatório da Conferência trouxe a sugestão de mais de vinte mudanças legislativas que buscavam, entre outras questões, combater a exploração sexual infanto-juvenil e adequar algumas normas, como o Código Penal, ao Estatuto da Criança e do Adolescente.

A Conferência trouxe ainda a ideia de que diante da realidade pautada na miséria, na fome, nas desigualdades sociais, nas guerras, no terrorismo e na banalização da violência, o direito à vida com dignidade surge como elemento essencial da solidariedade humana, e a resistência à violação dos direitos ganha o sentido mais amplo de resistência às ameaças à própria sociedade. Logo, a constante violação dos direitos presenciada em todo o país coloca em destaque a necessidade de uma ação educativa, voltada para a compreensão, a difusão e a efetiva realização dos direitos humanos. Este processo educativo implica em um procedimento de aprendizagem comprometido com a experiência individual e coletiva, criando condições para a vivência dos direitos: “para ser solidário, é preciso viver a solidariedade; para desenvolver a autoestima é necessário ser querido pelos outros; para ser justo é fundamental vivenciar experiências de justiça⁸”.

Com o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente, ao jovem infrator são concedidas todas as garantias processuais básicas do Direito Penal, como a presunção de inocência, a ampla defesa, o contraditório, o direito de contraditar testemunhas e provas e todos os atos de cidadania, tendo como principal característica a aplicação de medidas socioeducativas sob um caráter pedagógico.⁹

O ECA enuncia princípios e diretrizes para a política de atendimento dos direitos da criança e do adolescente, remetendo à necessidade de que as políticas públicas funcionem como um conjunto articulado de ações governamentais e não-governamentais da União, dos estados e dos municípios. No limite, o Estatuto indica como linhas de ação básicas a saúde, a educação, a assistência social e a proteção jurídico-social.

2.2 A problemática quanto à aplicação da legislação vigente

Na realidade, o que a sociedade observa é que no campo institucional, as políticas para operar as regras do sistema socioeducativo têm sido lentas. Nas

⁸ CARVALHO, Silvânia de Araújo – IPEA, pág. 94.

⁹ CARVALHO, Silvânia de Araújo – IPEA, pág. 94.

palavras de Silvânia de Araújo Carvalho:

Há uma enorme distância entre o preconizado pelo Estatuto e as estruturas disponíveis nos estados da Federação para a realização do atendimento ao adolescente em conflito com a lei. Muitos executivos estaduais ainda não assimilaram todo o conteúdo do ECA, e as modificações que ocorrem devem-se mais às pressões dos Conselhos de Direitos e do Ministério Público que à compreensão e aceitação dos princípios do Estatuto. Por exemplo, no que diz respeito à construção de instituições socioeducativas de privação de liberdade, observa-se a recusa por parte dos municípios em sediar este tipo de construção em seus domínios. Além disso, no próprio atendimento ao adolescente em conflito com a lei ainda predomina, na maior parte do país, a lógica repressiva, em que as medidas socioeducativas são transformadas em castigos que frequentemente incluem a humilhação, os maus tratos e o estigma do infrator. O resultado é um sistema socioeducativo injusto e rigoroso, que reproduz preconceitos culturais vigentes na sociedade, condenando antecipadamente o jovem das periferias e favelas¹⁰.

Nesta ótica, ainda com respeito à questão dos Direitos Humanos, nota-se um conflito entre a realidade e a retórica legislativa, uma vez que com o advento da Constituição Federal de 1988 e a previsão de um extenso leque de Direitos e Garantias Individuais, como a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, constantes em seu artigo 6º, nascem perspectivas promissoras para a existência de políticas sociais de Estado, com garantia legal de recursos públicos para a sua implementação. Seu texto indicaria que o poder público, em uma sociedade como a brasileira passaria a exercer um papel essencial e intransferível na produção, provisão e regulação de bens e serviços, além da defesa dos interesses coletivos e da assunção do social como verdadeiro bem público.

Porém, o que se faz notar, é um aumento da rigidez orçamentária, uma vez que foram definidas maiores vinculações de receitas, incremento das despesas de caráter obrigatório e maiores transferências constitucionais a estados e municípios. Com isso, grande parte da receita do governo federal fica comprometida, a distribuição de recursos para atender a outras prioridades do governo fica restringida¹¹.

¹⁰ CARVALHO, Silvânia de Araújo – IPEA, pág. 94.

¹¹ DELGADO, Guilherme Costa & CASTRO, Jorge Abrahão: **Direitos Sociais no Brasil sob o risco de desconstrução** – IPEA.

A reação aos avanços deve ir além do discurso, considerando que a ampliação e transformação dos direitos em políticas públicas sociais não ocorrem de forma automática, devendo ser regulamentadas em legislação específica e complementar, que determina a forma de implementação do direito, fixando princípios, estabelecendo o formato da ação pública, as fontes de financiamento e os mecanismos de acompanhamento e controle, assim como as formas de participação social. As leis regulamentares, como o Estatuto da Criança e do Adolescente, já existem, o que falta agora é vontade política para a sua real concretização¹².

2.3 Principal personagem do nosso estudo: quem é o adolescente no Brasil

Urge conhecermos, mesmo que academicamente, quem é este adolescente de que estamos tratando, pois para traçarmos metas, objetivos e caminhos para questionar um problema, é fundamental conhecermos este problema. Desta forma, torna-se importante definirmos o que é ser adolescente na nossa sociedade e no nosso momento histórico, já que ele inquestionavelmente fará parte do nosso objeto de estudo.

Recente pesquisa realizada pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA – oportuniza conhecermos qual o conceito de adolescente que devemos ter em mente para o nosso estudo de acordo com o pensamento e os padrões sociais atuais.

Esta pesquisa nos revela que entender o que é ser adolescente envolve a análise de um conjunto complexo de características do indivíduo, que vão além daquilo que se idealiza na realidade social e histórica. Os estudos de população que priorizaram o grupo etário adolescente, como objeto de estudo, são recentes em nosso país, pois percebe-se que as discussões sobre juventude, desde seu início (e talvez até os dias de hoje) estão de alguma forma atreladas ao medo de uma explosão demográfica¹³. Porém, hoje, além da preocupação com a questão da fertilidade das adolescentes, outras questões vêm norteando os estudos sobre a juventude, mas a discussão continua pautada no negativismo. Nesta ideia de

¹² DELGADO, Guilherme Costa & CASTRO, Jorge Abrahão: **Direitos Sociais no Brasil sob o risco de desconstrução** – IPEA.

¹³ CAMARANO, Ana Amélia & outros – IPEA.

negativismo, “como sintetizou Zaluar, as atividades criminosas e a possibilidade de ascensão social dos jovens marginalizados caminhavam juntas em meio a um cenário de rupturas de valores e laços tradicionais, decorrentes do processo de imigração recente para as áreas urbanas¹⁴”.

Portanto, como já mencionado, os jovens têm sido vistos pela ótica do negativismo, validando políticas frequentes de controle por parte do Estado. Em contrapartida, nos últimos anos têm crescido os estudos sob a percepção dos jovens como sujeitos de direito. “O Estatuto da Criança e do Adolescente inaugura esta fase, sendo considerado uma expressão de comprometimento da sociedade com os jovens em uma perspectiva de construção e ampliação de sua cidadania¹⁵”.

Sob esta ótica, as representações sobre adolescentes elaboradas na sociedade são geralmente marcadas pela ambiguidade. Os jovens são vistos por um lado, como agentes propulsores da mudança social e por outro lado são vistos sob a ótica negativa dos problemas sociais. Nota-se, que procurar percebê-los apenas como alguém que está vivendo uma fase de transição, dificulta enxergá-los como sujeito de direitos, pois os jovens são aí, mais uma vez, definidos pelo negativo, ou seja, pela ausência, pela indefinição, por aquilo que não seriam, como na clássica frase: *não são crianças e também não são adultos*. Tal visão, atribui o caráter de instabilidade à adolescência em oposição à suposta estabilidade da vida adulta, sem se dar conta que a sociedade está sempre em transformação.

Neste ponto, percebe-se com clareza, o que Luiz Eduardo Soares nos chama a atenção, quanto à questão do perigo da categorização. Diante da categorização, uma família é igual à outra, uma pessoa é igual à outra, perdendo-se assim, as peculiaridades singulares e distintivas, para mostrar apenas seus aspectos comuns. Nas palavras do referido autor: “uma categoria funciona como um guarda-chuva: contém e destaca o objeto que descreve, mas também sob a sombra protetora, por vezes esconde e dissolve aspectos seus, essenciais”. Com frequência, as categorias acabam rotulando e estigmatizando grupos e indivíduos, descaracterizando a experiência pessoal, as qualidades únicas e que moldam

¹⁴ CAMARANO, Ana Amélia & outros *apud* ZALUAR, Alba: *A Máquina e a Revolta* – IPEA, pág. 3.

¹⁵ CAMARANO, Ana Amélia & outros *apud* ZALUAR, Alba: *A Máquina e a Revolta* – IPEA, pág. 3.

os fenômenos. Desta forma, as categorias perdem a sua função metodológica e se convertem em estigmas¹⁶.

Percebe-se ainda, que o amadurecimento psicossocial é diferenciado de acordo com a realidade social em que os jovens estão inseridos. Nas camadas de renda mais baixa, podem ser impostas de forma precoce algumas tarefas e responsabilidades para as quais não estão necessariamente preparados para assumir. Isso pode antecipar características da vida adulta, tais como a inserção no mercado de trabalho e o sustento parcial ou integral da família. Com esta constatação, é clara a ideia de que o Estado e a família afetam a constituição da identidade social dos jovens, funcionando como agentes de promoção de suas potencialidades ou de suas vulnerabilidades.

No que diz respeito à dimensão socioeconômica, percebemos que a adoção de novas tecnologias apresenta um novo desafio para os jovens. A nova forma de organização da produção tem por característica uma crescente diminuição na dependência de mão-de-obra e uma maior necessidade de capacitação e experiência profissional, o que dificulta sensivelmente para os jovens a primeira experiência de emprego.

Na busca de um aprofundamento dos estudos que procuram encontrar respostas para a criminalidade, nota-se que não se desfaz a imagem negativa criada em torno do adolescente. “Todas elas foram severamente criticadas pelo seu compromisso com o positivismo que transformava as pessoas em objeto e seu comportamento em fatalidade ou determinação, dificultando o entendimento delas quanto sujeitos que participam de forma ativa nas suas escolhas e ações, apesar das constrictões e pressões de força de várias ordens”, o que corrobora com o que diz Luiz Eduardo Soares quanto ao erro crasso, mas infelizmente comum de categorização dos indivíduos¹⁷.

A partir daí, na busca de uma maior delimitação de nosso tema de estudo, devemos ter claro o perfil do menor infrator no nosso país, suas características, as características das instituições de privação à liberdade do menor, questões como educação escolar, profissionalização, saúde, família e comunidade. A maioria dos adolescentes internos pertence ao sexo masculino, são negros, não

¹⁶ SOARES, Luis Eduardo & outros. **Cabeça de Porco**, pág. 84.

¹⁷ CARAMANO, Ana Amélia & outros – IPEA, pág. 9.

frequentavam escola e nem trabalhavam quando praticaram a infração. A grande maioria não tinha estudo, não concluíram o ensino fundamental, consumiam drogas e possuem entre dezesseis e dezoito anos de idade¹⁸.

Quanto às instituições de privação de liberdade no Brasil, há frequentemente casos de superlotação, a ausência de espaços imprescindíveis à realização de medidas socioeducativas previstas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente e más condições de higiene e manutenção. Há deficiências quanto à implementação da escolarização e profissionalização para os internos, as ações de saúde não contemplam o que a lei prevê e as atividades de cultura, esporte e lazer muitas vezes esbarram nos problemas de espaço físico, falta de transporte ou segurança. A maioria das instituições entende a participação da comunidade como sendo o cumprimento do direito de visita.

3 A POLÊMICA SOBRE A MAIORIDADE PENAL

3.1 As correntes defensoras da redução da maioridade penal

Os defensores da redução da inimputabilidade penal para dezesseis anos sustentam um discurso emocional, evidenciando a tensão entre o público e o privado, mas apresentam fundamentos realísticos que devem ser levados à reflexão. Como nos ensina o Professor Paulo Lúcio Nogueira:

O que se pretende com a redução da maioridade penal para dezesseis anos é dar direitos e conseqüentemente responsabilidades aos adolescentes e não puni-los ou mandá-los para a prisão, e assim permitir que os menores de dezesseis anos possam legalmente usufruir certos direitos dos quais embora não legalmente, na prática vêm usufruindo na clandestinidade, na cumplicidade dos pais, autoridades judiciais e policiais¹⁹.

Argumentam os que defendem a redução da maioridade penal ser ela decorrência lógica da evolução das relações sociais, da maturidade precoce das crianças e jovens na nossa sociedade, de maneira que se torna inquestionável que esta evolução se reflita no campo jurídico. O tráfico de drogas recruta verdadeiros exércitos de jovens menores de dezoito anos, dispostos a tudo por

¹⁸ SILVA, Enid Rocha Andrade & GUERESI, Simone – IPEA.

¹⁹ NOGUEIRA, Paulo Lúcio: *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado*, pág. 152.

terem conhecimento de que as consequências lhes serão mínimas se é que haverá consequências²⁰.

Defendem que os adolescentes de dezesseis anos, que já podem eleger o Presidente da República, não são mais imaturos com toda tecnologia e informação que os meios de comunicação, inclusive a internet, lhes oferece. E que, se estão cada vez mais precoces no trabalho, no sexo, nas diversas áreas de relacionamento devem também responder por seus atos.

Bradam que não se pode mais admitir que o jovem de dezesseis e dezessete anos, que já se tornaram experts no mundo do crime, já que iniciam nele cada vez mais cedo, sejam misturados com outros adolescentes em estabelecimentos de privação de liberdade, servindo como professores do crime àqueles que ainda têm possibilidades de recuperação através das medidas socioeducativas preconizadas pelo ECA.

Os membros dessa corrente tomam, como marco histórico desta discussão, a tentativa de se explicar o novo Código Penal, em 1940, quando o Ministro Francisco Campos afirmou que os menores de dezoito anos, porque imaturos, ficavam fora da lei penal. Tal afirmação consta da Exposição de Motivos, datada de 4 de novembro de 1940, e acabou por gerar no senso comum o ideário de que todos os brasileiros abaixo desta faixa etária eram imaturos. Para eles, o erro foi repetido na Constituição de 1988 em seu artigo 228, no artigo 27 do Código Penal e no Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 104. Todos os diplomas legais repetem as palavras “são penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos”.

Não há discordância de que imputabilidade é a capacidade de entender o caráter criminoso do fato e de determinar-se de acordo com tal entendimento, e que responsabilidade é a obrigação de arcar com as consequências jurídicas do ato praticado, o que pode resultar no cumprimento de uma pena criminal. Nota-se a contradição do Código Penal: depois de firmar-se na maturidade, fixa uma idade.

Há ainda os que defendem que o sistema adotado, sem exceção, coloca a idade antes da capacidade e que a fixação etária não é justa, nem científica, mas baseia-se em critérios de conveniência. Assim, considera-se que até os dezoito

²⁰ BASTOS, Marcelo Lessa: OBJ – Organização Brasileira de Juventude.

anos há uma possibilidade de ressocialização, de reeducação, sem consideração à capacidade de entendimento do caráter criminoso do fato e da determinação conforme tal entendimento, para usar a melhor definição para discernimento, constante do Código Penal.²¹

No âmbito legislativo, há deputados que defendem, inclusive através de Propostas de Emendas Constitucionais, a redução da maioria penal, independentemente da idade do infrator, levando em consideração o(s) crime(s) praticado(s) e alegando que se houver a redução da maioria penal para dezesseis anos, isto acarretaria no recrutamento, por parte dos criminosos, de jovens menores de quatorze anos²². Há também tramitando no Congresso Nacional, a proposta de que além da referência puramente biológica, uma junta médica avaliasse o infrator com idade entre dezesseis e dezoito anos, verificando se há ou não amadurecimento emocional e intelectual²³.

As correntes contrárias à redução da maioria penal

Por outro lado, na contramão destes argumentos, há aqueles que se colocam contrários à redução da maioria penal, considerando esta solução meramente um paliativo para que a sociedade alivie o seu pânico²⁴. Verificamos uma enorme distância entre a teoria legislativa e a prática. As crianças e adolescentes neste país, sobretudo aquelas que não têm oportunidades e que (por isso!) apresentam maior índice de cometimento de crimes, têm os direitos humanos violados a cada dia no Brasil.

O problema da criminalidade infanto-juvenil é estrutural e não adianta tratar o sintoma sem que se trate a sua causa. Observa-se um alto grau de desrespeito ao Estatuto da Criança e do Adolescente e à Constituição Brasileira, que em seu artigo 227 prevê os direitos dos jovens como prioridade absoluta e que na realidade muitas vezes não são oferecidos nem pela família, nem pela sociedade e muito menos pelo Estado.

A inimputabilidade penal não significa irresponsabilidade e impunidade, pelo contrário, os menores de dezoito anos, autores de atos infracionais, respondem por suas práticas segundo o Estatuto da Criança e do Adolescente.

²¹ CAVALLIERI, Alyrio. *Revista Jurídica Consulex*.

²² PEC 151/95, apresentada pelo Dep. Gonzaga Patriota (PSB – CE).

²³ PEC 20/99, apresentada pelo Dep. José Arruda (PSDB – DF).

²⁴ CAMATA, Rita. <www.multirio.rj.gov.br>. Infância Ameaçada.

Observa-se, numa análise preponderantemente sociológica – inseparável da análise jurídica, por ser o direito decorrente de relações sociais – que os jovens que cometeram crimes, vivem em ociosidade, pois não têm oportunidades e que são confrontados com a cobrança de inclusão social, que se dá através do trabalho e do estudo²⁵.

Nesta busca constante por reconhecimento social, já tão própria da fase da adolescência, este reconhecimento é buscado no submundo do tráfico, da droga, do crime. Como nos assegura Luiz Eduardo Soares há uma verdadeira conspiração contra a mudança, mesmo quando se procura mudar um polo negativo. Uma vez imputado o estigma, é proclamada a condenação e a partir daí será complicado alterar expectativas, pois “só há vitoriosos, se houver perdedores”: para que existam pessoas íntegras, saudáveis e adaptadas é preciso que existam também pessoas más, criminosas, cruéis e estes papéis serão então definidos e rotulados sem chance de mudanças²⁶.

Esta ideia transmite toda a real dificuldade de reabilitação de alguém que já está condenado sob o rótulo e estigma e é justamente na tentativa de se evitar a criação deste estigma, que o Estatuto da Criança e do Adolescente prevê aos jovens infratores a escala gradativa de medidas socioeducativas, pois após a internação do jovem, este estará marcado como bandido e a partir daí estará incrustado em sua personalidade que não há outra saída senão reincidir no crime. Uma medida como a reparação do dano ou a liberdade assistida pode surtir efeitos de reabilitação muito positivos sem, contudo, tornar sua existência pública à comunidade onde vive o jovem. Neste caso, se reabilitaria sem necessariamente estigmatizá-lo, possibilitando assim, uma eventualidade mínima de reincidência, cumprindo o objetivo jurídico e social da medida socioeducativa prevista pelo ECA.

Fica claro o círculo fechado de violência no Brasil: que se inicia pela pobreza, que acarreta em menor escolaridade, em menor acesso a oportunidades de emprego e maior chance de sofrer o desemprego e o desamparo econômico e social, que provocam angústia e insegurança, que levam à depressão e baixa-estima, que ocasionam o alcoolismo, culminando na violência doméstica, que gera

²⁵ SILVA, Enid Rocha Andrade & GUERESI, Simone – IPEA.

²⁶ SOARES, Luiz Eduardo & outros: **Cabeça de Porco**. pág. 102.

a desatenção e a rejeição dos filhos, gerando crianças e adolescentes com maior tendência a apresentar deficiências de aprendizagem, que geralmente desemboçam no ingresso precoce ao mercado de trabalho (quase sempre informal), a saída da escola, que reduz acesso a empregos e amplia a probabilidade de que o círculo da pobreza se reproduza por mais uma geração, o que aumenta a possibilidade de que o adolescente experimente baixa autoestima, principalmente no contexto social e cultural em que prosperam os preconceitos, estando, portanto, mais exposto ao risco de envolvimento com a violência e o crime.

O não cumprimento da legislação protetiva atinente aos direitos de crianças e adolescentes e o não atendimento às suas necessidades básicas, podem redundar em violência por parte do menor (até mesmo em busca do reconhecimento do seu grupo social), que dentro deste ciclo é remetido a uma instituição que deveria reabilitá-lo para o convívio em sociedade, mas que na verdade continua não atendendo às necessidades mais básicas, e quando do seu retorno à sociedade provavelmente terá se especializado na prática do crime.

Ao se analisar a questão da Redução da Maioridade Penal para dezesseis anos, assunto em voga devido ao flagrante aumento da violência cometida por menores, faz-se necessário buscar suas raízes, as causas desta violência e o porquê do aumento de sua incidência. A resposta para este quadro resulta da própria violência a que são submetidos estes jovens pela total negação dos seus direitos e pela falta de oportunidades. É a mais triste e lógica constatação: violência gera violência!

Assim, diante de todas as dificuldades jurídico-sociais que vivemos e com as quais já temos até nos acostumado, surgem vozes que gritam que como solução para o problema da violência cometida por adolescentes menores de dezoito anos, a resposta seria a redução da maioridade penal para dezesseis anos, ou seja, o jovem que cometeu um crime (ou ato infracional para o Estatuto da Criança e do Adolescente), e tem dezesseis ou dezessete anos, seria julgado pela Justiça Comum e se condenado à pena de detenção, cumpriria em presídios comuns, sem a tutela do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Os formuladores de políticas públicas não podem tomar decisões na esteira da emoção e do senso comum e devem buscar o aprofundamento dos debates sociais, questionando se adotando o caminho da Redução da Maioridade Penal para dezesseis anos estaremos resolvendo um problema ou apenas criando

mais uma etapa para o ciclo da violência. A sociedade tem que questionar até que ponto esta atitude não corresponderia tão somente a um reflexo da própria violência social. Na tentativa de se livrar da violência, pode-se gerá-la, ou seja, a questão é: até que ponto uma decisão como esta não é tomada na esteira de estigmas e preconceitos velados e tão incrustados na nossa cultura?

Oportunidade, esta é a palavra-chave. Um bom começo para o desenvolvimento deste projeto é sem dúvida aplicar preventivamente a Lei que já temos na busca da possibilidade de retirada destes jovens da vida do crime. Possuímos uma das mais completas e modernas legislações no que tange ao problema da violência envolvendo menores. Nossa legislação é referência e motivo de elogio em outros países, porém a realidade passa a léguas de distância daquilo que é previsto e ditado pelas Leis no Brasil. Urge aplicarmos com seriedade e vontade política aquilo que o Estatuto da Criança e do Adolescente, a Declaração de Direitos Humanos, a Constituição Federal, Tratados Internacionais e tantas outras cartas legislativas preconizam.

4 CONCLUSÃO

O Brasil possui uma das mais completas e modernas legislações no que tange à questão do menor, tanto do ponto de vista da proteção de seus direitos, quanto das sanções decorrentes de atos infracionais cometidos por menores de dezoito anos. É ainda signatário de Tratados Internacionais que dizem respeito aos Direitos Humanos de Crianças e Adolescentes. Possuímos previsão constitucional quanto aos direitos dos jovens e uma das mais elogiadas e reconhecidas legislações sobre o menor – o Estatuto da Criança e do Adolescente. Porém, apesar da excelência das leis que tutelam o menor, verificamos na prática que não há uma efetiva e eficaz aplicação de suas premissas, tornando a lei brasileira letra morta no que tange ao atendimento de crianças e adolescentes.

Na esteira da não aplicação concreta dos princípios legislativos, observa-se um grande aumento da criminalidade cometida por menores no Brasil, o que nos remete à base do problema, que é a falta de oportunidades a que são submetidos os jovens brasileiros, já que as pesquisas apontam que o perfil deste jovem é de meninos, negros, pobres, consumidores de drogas, sem estudo, sem emprego, sem perspectivas, sem projeto, sem futuro.

Diante de tal quadro, buscam no tráfico de drogas e na criminalidade a sua identidade social, sua posição e reconhecimento na comunidade onde vivem e na sociedade como um todo, já que não encontram possibilidades buscando outro caminho. Aqui se detém, que a sociedade deveria contar com a aplicação da lei que já existe e que prevê medidas protetivas e de criação de oportunidades para este jovem, na tentativa de livrá-lo do estigma e do preconceito e tirá-lo da prática da violência. Mas, isto não acontece, a lei continua como letra morta.

Nota-se então, que alguns políticos, juristas e formadores de opinião, com o aval de maioria da sociedade, apresentam como solução para este problema a redução da maioridade penal, na tentativa de que com isso se reduza a violência cometida por crianças e adolescentes. Percebe-se, entretanto, uma total inconsistência neste discurso, que pretende modificar inclusive a Constituição Federal através de Propostas de Emenda Constitucional (PEC).

As justificativas apresentadas por este grupo para a efetivação da inimputabilidade penal são pautadas em discursos emocionais e muitas vezes demagógicos, que se utilizam inclusive do argumento de que o jovem menor de dezoito anos que cometeu algum ato infracional estaria impune.

Se houvesse por parte da sociedade e destes formadores de opinião um estudo mais aprofundado do Estatuto da Criança e do Adolescente, seria possível verificar que a inimputabilidade penal não significa impunidade e que o próprio Estatuto prevê a aplicação de medidas socioeducativas, apresentando uma escala gradativa de medidas a serem aplicadas a cada caso de acordo com o ato infracional cometido e com condições, como a reincidência, por exemplo, podendo culminar na internação dos jovens.

O que se tem que fazer, portanto, é aplicar concretamente a legislação que já existe, de maneira séria e eficaz. O objetivo maior do Estatuto da Criança e do Adolescente é a reabilitação do menor e não a sua estigmatização e o seu aperfeiçoamento no crime, e por isso mesmo, apresenta escala de gradação na aplicação da medida socioeducativa, pois quando há crianças e adolescentes envolvidos, temos que pensar que se trata do futuro do nosso país e da nação brasileira e é justamente por isso que o Estado deve procurar reabilitá-lo, trabalhando arduamente para isso, concentrando esforços, com vontade política, e não trancafiá-lo numa cela aos dezesseis anos, com tantas outras pessoas direcionadas para o crime e sem perspectivas.

O problema de que estamos tratando é muito maior, uma vez que é estrutural e jurídico-social. A solução do problema passa pela questão da cidadania, das oportunidades, do emprego e se mesmo assim o adolescente cometer algum ato infracional, a solução do problema passa ainda pela questão da sua reabilitação. Não há, portanto, que se modificar a Constituição Federal e as leis, há que se aplicá-las com vontade política e trabalho.

Este artigo pretendeu analisar as causas da violência infanto-juvenil, buscando possíveis soluções, que certamente passam pela vontade política e pela mobilização da sociedade como um todo, na perspectiva de dar oportunidades de cidadania a estes jovens e na necessidade da aplicação da Lei já existente, especificamente o Estatuto da Criança e do Adolescente, inclusive quanto a aplicação das medidas socioeducativas, o que não configura impunidade, como pregam alguns. Devemos aplicar a lei, fazendo com que de mera letra fria, se transforme em real oportunidade de reabilitação para os jovens que cometeram algum tipo de infração.

O melhor a se fazer para eliminar a grande distância que separa a Lei e a realidade, não é piorar a Lei e sim melhorar a realidade.

5 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Luiz Otávio de Oliveira. **Revista Jurídica Consulex**, Rio de Janeiro, Ano VII, nº 166, 2003.

ARRUDA, José. **PEC 20/99**.

BASTOS, Marcelo Lessa. **OBJ – Organização Brasileira de Juventude**, São Paulo. Disponível em: <<http://www.obj.org.br>>. Acesso em: 12 abril 2015.

CAMATA, Rita. **Infância Ameaçada**, Rio de Janeiro. Disponível em: <<http://www.mul-tirio.rj.gov.br>>. Acesso em 12 abril 2015.

CARAMANO, Ana Amélia. **Caminhos para a vida adulta: as múltiplas trajetórias dos jovens brasileiros**. Rio de Janeiro: IPEA–TD 1038, 2004.

CARVALHO, Silvânia de Araújo. **Políticas Sociais: acompanhamento e análise**. Rio de Janeiro: IPEA–Boletim n. 9, 2004.

CAVALLIERI, Alyrio. **Revista Jurídica Consulex**, Rio de Janeiro, Ano VII, n. 166, 2003.

CONSTITUIÇÃO FEDERAL de 1988. São Paulo: RT, 2005.

COSTA, Tarcísio José Martins. **A incapacidade penal do menor no direito comparado**. Rio de Janeiro: Lex, 1998.

DELGADO, Guilherme Costa; CASTRO, Jorge Abrahão. **Direitos Sociais no Brasil sob o risco de desconstrução** – IPEA– Boletim nº 9, 2004.

FAIAL, Edite *et al.* **Direitos Humanos no Brasil**. São Paulo: Loyola, 1994.

MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2002.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**. São Paulo: Saraiva, 1996.

PATRIOTA, Gonzaga. **PEC 151/95**.

REVISTA CIDADES DO BRASIL. Maioridade Penal. Rio de Janeiro, 2004.

SILVA, Enid Rocha Andrade; GUERESI, Simone. **Adolescentes em Conflito com a Lei: situação do atendimento institucional no Brasil**. Brasília, 2003.

SOARES, Luiz Eduardo *et al.* **Cabeça de Porco**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2005.

_____. **Reflexões sobre o Pesadelo**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2005.

MULHER E DIREITOS HUMANOS: O AVANÇO DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA EM MATÉRIA DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E O IMPACTO NOS ÍNDICES OFICIAIS

Nathalia Corrêa de Souza¹

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O período pré-Lei Maria da Penha: como se tratava a violência doméstica no Brasil? 3. A promulgação da Lei Maria da Penha. 3.1 Por que Maria da Penha. 3.2. A Lei nº: 11.340/2006 e suas inovações no ordenamento jurídico brasileiro. 4. A Lei do Feminicídio. 5. Panorama da Violência Doméstica no Brasil após a promulgação da Lei Maria da Penha. 5. Conclusão. 6. Referências.

RESUMO

O artigo propõe uma análise sobre o avanço da legislação brasileira em matéria de violência doméstica, posicionando a mulher enquanto sujeito de direitos humanos, bem como do impacto dessa legislação nos índices oficiais de violência. Para tanto, buscou-se contextualizar historicamente o tratamento dado à violência doméstica pela justiça brasileira, passando pelo período anterior à promulgação da Lei Maria da Penha até a recente entrada em vigor da Lei do Feminicídio. Por fim, após análise dos dados constantes do Mapa da Violência – Atualização: Homicídio de Mulheres no Brasil (2012), identificou-se que, muito embora a Lei Maria da Penha tenha trazido importantes avanços para a condução dos casos de violência doméstica no Brasil, as sanções mais duras aplicadas não foram capazes de diminuir os índices de violência contra mulheres, que se mantiveram em curva ascendente após 2006, com exceção de um leve decréscimo em 2007.

Palavras-chave: Direitos Humanos. Violência Doméstica. Índices de Violência e Feminicídio.

¹ Advogada, aluna integrante do Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito – Novas Tendências do Direito Público, do Centro Universitário de Brasília - Instituto CEUB de Pesquisa e Desenvolvimento. nathc.souza@gmail.com.

1 INTRODUÇÃO

O papel da mulher na sociedade, ao longo dos séculos, esteve sempre atrelado aos afazeres domésticos, à reprodução e ao cuidado com a família. Ao homem cabia o provimento do sustento de seus dependentes e a imposição das regras do lar, enquanto mantenedor e líder paternalista. Por tais motivos, o homem esteve em posição superior à da mulher que, submissa, acabava por aceitar toda e qualquer condição imposta no seio familiar, incluindo-se aí as agressões sofridas.

Com o avanço da sociedade tais papéis de gênero foram sofrendo alterações. A mulher passou a ocupar espaços públicos que antes eram destinados apenas aos homens, como o ambiente de trabalho e de educação, o que gerou uma série de conflitos decorrentes da mudança do *status quo*. Tornaram-se mais frequentes os casos de violência doméstica e os índices alarmantes forçaram o poder público a procurar alternativas que coibissem as agressões.

O presente artigo tem por objeto o estudo da violência doméstica no Brasil e o avanço da legislação brasileira sobre o tema, do período pré-promulgação da Lei Maria da Penha até a entrada em vigor da Lei do Feminicídio.

A Lei Maria da Penha, por sua vez, é a legislação mais importante no ordenamento jurídico pátrio em matéria de violência doméstica. Sua vigência alterou completamente a forma de condução dos casos de agressão contra mulheres no direito interno. Seu texto veio a dar efetividade ao artigo 226 da Constituição Federal, que aduz que “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”. Também veio a dar efetividade ao §8º do mesmo artigo, o qual preleciona que “o Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações”.

O estudo do tema, sobretudo da LMP, é importante em sede de Direitos Humanos uma vez que foi a LMP, em seu artigo 6º, que inovou ao considerar violência doméstica como forma de violação aos direitos humanos: “A violência doméstica e familiar contra a mulher constitui uma das formas de violação dos direitos humanos”.

Nos dizeres de Maria Berenice Dias¹, “antes da sua promulgação, as agres-

¹ CAMPOS, Carmen Hein. *Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminis-*

sões contra a mulher sequer eram identificadas como violação dos direitos humanos. Daí louvável a iniciativa do legislador em expressamente fazer tal afirmativa, que dispõe, inclusive, de caráter pedagógico. Certamente a mais eficaz arma para coibir a violência doméstica é gerar no seu agressor a consciência de que ele não é o proprietário da mulher, não pode dispor de seu corpo, comprometer impunemente sua integridade física, higidez psicológica e liberdade sexual”.

Desta forma, ao analisar o avanço da legislação brasileira em matéria de violência doméstica, ao mesmo tempo analisa-se o tratamento dado à mulher pelo estado brasileiro enquanto sujeito de direitos humanos.

Ao fim, após estudo do Mapa da Violência – Atualização: Homicídio de Mulheres no Brasil (2012), ver-se-á de que modo o arcabouço jurídico implementado tem impactado nos índices oficiais de violência, se positiva ou negativamente.

2 O PERÍODO PRÉ-LEI MARIA DA PENHA: COMO SE TRATAVA A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA NO BRASIL?

Até o ano de 2006, em que entrou em vigor a Lei Maria da Penha, o tratamento dado à violência doméstica no Brasil era precário, uma vez que desconsiderava as razões de fundo para o cometimento deste tipo de delito e não garantia à vítima o acolhimento e direcionamento necessários no momento pós-agressão. Segundo Maria Berenice Dias², “a ideia sacralizada da família e a inviolabilidade do domicílio sempre serviram de justificativa para barrar qualquer tentativa de coibir o que acontecia entre quatro paredes”.

Antes da LMP, a violência doméstica física era considerada agressão simples, vias de fato, e estava enquadrada no art. 21 da Lei de Contravenções Penais (Lei 3.688/1941), *verbis*:

Art. 21. Praticar vias de fato contra alguém:

Pena – prisão simples, de quinze a três meses, ou multa, de cem mil réis a um conto de réis, se o fato não constituiu crime.

ta. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

² DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

Parágrafo único. Aumenta-se a pena de 1/3 (um terço) até a metade se a vítima é maior de 60 (sessenta) anos.

Por ser considerada infração de menor potencial ofensivo, a competência para julgar casos de violência doméstica era dos Juizados Especiais Criminais, nos termos do art. 98, I, da Constituição Federal e dos arts. 60 e 61 da Lei nº 9.099/95, Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, conforme segue:

Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:

I - juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau.

Art. 60. O Juizado Especial Criminal, provido por juízes togados ou leigos, tem competência para a conciliação, o julgamento e a execução das infrações penais de menor potencial ofensivo, respeitadas as regras de conexão e contigüência.

Art. 61. Consideram-se infrações de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa.

Deste modo, às agressões sofridas por mulheres no seio familiar seria admitida transação penal e aplicação de medidas despenalizadoras, como pagamento de cestas básicas. A justiça não se preocupava em conhecer os motivos ensejadores da infração penal cometida, ainda que desde aquela época os índices de violência doméstica fossem alarmantes, o que seria um claro indicativo para um tratamento diferenciado.

Novamente Maria Berenice Dias³, sobre o julgamento de casos de violência doméstica pelos Juizados Especiais Criminais:

Ainda que tenha havido uma consciente tentativa de acabar com a impunidade, deixou o legislador de priorizar a pessoa humana, de preservar a vida e garantir sua integridade física. Ao condicionar à representação os delitos de lesão corporal leve e lesão culposa, omitiu-se o Estado de sua obrigação de punir, transferindo à vítima a iniciativa de buscar a apenação

³ DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na justiça**: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

de seu agressor, segundo critério subjetivo de conveniência. **Surpreendentemente foram consideradas como infrações de menor significado as que atingem o cidadão, mas os delitos contra o patrimônio continuam desencadeando ação pública incondicionada.** (grifo nosso)

Basicamente, ao representar contra o agressor, a vítima, em audiência de conciliação, era posta cara a cara com seu algoz e conduzida à composição do dano. Nos casos em que o acordo não era possível, contudo, a manifestação acerca da vontade de representar criminalmente contra o agressor se dava naquela mesma ocasião. A vítima, constrangida, deixava de levar o processo adiante, o que contribuía para o arquivamento massivo dos casos.

Tal condução dada aos casos de violência doméstica, por sua vez, não teve o efeito positivo que se vislumbrava com a criação dos Juizados Especiais e da Delegacia da Mulher, nos idos dos anos 80 do séc. XX, uma vez que, embora os índices de denúncia fossem altos, a impunidade permanecia.

Posteriormente, a legislação brasileira avançou timidamente, com a promulgação da Lei 10.455/2002, que instituiu a medida cautelar de natureza penal, admitindo a possibilidade de decretação do afastamento do agressor da residência em hipótese de violência doméstica, e da Lei 10.886/2004, que acrescentou subtipo decorrente de violência doméstica à lesão corporal leve, majorando sua pena.

Inequivocamente, o maior passo dado em matéria de proteção à mulher e coibição de violência doméstica, no âmbito da legislação brasileira, foi a promulgação da Lei Maria da Penha, que será melhor delimitada no próximo tópico. Por ora, basta a informação de que a LMP é considerada uma das três melhores leis do mundo pelo Fundo de Desenvolvimento das Nações Unidas para a Mulher⁴, tamanhos os avanços trazidos.

Contudo, o caminho a ser percorrido tem sido tortuoso. Até 2011, portanto cinco anos após a entrada em vigor da LMP, ainda se discutia acerca da constitucionalidade do seu artigo 41, que trata da não aplicação da Lei 9.099/95 aos casos de violência doméstica.

O plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 106.212, em 24/03/2011, decidiu a questão por unanimidade, declarando a constitucionalidade do supracitado artigo.

⁴ AGÊNCIA BRASIL. Para ONU, Lei Maria da Penha é uma das mais avançadas do mundo. Disponível em: <<http://memoria.ebc.com.br>> Acesso em 20 jun. 2015.

3 A PROMULGAÇÃO DA LEI MARIA DA PENHA

A promulgação da Lei 11.340/2006, conhecida como Lei Maria da Penha, foi um marco histórico na luta pelos direitos humanos de mulheres no Brasil. A partir de sua entrada em vigor, os casos de violência doméstica não mais seriam julgados pelo Juizado Especial Criminal, com rito sumaríssimo, mas teriam maior relevância para o direito interno, com complexas e inovadoras alterações, conforme ver-se-á adiante.

3.1 Por que Maria da Penha?

Maria da Penha Maia Fernandes, farmacêutica, residente em Fortaleza, casada com um professor universitário e economista, mãe de três filhas. Vítima de sucessivas agressões por parte de seu companheiro, as quais culminaram em uma paraplegia irreversível, transformou a sua história de dor em luta e se tornou a protagonista de uma série de acontecimentos que culminou na promulgação da lei que leva o seu nome, de número 11.340/2006.

Resumidamente, segue a cronologia de seu caso, segundo Sérgio R. de Souza⁵:

Maio 1983	Maria da Penha Maia Fernandes, que já vinha sofrendo agressões do marido, M.A.H.V., é alvejada por um tiro desferido por ele, enquanto dormia. Em decorrência das sequelas da agressão, a vítima fica paraplégica.
Junho 1983	Retorna do hospital e é mantida em cárcere privado em sua casa. Sofre nova agressão e, com a ajuda da família, consegue autorização judicial para abandonar a residência do casal em companhia das filhas menores.
Janeiro 1984	Maria da Penha dá seu primeiro depoimento à polícia.
Setembro 1984	Ministério Público propõe ação penal contra o agressor.
Outubro 1986	O Poder Judiciário de 1ª Instância acata a acusação e submete o réu a julgamento perante o Tribunal do Júri (pronúncia).
Maio 1991	O acusado vai a Júri Popular, sendo condenado a 10 anos de prisão. Defesa apela da sentença, no mesmo dia.
1994	Maria da Penha publica o livro "Sobrevivi... Posso Contar".
Maio 1994	Tribunal do Júri do Ceará acolhe o recurso da defesa e submete o réu a novo julgamento.
Março 1996	Réu submetido a segundo julgamento perante o Tribunal do Júri, sendo condenado a dez anos e seis meses de prisão. Defesa interpõe novo recurso.
Setembro 1997 a 20.08.1998	A vítima juntamente com o Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL) e o Comitê Latino-Americano de Defesa dos Direitos da Mulher (CLADEM), formalizou uma denúncia contra o Brasil à Comissão Interamericana de Direitos Humanos da OEA. A denúncia foi recebida pela CIDH.
Outubro 1998	A Comissão solicitou informações do Brasil.
Agosto 1999	Comissão Interamericana de Direitos Humanos da OEA adverte o governo brasileiro sobre a aplicação da "revelia", ante a inércia em se manifestar.
Abril 2001	Comissão Interamericana de Direitos Humanos da OEA acolhe as denúncias, torna público o relatório e recomenda providências por parte do governo brasileiro visando tornar efetivas as Convenções destinadas a combater a violência contra a mulher, elaborando o Relatório 54/01.
Março 2002	Nova audiência sobre o caso na OEA, oportunidade em que o Brasil apresenta suas considerações e se compromete a cumprir as recomendações da Comissão.
Setembro 2002	Segunda reunião na OEA. Quinze dias depois, M.A.H.V. é preso, no Rio Grande do Norte, onde morava.

⁵ SOUZA, Sérgio R. *Comentários à Lei de Combate à Violência Contra a Mulher*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008.

Nota-se, da cronologia acima, a inércia do governo brasileiro em dar solução ao caso de Maria da Penha. Da agressão que resultou na paraplegia à efetiva prisão do agressor, passaram-se quase duas décadas. Não é forçoso considerar, inclusive, que esta só se deu em decorrência das sucessivas denúncias realizadas pela vítima, cujo caso chegou à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, sendo a primeira vez que a OEA acatou denúncia de crime de violência doméstica⁶.

Após a responsabilização do estado brasileiro pela OEA sobre o caso, criou-se por meio do Decreto 5.030/04 o Grupo de Trabalho Interministerial, que elaborou o projeto enviado ao Congresso Nacional, transformado em Projeto de Lei 4.559/04, de relatoria da Deputada Jandira Feghali.

Após realização de inúmeras audiências públicas por todo o país, trabalho conduzido pela Dep. Jandira ao longo de dois anos, em 7 de agosto de 2006, o então Presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva sancionou a Lei 11.340/06, que revolucionou a forma de condução de casos de violência doméstica no Brasil.

3.2 A Lei nº 11.340/2006 e suas inovações no ordenamento jurídico brasileiro

A primeira inovação trazida pela LMP foi o conceito de violência doméstica, constante de seu artigo 5º:

Art. 5º. Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:
I – no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;
II – no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;
III – em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

A conceituação de violência doméstica é de suma importância, princi-

⁶ DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

palmente se considerarmos que até o advento da LMP as agressões sofridas por uma mulher, no contexto doméstico, enquadravam-se em vias de fato, injúria, difamação, ou seja, delitos de menor potencial ofensivo, como já visto.

A abrangência do conceito também é inovadora, uma vez que abarca todos os tipos de relação que uma mulher porventura possa ter: doméstica, familiar e afetiva, independentemente de coabitação. Para a lei, a mulher não é vítima de violência doméstica apenas se o agressor for seu marido. Pai, padrasto, irmão, tio, até namorado podem ser enquadrados pela LMP.

Os tipos de violência doméstica também estão enumerados pela LMP, no artigo 7º, sendo eles: violência física, violência psicológica, violência sexual, violência patrimonial e violência moral. Vê-se que o rol é extenso e atinge todas as ramificações da vida da mulher, cuja integridade é integralmente protegida pela lei.

Importante ressaltar que, muito embora a LMP tenha ganhado notoriedade principalmente por seu caráter repressor, o seu diferencial encontra-se no fato desta não ser uma simples lei, mas um precioso estatuto, não somente de caráter repressivo, mas sobretudo preventivo e assistencial⁷.

Assim, a LMP não deve ser considerada como lei penal, uma vez que não introduziu um novo tipo penal, apenas promoveu alterações no Código Penal (acrescentou circunstância agravante quando o agente se prevalece de relações domésticas, de coabitação ou hospitalidade e aumentou a pena máxima e diminuiu a pena mínima de lesão corporal decorrente de relacionamento familiar), no Código de Processo Penal e na Lei de Execução Penal.

Outra mudança importante trazida pela LMP foi o afastamento do processamento dos casos de violência doméstica pelos Juizados Especiais Criminais. Instituiu-se, para tais fins, os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher - JVD FM (art. 14 da LMP), responsáveis pelo processo, julgamento e até mesmo execução das causas de violência doméstica. Estes contam com uma equipe multidisciplinar para acompanhamento dos casos, o que garante à vítima não apenas segurança jurídica, mas psicológica.

Contudo, a criação dos JVD FM não foi uma imposição. Em não sendo

⁷ DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na justiça**: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

instituídos pela União, Distrito Federal e Territórios ou Estados, a competência para processar e julgar (contudo não para executar) tanto cível quanto criminalmente será das Varas Criminais, afastando-se definitivamente o rito sumaríssimo e aplicando-se o ordinário.

Outras mudanças trazidas pela LMP com vistas à melhor proteção da mulher em situação de violência doméstica foram instituídas pelos artigos 18 a 23, que versam sobre medidas protetivas de urgência, como afastamento do lar ao agressor, proibição de aproximação e contato com a ofendida, separação de corpos, prestação de alimentos provisionais, dentre outros. Tais medidas conferem maior segurança à mulher, visto que muitas vezes as agressões não eram denunciadas em razão do medo do desamparo financeiro.

Por fim, falemos das questões processuais alteradas com a entrada em vigor da LMP, sobretudo as questões de representação e renúncia.

Conforme artigo 12, I, da LMP, a representação é levada a efeito quando do registro da ocorrência, tomada a termo pela autoridade policial, havendo possibilidade de renúncia (art. 16) até o recebimento da denúncia pelo juiz (e não do mero oferecimento da denúncia pelo Ministério Público, como nas ações penais comuns), em audiência perante o juiz e o membro do Ministério Público. Anteriormente, quando do julgamento dos casos pelo Juizado Especial Criminal, a representação era manifestada em audiência, ocorrendo sua renúncia na hipótese de acordo.

Melhor explicação nos trouxe Maria Berenice Dias⁸:

A retratação precisa ser ratificada perante o juiz e o promotor de justiça, em audiência especialmente designada para tal fim. A mulher deve estar acompanhada de defensor (art. 27). Porém, não pode a vítima ser intimada para dizer sobre o prosseguimento do processo. A audiência só é designada quando a vítima tiver manifestado o desejo de renunciar à representação.

Havendo renúncia, livra-se o agressor do processo criminal e ocorre a extinção da punibilidade. No entanto, seu nome não é excluído do cadastro mantido pelo Ministério Público (art. 26, III).

Deste modo, em sede de violência doméstica, o juiz não

⁸ DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na justiça**: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

pode propor composição de danos ou aplicação de pena não privativa de liberdade. Não há a possibilidade de o Ministério Público sugerir transação com a aplicação de pena restritiva de direito ou imposição de multa. Igualmente não é possível a suspensão condicional do processo.

Pelo exposto, é de fácil conclusão que são sensíveis as melhorias trazidas pela Lei Maria da Penha às mulheres vítimas de violência doméstica, que garantem amparo multidisciplinar às vítimas, sanções mais duras aos crimes cometidos e procedimentos processuais céleres e seguros.

4 A LEI DO FEMINICÍDIO

Nove anos após a promulgação da Lei Maria da Penha, em 10 de março de 2015 entrou em vigor a Lei 13.104/2015 que, ao tratar do feminicídio, alterou o art. 121 do Código Penal Brasileiro, que passou a ter a seguinte redação:

Art. 121. Matar alguém:

Pena – reclusão, de seis a vinte anos.

(...)

Homicídio qualificado

§2º Se o homicídio é cometido:

(...)

Feminicídio

VI – contra a mulher por razões da condição do sexo feminino:

Pena – reclusão, de doze a trinta anos.

§2º-A Considera-se que há razões de condição de sexo feminino quando o crime envolve:

I – violência doméstica e familiar;

II – menosprezo ou discriminação à condição de mulher.

Aumento de pena

(...)

§7º A pena do feminicídio é aumentada de 1/3 (um terço) até a metade se o crime for praticado:

I – durante a gestação ou nos 3 (três) meses posteriores ao parto;

II – contra pessoa menor de 14 (catorze) anos, maior de 60 (sessenta) anos ou com deficiência;

III – na presença de descendente ou de ascendente da vítima.

A legislação citada, por sua vez, também veio a alterar a Lei de Crimes Hediondos (Lei 8.072/90), cujo art. 1º passou a vigorar conforme segue:

Art. 1º São considerados hediondos os seguintes crimes, todos tipificados no Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro

de 1940 – Código Penal, consumados ou tentados:
I – homicídio (art. 121), quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente, e homicídio qualificado (art. 121, § 2º, I, II, III, IV, V, VI);

Assim, o feminicídio incorporou o Código Penal Brasileiro como circunstância qualificadora do homicídio, passando a ser considerado crime hediondo. O Brasil foi o 16º país da América Latina a prever o feminicídio⁹ em sua legislação penal, o que demonstra o avanço da sociedade brasileira e da própria América Latina na discussão sobre a violência contra mulheres enquanto fenômeno específico, “produto das relações de desigualdade, de exclusão, de poder e de submissão que se manifestam generalizadamente em contextos de violência sexista contra as mulheres, a ser estudado e combatido”.¹⁰

A lei enumera duas razões de condição do sexo feminino: a violência doméstica e familiar, já abordada no tópico referente à Lei Maria da Penha, e o menosprezo ou discriminação à condição de mulher.

Entende-se que há menosprezo quando o crime é praticado por pessoa que não demonstra apreço pela vítima, ao contrário, o pratica justamente por desprezá-la e desvalorizá-la. Quanto à discriminação à condição de mulher, sua definição é dada pelo art. 1º da Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher (1979), da qual o Brasil é signatário:

Art. 1º Para fins da presente Convenção, a expressão “discriminação contra a mulher” significará toda distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo e que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício pela mulher, independentemente de seu estado civil, com base na igualdade do homem e da mulher, dos direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo.

O tratamento diferenciado de homicídios quando ocorrem em razão da condição de sexo feminino se justifica se considerarmos os elevados índices deste tipo de violência no Brasil. Consta que, na última década, houve um aumento

⁹ BIANCHINI, Alice; GOMES, Luiz Flávio. **Feminicídio**: Entenda as questões controvertidas da Lei 13.104/2015. Disponível em: <<http://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/173139525/feminicidio-entenda-as-questoes-controvertidas-da-lei-13104-2015>>. Acesso em 22 jun/2015.

¹⁰ BIANCHINI, Alice; MARINELA, Fernanda; MEDEIROS, Pedro Paulo. **Feminicídio e o PL 8305/2014**. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/noticia/28130/artigo-feminicidio-e-o-pl-8305-14>>. Acesso em 22 jun 2015.

de 1,93% na média de homicídios femininos, sendo que, em 2012, registrou-se 393 mortes ao mês, o que representa o assombroso dado de uma morte de mulheres a cada duas horas¹¹.

Assim, torna-se evidente que o tipo penal neutro anteriormente previsto, com discricção do crime e respectiva sanção idênticas para homicídios masculinos e femininos, independentemente de sua motivação, não foi capaz de combater a alta incidência de feminicídios, cabendo ao Direito tratar de forma mais enfática tal especificidade. Portanto, o homicídio em razão de questões de gênero, com a promulgação da Lei do Feminicídio, passou a ser duramente sancionado no Brasil, com pena mínima de reclusão de doze anos, em regime inicial fechado, não sendo admitida a anistia, graça ou indulto.

Por fim, colaciona-se os argumentos trazidos por Fernanda Marinela¹² em defesa da criminalização do feminicídio:

- (a) Instrumento de denúncia e visualização dos assassinatos de mulheres por razão de gênero;
- (b) Utilidade criminológica: dados e números concretos, fazendo aflorar a realidade e permitindo uma melhor prevenção;
- (c) Poder simbólico do direito penal para conscientizar a sociedade sobre a gravidade singular desses crimes;
- (d) Novas figuras penais podem contribuir a que o Estado responda mais adequadamente ante esses crimes;
- (e) Compromete as autoridades públicas na prevenção e sanção dos homicídios de mulheres;
- (f) Não se trata de dar um tratamento vantajoso para as mulheres à custa dos homens, senão de se conceder uma tutela reforçada a um grupo da população cuja vida, integridade física e moral, dignidade, bens e liberdade encontram-se expostas a uma ameaça específica e especialmente intensa.
- (g) Princípio da proibição da proteção deficiente;
- (h) O Comitê CEDAW vem apoiando as leis de tipificação do feminicídio desde 2006 (Comitê CEDAW, 2006, 2012);
- (i) Existe extremo interesse constitucional e do legislador em erradicar as práticas de violência contra a mulher
- (j) Em razão do princípio da igualdade e da obrigação do Estado de garantir os direitos humanos, é necessário tratar

¹¹ GOMES, Luiz Flávio. **Femicídios no Brasil** (aumenta assassinatos das mulheres). Disponível em: <<http://www.institutoavantebrasil.com.br>>. Acesso em 19. jun 2015.

¹² BIANCHINI, Alice; MARINELA, Fernanda; MEDEIROS, Pedro Paulo. **Feminicídio e o PL 8305/2014**. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/noticia/28130/artigo-feminicidio-e-o-pl-8305-14>>. Acesso em 22 jun. 2015.

juridicamente de maneira distinta situações que afetam de maneira diferente a cidadania.

(k) O legislativo deve determinar a pertinência, oportunidade e conveniência, em termos de política criminal, da tipificação das condutas, sendo que existem, tanto no Direito Internacional dos Direitos Humanos, como no Direito Constitucional de diversos países, elementos suficientes para justificar a adoção de normas penais gênero-específicas em matéria de violência contra as mulheres.

5 O PANORAMA DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA NO BRASIL APÓS A PROMULGAÇÃO DA LEI MARIA DA PENHA

Após explanação para entendimento do momento histórico de promulgação da Lei Maria da Penha e da evolução da legislação pátria em matéria de violência contra a mulher, com a posterior promulgação da Lei do Feminicídio, passemos à análise dos dados constantes do Mapa da Violência, publicado no ano de 2012. O mapa, publicado seis anos após a promulgação da Lei Maria da Penha, traz estatísticas acerca do homicídio de mulheres no Brasil. A presente análise evidencia o impacto da lei no cometimento de crimes contra a mulher, bem como serve de subsídio para o direcionamento de políticas públicas para o combate deste tipo de delito.

O Mapa da Violência é produzido pela FLACSO – BRASIL, Faculdade Latino-Americana de Ciências Sociais, em parceria com a UNESCO e o Governo Federal Brasileiro, e abrange os mais diversos tipos de crime: contra a juventude, por armas de fogo, por cor, contra a mulher, etc.

No que concerne à violência contra a mulher, o Mapa da Violência divulgou dados oriundos do Ministério da Saúde, colhidos até o sexto ano de vigência da Lei Maria da Penha, que continham o mapeamento por idade, estado de origem, local e tipo de violência cometida contra mulheres no Brasil.

O ponto de partida, portanto, advém de dados oficiais do governo brasileiro. Isso porque, pela lei 6.015/73, nenhum sepultamento pode ser realizado no Brasil sem a emissão da certidão de óbito respectiva. Na certidão de óbito devem constar informações acerca de idade, sexo, estado civil, profissão, local de residência da vítima, causa da morte, meio ou instrumento que provocou a morte e local da morte.

Portanto, com base nas certidões de óbito emitidas e registradas é possível

realizar um levantamento oficial das mortes no Brasil, devidamente categorizado.

Em primeiro lugar, trataremos dos dados referentes a homicídios, colhidos das informações constantes de certidões de óbito, passando, posteriormente, à análise de dados relativos a outros tipos de violência, preponderantemente a física e sexual, conforme Sistema de Informação de Agravo de Notificação (SINAN), do Ministério da Saúde, referente a atendimentos realizados pelo SUS no ano de 2011.

O primeiro e mais estarrecedor dado sobre violência contra mulheres é o que posiciona o Brasil no ranking mundial sobre o tema: sétimo lugar. O Brasil, portanto, só é mais seguro para uma mulher viver do que El Salvador, Trinidad e Tobago, Guatemala, Rússia, Colômbia e Belize: primeiro, segundo, terceiro, quarto, quinto e sexto lugares, respectivamente, conforme dados da Organização Mundial de Saúde - OMS.

Países da América Latina que possuem PIB inferior ao do Brasil, como Equador, Paraguai e Argentina ocupam a vigésima segunda, trigésima primeira e trigésima sexta posição.

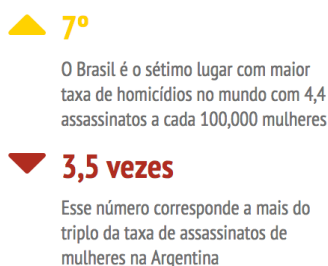


Figura 1: Ranking Brasil de homicídios contra mulheres



Figura 2: Países mais violentos para mulheres

Segundo o Mapa da Violência, 49,2% dos homicídios de mulheres no Brasil são cometidos com o uso de arma de fogo e 25,8% com o uso de objetos

cortantes. O meio menos utilizado é por estrangulamento ou sufocação, que representa apenas 1%.

Quanto ao lugar das mortes, 41% dos homicídios de mulheres ocorre no local de habitação da vítima, em oposição a 14,3% quando se trata de homicídios masculinos. Isso significa que mulheres têm aproximadamente três vezes mais chance de serem assassinadas em casa do que homens.

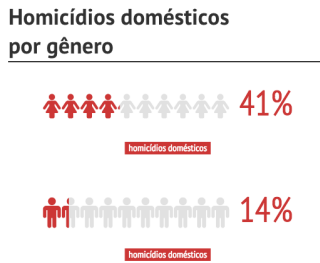


Figura 3: Homicídios domésticos por gênero

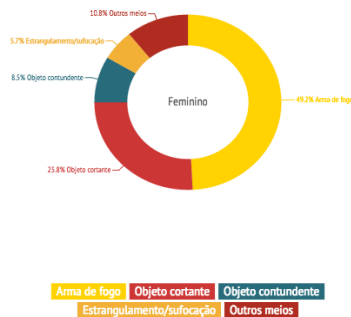


Figura 4: Meios usados para homicídios femininos

Os três estados brasileiros onde mais se matam mulheres são: Espírito Santo (9,8 a cada 100 mil mulheres), Alagoas (8,3 a cada 100 mil) e Paraná (6,4 a cada 100 mil). O mais seguro para uma brasileira viver, por outro lado, é o estado do Piauí, com índice de 2,5 a cada 100 mil mulheres. Em se tratando de capitais, a mais perigosa é Vitória (13,2 a cada 100 mil mulheres) e a menos perigosa é Palmas (1,7 a cada 100 mil).

Quanto à idade das vítimas, o registro é de que a maior incidência de mortes se dá entre mulheres de 15 a 29 anos (6,8 – 8,0 a cada 100 mil).

No que se refere à violência doméstica, os dados são igualmente desanimadores. A violência física representa 44,2% dos casos registrados, enquanto a violência moral e psicológica representa 20% e a sexual 12,2%.

No Brasil, a violência física é cometida em 69,9% dos casos dentro da residência da vítima e em 18,6% dos casos em via pública, sendo os locais de maior incidência de crimes. Quanto ao agente, os pais são os responsáveis pela violência em 10,7% dos casos, predominantemente entre as idades de 0 a 14 anos. Corre o maior risco crianças entre 1 a 4 anos, com taxa de 79% de agressão física.

Os parceiros, por outro lado, são responsáveis pelo índice de 53,5% de violência contra a mulher, no período de vida entre 15 e 59 anos. O período em que uma mulher está mais propensa a ser agredida fisicamente por seu parceiro é entre seus 30 a 39 anos, equivalendo a 71,9% dos casos.



Figura 5: Estatística de violência física no Brasil

No que concerne à violência sexual, esta ocorre em 64,4% dos casos dentro da residência da vítima, e em 17,9% dos casos em via pública. Esse tipo de violência é, em sua maioria, cometido por desconhecidos (32,8% dos casos), correndo maior risco mulheres entre 15 a 39 anos. Amigos e conhecidos, em 27% dos casos, cometem violência sexual predominantemente contra mulheres de 0 a 19 anos, sendo as maiores vítimas crianças entre 5 a 9 anos (37,8% dos casos). Já os pais violentam sexualmente suas filhas, em maior índice, entre as idades de 1 a 4 anos (52,9%) e são responsáveis por 22,6% dos casos de violência sexual cometida contra mulher.

Quem comete violência sexual?



Figura 6: Agentes de violência sexual

Por fim, o Mapa da Violência traz o histórico de homicídios cometidos contra mulheres entre os anos de 1980 a 2010. Em 2005, um ano antes da promulgação da Lei Maria da Penha, a taxa de homicídio de mulheres orbitou em 4,2 a cada 100 mil. Após a promulgação da lei, o que se percebe é um decréscimo na taxa de homicídios somente em 2007 (3,9 a cada 100 mil), tendo a curva ascendido a partir de 2008 (4,2 a cada 100 mil), sendo o ápice identificado no ano de 2010 (4,6 a cada 100 mil mulheres).

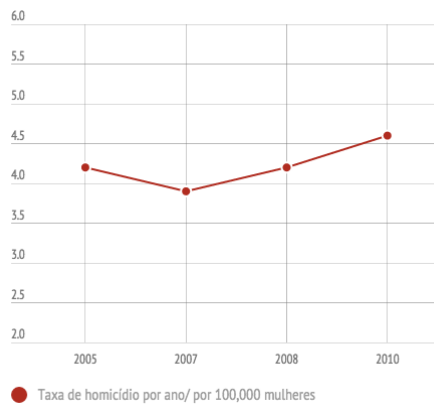


Figura 7: Taxa de homicídios de mulheres por ano

6 CONCLUSÃO

A violência doméstica, conforme pôde ser identificado ao longo deste artigo, está enraizada na sociedade brasileira, produzindo em média uma vítima fatal por hora no país.

Muito embora a legislação respectiva tenha evoluído ao longo dos anos, sobretudo na última década, não é possível afirmar que a mentalidade da população acompanhou tal evolução, uma vez que os índices, conforme dados extraídos do Mapa da Violência, não diminuíram.

Assim, ainda que haja uma rede de apoio à mulher, com Delegacias Especializadas e as mudanças introduzidas pela Lei Maria da Penha, é necessária a implementação de políticas públicas contundentes, capazes de dirimir as altas taxas registradas de casos de violência, aprimorando-se não apenas o caráter repressor da lei, mas também o educativo.

Isso porque o Brasil conta com uma grande dificuldade: o fator cultural do machismo, que coisifica a mulher, reduzindo-a a objeto e lhe negando sua identidade enquanto sujeito de direitos humanos. Assim, somente com campanhas educativas governamentais e com o diálogo promovido pelos setores da sociedade civil, nas escolas e até mesmo no seio familiar, será possível modificar a situação que ora se apresenta.

Rejeita-se, da análise dos dados mencionados, a pobreza como fator de violência doméstica, argumento disseminado pelo senso comum. A uma, porque a violência não está localizada apenas na periferia, mas pulverizada em todos os níveis sociais. A duas, porque o Brasil encontra-se acima de países que possuem PIB sobremaneira inferior ao seu no *ranking* da violência, como Argentina e Equador.

Assim, conclui-se que os avanços foram inegáveis e necessários para a adequação do Brasil inclusive enquanto país signatário de convenções internacionais de direitos humanos, contudo, devem ser ampliados os mecanismos de proteção e apoio, bem como estimulado o combate à violência, para quem sabe, enfim, o Brasil se transforme em um país seguro para a sua população feminina.

7 REFERÊNCIAS

AGÊNCIA BRASIL. **Para ONU, Lei Maria da Penha é uma das mais avançadas do mundo.** Disponível em: <<http://memoria.ebc.com.br>>. Acesso em 20 jun. 2015.

BIANCHINI, Alice; GOMES, Luiz Flávio. **Feminicídio: Entenda as questões controversas da Lei 3.104/2015.** Disponível em: <<http://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/173139525/feminicidio-entenda-as-questoes-controvertidas-da-lei-13104-2015>>. Acesso em 22 jun. 2015.

_____; MARINELA, Fernanda; MEDEIROS, Pedro Paulo. **Feminicídio e o PL 8305/2014.** Disponível em: <<http://www.oab.org.br/noticia/28130/artigo-feminicidio-e-o-pl-8305-14>>. Acesso em 22 jun. 2015.

CAMPOS, Carmen Hein. **Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista.** 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CERQUEIRA, Daniel; MATOS, Mariana; MARTINS, Ana Paula Antunes; JUNIOR, Jony Pinto. **Avaliando a Efetividade da Lei Maria da Penha**. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_2048.pdf>. Acesso em 23 jun. 2015.

DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

FLACSO BRASIL. Mapa da Violência. Atualização: Homicídio de Mulheres no Brasil. Disponível em: <http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2012/MapaViolencia2012_atual_mulheres.pdf>. Acesso em 18 jun. 2015.

GOMES, Luiz Flávio. **Femicídios no Brasil (aumenta assassinatos das mulheres)**. Disponível em: <<http://www.institutoavantebrasil.com.br>>. Acesso em 19. jun 2015.

MARTINS, Ana Paula Antunes; CERQUEIRA, Daniel; MATOS, Mariana. **Nota Técnica: A institucionalização das Políticas Públicas de enfrentamento à violência contra as mulheres no Brasil** (versão preliminar). Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/nota_tecnica/150302_nt_diest_13.pdf>. Acesso em 23 jun. 2015.

SECRETARIA DE POLÍTICAS PÚBLICAS PARA MULHERES. Lei Maria da Penha. Disponível em: <<http://www.spm.gov.br/assuntos/violencia/lei-maria-da-penha/breve-historico>>. Acesso em 20 jun. 2015.

SOUZA, Sérgio R. **Comentários à Lei de Combate à Violência Contra a Mulher**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008.



TRABALHO ESCRAVO CONTEMPORÂNEO

Mayana Coelho Martins¹

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Escravidão contemporânea. 3. Ordenamento Jurídico. 4. Prevenção e repressão da prática de trabalho escravo. 5. Caso concreto no Brasil. 5.1. Petitionários. 5.2. Estado Brasileiro. 5.3 Fundamentação da denúncia. 6. Decisão da CIDH. 7. Atuação da Corte Interamericana de Direitos Humanos. 8. Execução da decisão pelo Estado Brasileiro. 9. Conclusão. 10. Referências.

RESUMO

Diante do poder-dever de agir do Estado Brasileiro, face aos compromissos legais firmados no âmbito do ordenamento jurídico interno (Carta Magna de 1988; Código Penal Brasileiro, Lei n 8.069/90 – ECA), bem como no âmbito internacional (Tratados/Convenções), exige-se o cumprimento das normas aderidas e, principalmente, atuação eficiente e progressiva no combate da prática de trabalho escravo ou análoga a de escravo. A ocorrência de violação de direitos humanos nas relações trabalhistas resulta na imputação de responsabilidades aos infratores nas esferas civil, penal e administrativa. O caso concreto “Fazenda Brasil Verde”, ocorrido no Sul do Pará, retrata a realidade do Brasil que ainda persiste com a exploração de trabalhadores rurais, de forma a infringir os preceitos da dignidade da pessoa humana. Reflexão acerca da atuação do Estado Brasileiro no caso apresentado, acusado de omissivo e negligente diante do dever de garantir o devido processo legal; de fiscalizar efetivamente os locais de denúncia de trabalho ilícito; de ser proativo em políticas públicas de erradicação do trabalho escravo, enfim, de defender os direitos humanos no país.

Palavras-chave: Fazenda Brasil Verde. Trabalho Escravo. Ilícito penal.

¹ Bacharel em Ciências Jurídicas, empregada pública da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT e aluna do curso de pós-graduação *lato sensu* em Direito – Novas Tendências do Direito Público do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB/ICPD.

1 INTRODUÇÃO

A escravidão no Brasil, formalmente abolida em meados de 1888¹, é um fenômeno histórico e que ainda persiste na sociedade contemporânea, resultante da condição de vulnerabilidade do trabalhador face às desigualdades sociais e econômicas advindas com mais intensidade pela globalização.

O Estado Brasileiro, diante do poder-dever de agir, inerente à condição de supremacia concedida pelo povo (titular do poder), dispõe de normas no ordenamento jurídico interno em defesa dos direitos humanos consagradas na Constituição Federal Brasileira (1988); no Código Penal Brasileiro (Decreto-lei nº. 2.848/1940) e no Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA (Lei nº. 8.069/90), por exemplo. Portanto, o trabalho escravo ou redução à condição análoga à de escravo é crime tipificado em lei.

Os principais órgãos responsáveis pelo combate à prática do trabalho escravo no país são: Poder Executivo (Ministério do Trabalho e Emprego – MTE, Ministério da Justiça - Polícia Federal); Poder Legislativo (Comissões); Poder Judiciário; Ministério Público da União (MPF, MPT) e Ministério Público Estadual; a título de exemplos.

Sob o enfoque externo, é signatário de instrumentos normativos internacionais em prol da causa, atuante como país-membro da Organização dos Estados Americanos – OEA (1948), o qual se vincula aos compromissos firmados na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem² (1948) e na Carta da OEA³ (1967). Exerce, do mesmo modo, a função de Estado-parte da Convenção Americana de Direitos Humanos, a que se vincula o Tratado Internacional “Pacto de San José da Costa Rica⁴” (1969).

O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos (SIDH), iniciado com a Declaração Americana, constitui-se pela Comissão Interamericana dos Direitos Humanos (1959) e pelo órgão recursal designado Corte Interamericana de Direitos Humanos (1979), cujos órgãos visam promover e proteger

¹ BRASIL. Lei Áurea, de 13 de maio de 1888.

² <<http://www.oas.org/pt/cidh/mandato/Basicos/declaracion.asp>>.

³ <http://www.oas.org/dil/port/tratados_A-41_Carta_da_Organizac%C3%A3o_dos_Estados_Americanos.htm>.

⁴ <<http://www.oas.org/pt/cidh/mandato/Basicos/convencion.asp>>.

os direitos humanos no âmbito dos Estados Americanos. Atuam como órgãos judicantes e proferem decisões face às denúncias recebidas em desfavor dos Estados-partes violadores da Declaração e Convenção Americana.

Partindo desta premissa, procurou-se discorrer sobre o caso “Fazenda Brasil Verde”, evidenciado no país em decorrência de denúncia formulada perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, por organizações em defesa dos direitos dos trabalhadores rurais.

O cerne do presente artigo se constitui em analisar o caso concreto de violação de direitos humanos na Fazenda Brasil Verde e, principalmente, em demonstrar a eficácia da decisão da Comissão Interamericana dos Direitos Humanos que a condenou pela omissão e negligência na prática do crime de reduzir alguém à condição análoga à de escravo na referida localidade.

2 ESCRAVIDÃO CONTEMPORÂNEA

O trabalho escravo ou análogo ao de escravo contemporâneo, existente no séc. XXI, caracteriza-se como fenômeno representativo da antiga escravidão, instituída no início da história do Brasil e extinta em meados de 1800. Sob várias formas de manifestação, a dominação do homem sobre outro, equivalente à coisificação do ser para fins de obtenção de vantagem, persiste na sociedade brasileira. Da prisão à humilhação, o indivíduo curva-se aos ditames do patrão em prol da sobrevivência.

Atualmente, a caracterização do trabalho escravo encontra dificuldades para ser delineada com precisão, pois ressurgiu com intensidade na violação de diversos direitos humanos. A Organização Internacional do Trabalho - OIT define a expressão trabalho forçado ou obrigatório como, “serviço exigido de um indivíduo, sob ameaça de qualquer qualidade e para o qual ele não ofereceu de espontânea vontade”.⁵ No entanto, tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº. 3.842/12 que define o conceito de trabalho análogo ao de escravo.

A ocorrência da abolição da escravatura no país há tanto tempo permite a impressão equivocada de que o trabalho escravo não mais persiste na sociedade brasileira. No entanto, tal fato é verídico e lamentador, em consideração ao atual

⁵ Previsto no art. 2º, da Convenção da OIT n. 29/1930.

momento histórico em que se busca respeitar os direitos fundamentais e, principalmente, o valor da dignidade.

O significado da dignidade da pessoa humana “é uma qualidade intrínseca, inseparável de todo e qualquer ser humano, é característica que o define como tal. Concepção de que em razão, tão somente, de sua condição humana e independentemente de qualquer outra particularidade, o ser humano é titular de direitos que devem ser respeitados pelo Estado e por seus semelhantes. É, pois, um predicado tido como inerente a todos os seres humanos e configura-se como um valor próprio que o identifica”⁶

Por sua vez, a exploração do trabalhador se evidencia com mais notoriedade nas áreas isoladas, onde os aliciadores captam com maior facilidade aqueles enquadrados em situação de vulnerabilidade social e econômica, para posteriormente, os submeterem a serviços de forma ilegal. No entanto, o crime ocorre tanto no meio rural como no urbano.

O recrutamento atinge, principalmente, os indivíduos desempregados, sem ou baixa escolaridade, alheios à oportunidade de formação profissional, desprovidos de terras produtivas ou em situação degradante de sobrevivência, como exemplos. A necessidade de trabalhar para satisfazer necessidades básicas vitais os tornam suscetíveis de serem enganados pelos denominados “gatos”, que os atraem com mais facilidade para locais distantes das respectivas origens, para trabalharem indignamente.

A contratação do trabalhador ocorre de forma ilegal e envolve promessa de elevados pagamentos e garantias trabalhistas, os quais são descumpridos pelo contratante. Ao deslocar as vítimas para as áreas desejadas, urbanas ou rurais, imputam-lhes débitos decorrentes do deslocamento e alimentação, o que as obrigam a permanecer na condição imposta para posterior pagamento. Decorrente do endividamento fraudulento, o trabalho se torna forçado e exaustivo, além de degradante, sob torturas físicas e psicológicas e, principalmente, sob ameaças de morte. Assim, são obrigados a permanecerem nas áreas isoladas, sem comunicação com as famílias e, conseqüentemente, de forma a inibir a ação das autoridades competentes para combater a prática de tráfico de pessoas e de

⁶ SARLET, Wolfgang Ingo. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição da República de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 22.

trabalho escravo ou análogo a de escravo.

Portanto, para definir o conceito formal de trabalho escravo é necessário incidir as regras e princípios relativos a direitos humanos, bem como considerar os aspectos jurídicos, sociais, culturais e econômicos que envolvem a relação de trabalho no país.

A partir da delimitação traçada pela legislação nacional e convenções/tratados internacionais sobre o tema é possível absorver a conceituação para fins de orientação dos envolvidos na prevenção e combate deste tipo de violação da dignidade humana.

3 ORDENAMENTO JURÍDICO

O Estado Brasileiro, signatário de compromissos legais firmados internamente e internacionalmente, é competente para atuar de forma eficiente na prevenção e no combate da prática de trabalho escravo ou de redução à condição análoga a de escravo no país.

O principal parâmetro jurídico que se fundamenta o país para vislumbrar o dever legal de proteção dos direitos humanos sob o enfoque trabalhista, corresponde à Constituição Federal Brasileira (1988), cujo documento versa sobre os seguintes direitos: dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III); valorização do trabalho/livre iniciativa (art. 1º, inc. IV); princípio da prevalência dos direitos humanos no âmbito internacional (art. 4º, inc. II); direito à inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à segurança (art. 5º, caput); vedação à prática de tortura, tratamento desumano ou degradante (art. 5, inc. III); proibição da pena de morte, salvo em guerra declarada e vedação de trabalhos forçados (art. 5º, inc. XLVII); dentre outros.

Nesse sentido, constata-se a amplitude dos direitos humanos consagrados pela Carta Magna, inclusive acerca dos princípios que assolam a atividade laboral.

Importa destacar o normativo interno Código Penal Brasileiro (Decreto-Lei nº. 2.848/1940), o qual tipificou como crime a conduta de reduzir o trabalhador à condição análoga ao de escravo, nos termos seguintes:

Art. 149. Reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de

trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto:

Pena - reclusão, de dois a oito anos, e multa, além da pena correspondente à violência.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem:

I – cerceia o uso de qualquer meio de transporte por parte do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho;

II – mantém vigilância ostensiva no local de trabalho ou se apodera de documentos ou objetos pessoais do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho.

§ 2º A pena é aumentada de metade, se o crime é cometido:

I – contra criança ou adolescente;

II – por motivo de preconceito de raça, cor, etnia, religião ou origem.

Em sintonia ao dispositivo retro citado, o código penal ainda dispõe sobre a criminalização de outras ações contra a organização do trabalho, tais como o ato de atentado contra a liberdade de trabalho (art. 197, inc. I); atentado contra a liberdade de contrato de trabalho e boicotagem violenta (art. 198); atentado contra a liberdade de associação (art. 199); frustração de direito assegurado por lei trabalhista (art. 203); aliciamento para o fim de emigração (art. 206); aliciamento de trabalhadores de um local para outro do território nacional (art. 207).

Em defesa dos direitos que envolvem os menores de idade, promulgou-se o Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA (Lei nº. 8.069/90), com o fito de assegurar a dignidade do menor na sociedade, de modo a preservá-lo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor (art. 18); a proibição de qualquer trabalho a menores de 14 anos de idade, salvo o aprendiz (art. 60); o direito à profissionalização; entre outros dispositivos em legislação específica.

Nesse contexto, verifica-se que a criminalização de condutas que afrontam os direitos humanos sob a ótica trabalhista é de extrema importância para reprimir o trabalho escravo no Brasil e, sobretudo, propiciar garantias à sociedade.

Na ótica internacional, insta consignar as obrigações adquiridas pelo Estado Brasileiro como país-membro da Organização dos Estados Americanos – OEA, o que resultou a adesão aos direitos firmados na Declaração Americana e na Carta da OEA.

Em destaque, a Declaração Americana dispõe sobre os seguintes direitos humanos afetos à relação de trabalho: direito à vida, liberdade e segurança da

pessoa (art. I); direito à igualdade perante a lei (art. II); direito de proteção à criança (art. VII); direito de fixar residência e abandoná-la por própria vontade e de transitar livremente no território nacional (art. VIII); direito à preservação da saúde e bem-estar, relativo à medidas sanitárias, alimentação, roupas, habitação, cuidados médicos (art. XI); direito ao trabalho em condições dignas, de seguir livre vocação e de receber justa remuneração (art. XIV); direito à justiça (art. XVIII).

Assim, tem-se a Comissão Interamericana de Direitos Humanos – CIDH, órgão integrante da Organização dos Estados Americanos (OEA), cuja missão é promover e proteger os direitos humanos previstos na Declaração Americana. Na prática, recebe denúncia⁷ contra determinado país acusado de violar direitos humanos, analisa os critérios de admissibilidade da petição nos termos legais definido, posteriormente notifica o Estado-membro para apresentação de defesa, dentre outras fases processuais previstas até que seja proferida a decisão de mérito. O cumprimento das sentenças pelos países condenados é monitorado pela CIDH.

Em continuidade ao processo evolutivo humanitário, o país exerce, ainda, a função de Estado-parte da Convenção Americana de Direitos Humanos (1969), cujo Tratado Internacional reconhecido como “Pacto de San José da Costa Rica” visa estabelecer direitos essenciais do homem.

Na mesma concepção protetiva do trabalhador, a Convenção Americana também consolidou direitos, a fim de fortificar as ações de combate ao trabalho escravo nos países. A título exemplificativo, reconheceu a obrigação do Estado-parte de respeitar os direitos estabelecidos na Convenção (art. 1); de garantir o maior bem jurídico, a vida (art. 4º); de preservar a integridade pessoal (art. 5º); de proibir a escravidão e servidão (art. 6º); de direito à liberdade (art. 7º); de propiciar garantias judiciais (art. 8º); de proteger os direitos da criança (art. 19); de garantir o direito de circulação e de residência (art. 22); de proteção judicial (art. 25), dentre outros.

Em instância superior, encontra-se a Corte Interamericana dos Direitos Humanos, “instituição judiciária autônoma cujo objetivo é a aplicação e a in-

⁷ A denúncia é encaminhada à CIDH pelo “Formulário de Denúncia”, via Sistema de Petição Individual.

interpretação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. A Corte exerce suas funções em conformidade com as disposições da citada Convenção e deste Estatuto”⁸

Importa salientar, em complemento ao exposto, a previsão da Convenção Suplementar das Nações Unidas sobre a Abolição da Escravidão, Tráfico de Escravos e Instituições e Práticas Semelhantes à Escravidão, a qual dispõe, primordialmente, sobre a obrigação dos Estados-Membros em adotar todas as medidas, legislativas e de outra natureza, que sejam viáveis e necessárias para obter progressivamente a abolição completa das práticas de escravidão na sociedade contemporânea (art. 1º).

A Organização Internacional do Trabalho – OIT também emite documentos em prol da proteção ao trabalho escravo, em especial, a Convenção nº. 105/1957 referente à abolição do trabalho forçado.

Por fim, a adesão aos instrumentos normativos pelo Estado Brasileiro corrobora o reconhecimento não só dos direitos humanos, mas inclusive das instituições jurídicas e políticas existentes que atuam no cenário internacional, vinculando-as. O reconhecimento dos documentos mencionados implica discernir que o Brasil, país signatário, os aderiu como forma de ampliar as medidas de proteção em defesa dos direitos humanos, por meio da reafirmação da liberdade pessoal e da justiça social. Tanto no direito interno quanto no externo, a dignidade e os demais atributos que qualificam os indivíduos devem ser reconhecidos e tutelados, visto serem inerentes à própria natureza humana.

4 PREVENÇÃO E REPRESSÃO DA PRÁTICA DE TRABALHO ESCRAVO

Insta registrar, primeiramente, que o Estado Brasileiro reconheceu formalmente a ocorrência de escravidão no país em 1995, ou seja, de forma tardia.

Os órgãos responsáveis pela prevenção e repressão dos crimes de trabalho escravo contemporâneo devem priorizar suas respectivas ações para alcançar com efetividade o resultado almejado, qual seja, a abolição desta prática.

A título exemplificativo, a Câmara dos Deputados e Senado Federal atu-

⁸ Estatuto da Corte Interamericana de Direitos Humanos (1979).

am por meio de Comissões para aprovar projetos de lei regulamentadores do trabalho escravo no país. Esta atuação do Poder Legislativo é fundamental para reforçar em legislações a obrigatoriedade de cumprimento de direitos humanos nas relações de trabalho, como forma de erradicar a prática.

Da mesma maneira, o Poder Executivo se responsabiliza na medida que lhe compete implementar políticas públicas a fim de exterminar o trabalho escravo contemporâneo.

Por meio do Ministério do Trabalho e Emprego – MTE firmou-se o Termo de Compromisso com o Ministério Público Federal, Ministério Público do Trabalho e Polícia Federal com o objetivo de prevenir, reprimir e erradicar a escravidão ainda persistente. As denúncias são apuradas *in loco* pelos Grupos de Fiscalização, constituídos por autoridades (Auditores Fiscais do Trabalho, Procurador do MPT, Agentes da PF), em que são adotadas medidas tais como: resgate dos trabalhadores encontrados em condições de escravidão; pagamento de indenizações (verbas salariais devidas); lavratura dos autos de infração, dentre outras.

O MTE instituiu, ainda, o Plano Nacional para Erradicação do Trabalho Escravo (2002), cuja política pública de duração permanente visa reprimir o trabalho escravo no país. Em paralelo, outras ações necessárias são adotadas como a publicação da Medida Provisória nº. 74/2002 (que dispõe sobre o seguro-desemprego aos resgatados) e a IN nº. 91/2011 (que dispõe sobre a fiscalização do trabalho análogo à condição de escravo).

A Justiça Federal incluiu no Planejamento Estratégico 2015-2020 a meta de reduzir o trabalho escravo e o tráfico de pessoas no Brasil⁹, por meio de ação conjunta com o MPF. A prioridade estabelecida resulta em dar celeridade no julgamento de ações penais vinculadas ao trabalho escravo, de forma que a pretensão é não tolerar mais condutas criminosas. Nesse sentido, nos últimos anos o MPF fortalece ações para combater a escravidão contemporânea como a instituição de Grupos de Trabalho que aperfeiçoam diretrizes para a investigação do crime (qualidade de provas), com vistas a alcançar a fase de execução penal e, por fim, fase punitiva.

Em relação ao juízo competente para julgamento dos crimes relativos ao

⁹ Notícia extraída do portal do Conselho da Justiça Federal.

trabalho escravo, em 2014, o Supremo Tribunal Federal – STF proferiu decisão no sentido de reconhecer a competência da Justiça Federal para processar e julgar ação penal sobre crime de exploração de trabalho escravo, tipificado no Código Penal (art. 149), sob a alegação de ser “essencial para a segurança jurídica e o desenvolvimento social do país”¹⁰

Nesse sentido, frequentes conflitos de competência suscitados em ações tramitadas perante as Justiças Federal e Trabalhista, que antes contribuíam com a morosidade no tratamento legal para combater o trabalho escravo, devem ser solucionados com mais celeridade.

O Ministério Público do Trabalho - MPT, por sua vez, munido da função de defender os direitos coletivos e individuais na área trabalhista, atua de forma direta em busca da erradicação do problema, de modo que recebe denúncias, bem como pratica ações conforme “Cartilha do Trabalho Escravo¹¹”, *in verbis*:

“(…) - atenção ao trabalhador, com o resgate e a inclusão ou reinclusão social, para prevenir o retorno à superexploração e quebrar o ciclo de pobreza. O trabalhador qualificado profissionalmente e inserido no mercado formal de trabalho sairá da vulnerabilidade social que o empurra ao trabalho escravo moderno;

- punição e conscientização do empregador, que, muitas vezes buscando maior lucratividade, economiza justamente na mão-de-obra, findando por olvidar a condição de ser humano dos obreiros envolvidos no seu negócio. Nesse sentido, Termos de Ajuste de Conduta e Ações Cíveis Públicas manejados pelos Procuradores do Trabalho impõem sanções severas para inibir a repetição da conduta, com cobrança de indenizações pelos danos morais coletivos e individuais;

- alerta à população, que precisa entender o que é a escravidão contemporânea para denunciá-la e possibilitar aos atores envolvidos o maior alcance no combate, devendo toda a sociedade repudiar a prática, provocando inclusive, a reflexão do consumidor e da cadeia econômica acerca do procedência do produto em foco. (...)”

No âmbito do Distrito Federal, vários órgãos atuam no Comitê de Proteção da Criança e do Adolescente, criado em 2013 com atribuições de acompanhar e monitorar as políticas públicas de proteção de menores em grandes

¹⁰ Notícia extraída do portal do Supremo Tribunal Federal.

¹¹ Notícia extraída do portal do Ministério Público do Trabalho.

eventos na localidade.

Ademais, tem-se a Secretaria da Criança, a qual integra a Coordenação de Denúncias de Violação dos Direitos da Criança e do Adolescente (Cisdeca), de forma que recebe denúncias de violência psicológica, violência física e trabalho infantil no DF. As queixas são encaminhadas para a Rede de Proteção (Delegacia de Proteção à Criança e do Adolescente (DPCA), Delegacia da Criança e do Adolescente, Comissariado da Vara da Infância e da Juventude, Secretaria de Saúde, Sedest, Conselhos Tutelares e outros órgãos do governo) para adoção de providências cabíveis.

Denúncias de trabalho escravo no Distrito Federal podem ser realizadas pelo canal de comunicação “Disque 100”, monitorado pelo Departamento de Ouvidoria Nacional dos Direitos Humanos.

Por fim, organizações particulares, comissões em prol dos direitos dos trabalhadores rurais (Comissão Pastoral da Terra) e Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL/Brasil), por exemplo, também atuam em defesa da causa.

Nesse ínterim, constata-se o envolvimento de toda as esferas do Governo Brasileiro em combate ao trabalho escravo contemporâneo no país.

5 CASO CONCRETO NO BRASIL

5.1 Peticionários

Trata-se de denúncia¹² formulada pela Comissão Pastoral da Terra (CPT) e pelo Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL/Brasil) junto à Comissão Interamericana de Direitos Humanos sobre a prática de trabalho escravo ou análogo a de escravo (280 vítimas) e sobre o desaparecimento de 2 (dois) trabalhadores adolescentes na Fazenda Brasil Verde, localizada no Sul do Pará.

Transcrevam-se dispositivos da Convenção Americana sobre competência:

“(…) Art. 44 Qualquer pessoa ou grupo de pessoas, ou entidade não-governamental legalmente reconhecida em um ou mais Estados membros da Organização, **pode apresentar à Comissão petições que contenham denúncias ou queixas de violação desta Convenção por um Estado Parte.**

(…) Art. 45 **Todo Estado Parte pode**, no momento do de-

¹² Caso nº. 12.066, constante do Relatório nº. 169/2011, emitido pela CIDH.

pósito do seu instrumento de ratificação desta Convenção ou de adesão a ela, ou em qualquer momento posterior, **declarar que reconhece a competência da Comissão para receber e examinar as comunicações em que um Estado Parte alegue haver outro Estado Parte incorrido em violações dos direitos humanos estabelecidos nesta Convenção**".(g.n)

Desta feita, após verificada a legitimidade das partes, a CIDH entendeu que a petição satisfaz os requisitos de admissibilidade previstos no art. 46 da Convenção Americana, que dispõe sobre as condições imprescindíveis para acionar a Comissão. Os requisitos se caracterizam, em suma, pela exigência de esgotamento dos recursos na jurisdição interna; prazo de 6 (seis) meses da notificação da decisão definitiva, presumidamente violadora de direitos humanos; matéria não dependente de outros processos internacionais; etc. No entanto, a inexistência de legislação interna de proteção humanitária; o impedimento do presumido prejudicado de esgotar as vias judiciais e demora injustificada nas vias recursais implicam admissão da denúncia pela CIDH. Ademais, o art. 47 arrola as hipóteses de inadmissibilidade peticionária.

Posteriormente, o relatório dispôs sobre a omissão e negligência do Estado Brasileiro na investigação das práticas ilegais ocorridas na Fazenda Brasil Verde e que afrontaram cruelmente valores como a dignidade dos trabalhadores.

As alegações constantes da denúncia representavam a insatisfação pelos recursos internos disponíveis e ineficazes para garantir o acesso à Justiça Brasileira dos trabalhadores; ocorrência de violação de direitos humanos consagrados por normativos nacionais e internacionais (Constituição Federal Brasileira, Código Penal, Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, Declaração Americana e Convenção Interamericana de Direitos Humanos); ocorrência de violação do direito de devido processo legal, relativo ao prazo regular de tramitação judicial.

O caso se representa pela forma de recrutamento de trabalhadores para prestarem serviço em áreas rurais isoladas. Devido à vulnerabilidade social, cultural e econômica, as vítimas desempregadas e de baixo nível de escolaridade são contratadas ilegalmente pelos denominados “gatos”, os quais prometem pagamentos que não são honrados ou de representatividade irrisória.

O endividamento fraudulento se caracteriza fortemente nessa relação trabalhista ilegal, de modo que o deslocamento dos trabalhadores para as localidades rurais resulta na cobrança automática do transporte utilizado e dos alimen-

tos consumidos. Portanto, débitos constituídos por meio de fraudes, obrigam os indivíduos a permanecerem na condição imposta, assim como frequentes ameaças de morte, torturas, exigência de trabalhos forçados, retenção obrigatória no local de trabalho, enfim, constata-se inúmeros tipos de violação de direitos humanos.

Nesse contexto disposto no Relatório da Denúncia, verifica-se a violação inclusive dos familiares quanto à integridade psíquica e moral em decorrência da falta de comunicação e do desconhecimento do paradeiro dos trabalhadores.

Ademais, consta do documento relato do desaparecimento de dois adolescentes menores de idade, tidos afinal como foragidos, visto a ausência de investigação pelas autoridades competentes, conforme alega os petionários.

Os petionários alegam, ainda, a inexistência de fiscalizações na Fazenda Brasil Verde e nas áreas rurais em geral, bem como a ineficiência das investigações quando das denúncias de prática de trabalho escravo ou análogo à escravidão desde 1989. Enfim, o Estado Brasileiro, incumbido do dever de adotar medidas preventivas e repressivas para erradicar o trabalho escravo contemporâneo, não logrou êxito nas ações realizadas e, tampouco, adotou providências alternativas.

Quanto aos trâmites processuais, argumentam que entre 1988 e 1997 houve omissão do Estado Brasileiro visto que as visitas policiais nos locais de denúncia não ensejavam posterior investigação de cunho penal. Em decorrência da morosidade de 9 (nove) anos nos trâmites processuais, restou caracterizada a prescrição dos delitos de trabalho escravo, liberdade de trabalho e recrutamento ilegal (2008). Assim, concluiu-se a ação penal sem o julgamento de mérito.

5.2 Estado brasileiro

Em defesa, o Estado considera que a complexidade do caso justificaria a demora no processo interno, em base ao grande número de testemunhas e do conflito de competência entre as esferas federal e estadual¹³. O atraso na tramitação do processo penal decorreu da grande quantidade de testemunhas a serem arroladas/ouvidas e, principalmente, devido ao conflito de competência suscitado pelas Justiças Federal, Estadual e Trabalhista, em consideração à mudança de

¹³ Item 25, Relatório nº. 169/11, Caso nº. 12.066.

entendimentos jurisprudenciais.

Quanto ao desaparecimento dos adolescentes, o Estado sustenta de forma convicta e inadmissível que existe a obrigação de investigar, mas não de encontrá-los¹⁴, em razão do insucesso de identificação de autoria dos delitos.

Não houve renúncia ao seu direito de invocar a falta de esgotamento dos recursos internos, como alegado pelos petionários.

Como justificativas, ressalta a adoção de políticas públicas, reforma agrária e reformas legislativas em combate ao trabalho escravo, por meio da ampliação de direitos na legislação. Entretanto, a dificuldade de aplicação das leis pelas autoridades competentes torna o Estado passivo nas operações.

Por meio da adesão à CIDH (1995), priorizou-se o combate do trabalho escravo e, desde então, investigações são efetivamente realizadas, pondera. Inclusive, afronta a legislação que o incumbe de fiscalizar no país para relatar que o trabalho escravo na Fazenda Brasil Verde foi cometido por terceiros particulares e não pelo Estado.

5.3 Fundamentação da denúncia

A denúncia se fundou na indicação de violação dos seguintes instrumentos de proteção dos direitos humanos, em síntese:

Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem (Declaração Americana):

- ▷ Art. I - direito à vida e à liberdade;
- ▷ Art. II - direito à igualdade formal (lei);
- ▷ Art. VII - direito à proteção à infância;
- ▷ Art. VIII - direito à residência e trânsito;
- ▷ Art. XI - direito à saúde;
- ▷ Art. XIV - direito ao trabalho e à justa remuneração;
- ▷ Art. XVIII - direito ao acesso à Justiça.

Convenção Suplementar das Nações Unidas sobre a Abolição da Escravidão Tráfico de Escravos e Instituições e Práticas Semelhantes à Escravidão:

- ▷ Artigo 1º - Cada um dos Estados Membros à presente Convenção tomará todas as medidas, legislativas e de outra natureza, que sejam viáveis e necessárias, para obter progressivamente e logo que possível a abolição completa ou o abandono das instituições e práticas seguintes, onde quer ainda subsistam, enquadrem-se ou não na definição de es-

cravidão assinada em Genebra, em 25 de setembro de 1926 (...)

6 DECISÃO DA CIDH

Em consideração ao exposto, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos decidiu pela competência para analisar a petição e pela satisfação dos requisitos de admissibilidade da Ação, visto que as vítimas não tiveram recursos internos efetivos. Imputou-se responsabilidade ao Estado Brasileiro em decorrência da violação de dispositivos tanto da Declaração Americana quanto da Convenção Americana, conforme mencionado na fundamentação da denúncia.

Dentre as recomendações proferidas ao Estado, consta a imposição para reparar os direitos violados de cunho material e moral, tais como: pagamento de verbas trabalhistas devidas e valores retidos, devolução de bens pessoais furtados, dentre outras ocorrências. Quanto ao desaparecimento dos trabalhadores, concluiu-se pela imputação de responsabilidade internacional do Brasil por não realizar investigações diligentes e em prazo razoável, bem como por tolerar e permitir se perpetuar a prática de trabalho forçado na localidade.

E àquelas autoridades envolvidas no caso, que fossem adotadas as medidas administrativas e disciplinares cabíveis, como a instauração de processo administrativo para apuração de responsabilidades e aplicação de penalidades aos servidores públicos envolvidos no retardamento ou omissão nas ações preventivas e repressivas.

Ordenou-se, por fim, implementar políticas públicas de fortalecimento da justiça trabalhista e erradicação da escravidão contemporânea no país para, conseqüentemente, garantir direitos humanitários aos trabalhadores.

7 ATUAÇÃO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Tendo em vista a qualificação das práticas ilegais de trabalho forçado e servidão por dívidas como representação contemporânea de escravidão, identificadas no âmbito da Fazenda Brasil Verde, em 06/03/2015 a Comissão apresentou Carta de Submissão do caso à Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Nos termos do Estatuto da Corte¹⁵, transcreva-se:

Artigo 1. Natureza e regime jurídico

A Corte Interamericana de Direitos humanos é uma instituição judiciária autônoma cujo objetivo é a aplicação e a interpretação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. A Corte exerce suas funções em conformidade com as disposições da citada Convenção e deste Estatuto.

Desta feita, apresentaram-se os fatos à Corte com o objetivo de se constituir jurisprudência acerca do trabalho escravo contemporâneo e de manifestação desse tipo de trabalho forçado que, infelizmente, perpetua na sociedade brasileira. Esta ação visa, definitivamente, obter justiça face os delitos cometidos na fazenda que não foram devidamente investigados pelo Brasil, de modo que afetaram a ordem pública internacional.

Ademais, “o Estado aderiu à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em 25 de setembro de 1992 e aceitou a competência contenciosa da Corte em 10 de dezembro de 1998”.¹⁶ Portanto, procede-se a intervenção jurisdicional da Corte no Estado-parte que aderiu à Convenção Americana, motivada pelas ações e omissões constatadas na esfera nacional.

Insta registrar que, até o presente momento, a Corte não proferiu decisão internacional acerca do Relatório de Mérito apresentado pela Comissão sobre o caso de escravidão no Estado do Pará.

8 EXECUÇÃO DA DECISÃO PELO ESTADO BRASILEIRO

O Relatório de Admissibilidade e Mérito, formatado pela Comissão, foi notificado ao Estado Brasileiro por meio da “Comunicação de 4 de janeiro de 2012”, segundo a Carta de Submissão que formalizou o ato perante à Corte Interamericana. Concedeu-se prazo para o país comunicar acerca da execução das decisões e recomendações proferidas pela Comissão.

Após notificado, constatou-se que o Brasil, em que pese tenha implementado ordenamento jurídico e políticas públicas sobre a matéria, não cumpriu na prática o ordenado. Não houve reparação de danos materiais e morais aos

¹⁵ < <http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/v.Estatuto.Corte.htm>>.

¹⁶ Carta de Submissão do Relatório de Mérito do caso Fazenda Brasil Verde, constante do sítio oficial da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

trabalhadores vitimados e, tampouco, prosseguimento às investigações do caso concreto para imputação de responsabilidades e, *a posteriori*, penalizações.

Nesse ínterim, resta comprometida a atuação dos órgãos responsáveis pela prevenção e repressão do trabalho escravo ou análogo à escravidão no Brasil.

9 CONCLUSÃO

Diante dos fatos apresentados, conclui-se que a escravidão ainda perdura na sociedade de forma cruel e impune, visto a inoperância Estatal diante do dever de agir de modo preventivo e repressivo. O crime de escravidão que assola a sociedade brasileira envolve trabalhadores de vulnerabilidade econômica, social e cultural, os quais são obrigados a aceitar violações de dignidade de diferentes naturezas para garantir sua própria sobrevivência.

O caso concreto da Fazenda Brasil Verde repercutiu internacionalmente, de modo a alcançar a jurisdição da Comissão Interamericana e da Corte Interamericana de Direitos Humanos, nas quais o Brasil é Estado-membro. Violações aos direitos humanos consagrados nos normativos nacionais e internacionais resultaram a notificação do país para manifestação das razões de defesa, cuja decisão o condenou à adoção de várias providências legais. Em contrapartida, não se vislumbrou avanço do Estado nas fiscalizações de trabalho escravo na Fazenda, não houve reparações civis às vítimas, nem ações consideradas eficientes para reprimir a escravidão na localidade.

A estrutura Estatal responsável pelas políticas públicas de combate ao trabalho escravo, inovações e reformas legislativas, fiscalização, investigação e repressão necessita urgentemente de fortificação. Tais ações devem ser priorizadas pelo Governo Brasileiro para impulsionar os órgãos competentes na rotina prática, dando-lhes condições administrativas para operacionalizar de forma efetiva por meio das autoridades públicas. As relações trabalhistas constituídas ilegalmente necessitam de repúdio no que se refere à violação de princípios fundamentais relacionados aos direitos humanos. Dessa forma, é inadmissível que as instituições públicas sejam omissas ou desprovidas de mecanismos para garantir a prevenção do crime por meio de fiscalizações e investigações realizadas para atender fins públicos.

Permitir a perpetuação da escravidão no Brasil é retrocesso da atual so-

cidade capitalista, cujo sistema instituído pelos Governos de várias gerações acentua cada vez mais a vulnerabilidade financeira de trabalhadores que se encontram em situação de exclusão social. A subordinação das vítimas aos ditames de pessoas cruéis que aliciam crianças, adolescentes, adultos e idosos, para aceitarem qualquer condição de contrato para garantir a própria sobrevivência, é realidade cuja responsabilidade nacional e internacional compete ao Estado Brasileiro.

É fato que nosso país, aos poucos, tem avançado no combate ao trabalho escravo, mas muitas ações ainda precisam ser intensificadas para mudar o atual cenário crítico e vergonhoso em que a República Federativa do Brasil se encontra.

Acredita-se, positivamente, que as ações das organizações internacionais em defesa dos direitos humanos têm avançado satisfatoriamente, de modo que, cada vez mais visa ampliar o campo de atuação quando da fiscalização do cumprimento de decisões proferidas em desfavor do Estado Brasileiro, notificado várias vezes por violação à dispositivos da Declaração Americana e Convenção Americana que regem sobre dignidade da pessoa humana, valor intrínseco à vida. A eficácia das decisões prolatadas pela Comissão e pela Corte deve ser garantida incondicionalmente para o progresso da humanidade nesta matéria.

Reflexão¹⁷:

“(…) De primeiro (a escravidão) era quando trabalhava apanhando. Hoje é quando trabalha humilhado;
A escravidão não é só ficar preso numa fazenda, é humilhar a pessoa no serviço e não pagar, ter o de comer ruim, trabalhar demais;
Ser humilhado: receber grito direto, ser tratado que nem cachorro.
É quando a gente não se sente como humano. (...)”
(Depoimentos de trabalhadores resgatados - Fonte: OIT)

¹⁷ Extraída da Cartilha do Trabalho Escravo, sob a Coordenação da CONAETE (Coordenadoria Nacional de Erradicação do Trabalho Escravo – Ministério Público do Trabalho).

10 REFERÊNCIAS

Carta da Organização dos Estados Americanos. Subscrita em Bogotá (1948). Comissão Interamericana de Direitos Humanos - CIDH. Organização dos Estados Americanos. Disponível em: <http://www.oas.org/dil/port/tratados_A-41_Carta_da_Organizacao_dos_Estados_Americanos.htm>. Acesso em: 13 jun. 2015.

Carta de Submissão à Corte IDH. Disponível em: <<http://www.oas.org/pt/cidh/decisiones/demandas.asp>>. Acesso em: 6 jun. 2015.

CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS. San José, Costa Rica, 1969. Comissão Interamericana de Direitos Humanos - CIDH. Organização dos Estados Americanos. Disponível em: <<http://www.oas.org/pt/cidh/mandato/Basicos/convention.asp>>. Acesso em: 13 jun. 2015.

CONVENÇÃO DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO - OIT. n. 29/1930. Disponível em: <<http://www.ilo.org/brasil/lang--pt/index.htm>>. Acesso em: 20 jun. 2015.

ESTATUTO DA CORTE IDH (1979). <<http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/v.Estatuto.Corte.htm>>. Acesso em 27 jun. 2015.

DECLARAÇÃO AMERICANA DOS DIREITOS E DEVERES DOS HUMANOS. Nona Conferência Internacional Americana, Bogotá, 1948. Comissão Interamericana de Direitos Humanos - CIDH. Organização dos Estados Americanos. Disponível em: <<http://www.oas.org/pt/cidh/mandato/Basicos/declaracion.asp>>. Acesso em: 13 jun. 2015.

ESTATUTO DA CORTE IDH, La Paz, Bolívia, 1979. Comissão Interamericana de Direitos Humanos - CIDH. Organização dos Estados Americanos. Disponível em: <<http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/v.Estatuto.Corte.htm>>. Acesso em: 4 jul. 2015.

Notícia. **Portal do Conselho da Justiça Federal - CJF.** <<http://www.cjf.jus.br/noticias-do-cjf/2015/marco/justica-federal-tem-como-meta-reduzir-o-trabalho-escravo-e-o-trafico-de-pessoas-no-brasil>>. Disponível em 25/03/15. Acesso em: 29 jun. 2015.

Notícia. **Portal do Ministério Público do Trabalho - MPT.** <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=270215>>. Disponível em: 1º/07/14. Acesso em: 29 jun. 2015.

RELATÓRIO DE MÉRITO DO CASO FAZENDA BRASIL VERDE. Caso n. 12.066, Relatório n. 169/2011, emitido pela CIDH. Disponível em: <<http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/corte/2015/12066FondoPt.pdf>>. Acesso em: 06 jun. 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição da República de 1988.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.



“HATE SPEECH” E OS LIMITES DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Tércia Martins de Barros Ferreira¹

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Direito Fundamental à Liberdade de Expressão. 3. Liberdade de Expressão vs. outros Direitos Fundamentais. 4. *Hate Speech*. 4.1. Estados Unidos. 4.2. Alemanha. 5. O *Hate Speech* e a Jurisprudência no Brasil. 5.1. Caso Ellwanger. 5.2. Unidos do Viradouro. 6. Conclusão. 7. Referências.

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo analisar tema atual, que está sob os holofotes da mídia em todo o mundo e que trata dos limites da liberdade de expressão diante de discursos que semeiam ódio, desprezo e discriminação contra as minorias. Para tanto, é necessária uma análise sobre os limites do direito à liberdade de expressão diante de conflitos entre direitos fundamentais, bem como entender a forma com que o tema vem sendo tratado na jurisdição internacional e no ordenamento jurídico interno, e ainda, como o princípio da dignidade da pessoa humana assume o papel equalizador das diferenças estabelecidas pelo *Hate Speech*, tendo em vista a pluralidade da sociedade contemporânea.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais. Liberdade de expressão. *Hate Speech*.

ABSTRACT

This article aims to analyze current theme, which is under the media spotlight around the world and dealing with the limits of freedom of expression before speeches that sow hatred, contempt and discrimination against minorities. Therefore, it is necessary an analysis of the limits of freedom of expression in the face of conflicts between fundamental rights and understand the way the issue has been addressed in international jurisdiction and legal order as well as the principle the dignity of the human person assumes the role of equalizer differences established by the *Hate Speech*, given the diversity of contemporary society.

Key words: Fundamental Rights. Freedom of expression. *Hate Speech*.

¹ Advogada, aluna do curso de pós-graduação *lato sensu* em Direito Empresarial e Contratos Públicos, no Centro Universitário de Brasília – UniCEUB/ICPD.

1 INTRODUÇÃO

No Brasil, muita coisa mudou com o fim do governo militar, mas a abolição da censura com advento da promulgação da Constituição da República em 1988 foi, sem dúvida, um significativo avanço político, social e cultural no país.

Em governos democráticos a liberdade de expressão pode ser considerada como o pilar da democracia. Pessoas com opiniões e ideias diferentes e contrárias são essenciais para a construção e o desenvolvimento de uma nação democrática, pois somente com debates e visões opostas sobre um determinado tema é que se formam opiniões fundamentadas e seguras e que conseqüentemente direcionam o melhor caminho a ser seguido e tornam o ser humano não um mero espectador passivo e inerte da vida em sociedade, mas um efetivo integrante, um agente participativo e transformador da realidade à sua volta.

As democracias, embora respeitem as decisões da maioria, buscam proteger os direitos fundamentais dos indivíduos e das minorias, sendo certo que a maioria não pode limitar ou mesmo retirar os direitos fundamentais de um indivíduo ou de uma minoria.

A Constituição Federal de 88 incluiu como um direito fundamental, o direito à liberdade de expressão¹ impedindo a imposição da censura. A Declaração Universal dos Direitos Humanos (ONU, 1948) em seu artigo 19º prevê como um direito a todo indivíduo a liberdade de expressão e de opinião² e este direito está assegurado em outros Tratados Internacionais, como a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (OEA, 1969) e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (ONU, 1966), dos quais o Brasil é signatário.

Faz parte da condição humana a necessidade de se expressar, de expor suas ideias sem que o Estado imponha qualquer tipo de censura, sendo certo que é condição inerente a qualquer democracia, o reconhecimento e a garantia dessa liberdade.

Muitos entendem que a liberdade de expressão, apesar de ser um direito

¹ CF/88 artigo 5º, inciso IX: “É livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”.

² Artigo 19º da Declaração Universal dos Direitos Humanos: “Todo o indivíduo tem direito a liberdade de opinião e de expressão, o que implica o direito de não ser inquietado pelas suas opiniões e o de procurar, receber e difundir, sem consideração de fronteiras, informações e ideias por qualquer meio de expressão.”

fundamental, não é absoluto e de forma alguma deve ser usado para incitar a violência, o ódio ou o desprezo contra minorias estigmatizadas. Entretanto, em algumas democracias - como a americana - onde há a cultura da plena liberdade de expressão e é assegurado a defesa da independência intelectual de cada cidadão, o discurso de ódio encontra certa aceitação na ordem jurídica.

Contudo, o objetivo deste estudo é tratar os limites da liberdade de expressão diante de discursos que pregam o ódio, que incitam a violência e discriminam minorias estigmatizadas - o "*hate speech*" e entender a forma com que a questão vem sendo tratada na jurisdição internacional e ainda, como tem se posicionado o Supremo Tribunal Federal sobre o tema.

2 DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Direitos fundamentais são direitos subjetivos públicos indispensáveis à realização da natureza humana e à vida em sociedade, por isso são assegurados pelo Estado e pela ordem internacional. São instrumentos de proteção ao indivíduo frente a atuação do Estado e estão sistematizados na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, que dispõe sobre os direitos individuais e coletivos.

No referido artigo encontramos um amplo rol de Direitos Fundamentais e a consagração de diversas liberdades, as quais sob a "égide do princípio da dignidade da pessoa humana e com status de fundamento de Estado Democrático de Direito, constituem-se no vértice da sistematização dos direitos fundamentais".³

Dentro deste contexto está a liberdade de expressão, pressuposto incontestável para a tutela das garantias fundamentais dos cidadãos e para vigência dos princípios democráticos consagrados na Constituição Federal de 88.

Jónatas Machado, ao tentar conceituar a liberdade de expressão, afirma que: "O direito à liberdade de expressão constitui o direito mãe a partir do qual as demais liberdades comunicativas foram sendo autonomizadas (...)" e prossegue: "(...) nesta acepção o direito à liberdade de expressão apresenta-se como elemento fundamental e constitutivo da personalidade humana, com importantes

³ NASCIMENTO, Bruno Pereira - A Liberdade de Expressão como Fundamento do Regime Democrático: O Direito Fundamental à Informação, *Revista Pesquisas Jurídicas*, v. 2, n. 1, jan-jun, 2013.

refracções em todos os momentos, domínios e modos do seu desenvolvimento”.⁴

Especificamente sobre liberdade de expressão, a Constituição assegura em seu artigo 5º, inciso IV - a livre manifestação do pensamento, em seu inciso IX - a livre expressão de atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, e ainda no inciso XIV - o direito de acesso à informação com proteção ao sigilo da fonte.

Mas a Constituição Federal de 88 foi além e no art. 220, vedou qualquer restrição a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, bem como a edição de leis contendo embaraço à liberdade de informação jornalística, e ainda qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

Por ser um direito e garantia fundamental positivado na Carta Magna, a liberdade de expressão, constitui-se em cláusula pétrea, consagrada em seu artigo 60, § 4º, IV⁵, não sendo possível sua exclusão da órbita constitucional.

Com o exposto, podemos afirmar que não faltam preceitos na Constituição de 88 que protegem a liberdade de expressão, isso em função do grau máximo de relevância que o constituinte atribuiu a esse direito fundamental, evitando com isso a repetição dos abusos e arbitrariedades cometidos durante o regime militar e que são totalmente incompatíveis com o regime democrático de direito.

Entretanto, apesar de ser um direito fundamental, a liberdade de expressão não é um direito absoluto e se sujeita por vezes a limites que quando não observados dão ensejo à responsabilização civil e penal, por isso quem manifesta seu pensamento deve ser identificado, sendo vedado o anonimato.

Essa sujeição geralmente ocorre quando a liberdade de expressão está em aparente conflito com outros direitos fundamentais individuais ou de ordem pública e que estão igualmente resguardados pela Constituição. Neste sentido manifestou-se a sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, no *Habeas Corpus* nº: 232.749 - RS (2012/0023653-6), Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura: “O Supremo Tribunal Federal, lastreando-se em lições doutrinárias de Sérgio Cavalieri Filho e Gilmar Ferreira Mendes, acerca da teoria dos limites imanentes, assentou: os direitos individuais, conquanto previstos na Constituição, não podem ser considerados ilimitados e absolutos, em face da natural restrição resultante do princípio da convivência

⁴ MACHADO, Jónatas E. M. **Liberdade de expressão: Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social**. Coimbra: Coimbra, 2002. p. 371-372.

⁵ Artigo 60, § 4º, IV: “Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: [...] IV - os direitos e garantias individuais”.

das liberdades, pelo que não se permite que qualquer deles seja exercido de modo danoso à ordem pública e às liberdades alheias. Fala-se, hoje, não mais em direitos individuais, mas em direitos do homem inserido na sociedade, de tal modo que não é mais exclusivamente com relação ao indivíduo, mas com enfoque de sua inserção na sociedade, que se justificam, no Estado Social de Direito, tanto os direitos como as suas limitações. (...)". (RE 126861, Rel. Min. Celso de Mello, DJe 1/12/2010, Informativo/STF 614). ”

A própria Convenção Americana de Direitos Humanos - “Pacto de San José da Costa Rica” - Tratado Internacional de Direitos Humanos, com natureza de norma constitucional e ratificado pelo Brasil, em 25 de abril de 1992, prevê em seu artigo 13, onde trata da liberdade de pensamento e de expressão, que este direito não é absoluto:

Art. 13 - Liberdade de Pensamento e de Expressão.

1. Toda pessoa tem o direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito inclui a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza, sem considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer meio de sua escolha.

2. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito à censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para assegurar: a) o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas; b) a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas.

Com nosso recente passado marcado pela ditadura militar, que suspendeu direitos e impôs a censura, buscou o constituinte dar ao direito fundamental de liberdade de expressão, máxima relevância. Mas apesar disso, não se trata de um direito absoluto e restrições e limites devem ser observados com o intuito de garantir tanto a harmonia entre os direitos fundamentais, quanto a harmonia social.

3 LIBERDADE DE EXPRESSÃO vs. OUTROS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A liberdade de expressão resguarda aos indivíduos de uma sociedade o direito de externar suas convicções, pensamentos, sentimentos, críticas, ideias, teorias e ainda dá oportunidade ao indivíduo de se opor ao que ele julga como inadequado, injusto, imoral, incorreto e amoral. Mas esse direito deve ser exer-

cido de forma regular, sem excessos ou abusos.

Sob o mando protetor da liberdade de expressão, direitos fundamentais de outros indivíduos não podem ser suprimidos e com o objetivo de se buscar uma harmonização, pode sim a liberdade de expressão ser objeto de restrições. O que deve haver é uma compatibilidade sensata, razoável e coerente entre meios e fins.

O art. 220, § 1º reza que nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social e faz remissão expressa aos incisos V e X do artigo 5º, onde respectivamente, é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem e tem como invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrentes de sua violação.

Sobre o tema, o ilustre doutrinador civil Sérgio Cavalieri Filho leciona que:

“Com efeito, ninguém questiona que a Constituição garante o direito de livre expressão à atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença (arts. 5º, IX, e 220, §§ 1º e 2º). Essa mesma Constituição, todavia, logo no inciso X do seu art. 5º, dispõe que ‘são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.’ Isso evidencia, na temática atinente aos direitos e garantias fundamentais, esses dois princípios constitucionais se confrontam e devem ser conciliados. É tarefa do intérprete encontrar o ponto de equilíbrio entre princípios constitucionais em aparente conflito, porquanto, em face do princípio da unidade constitucional, a Constituição não pode estar em conflito consigo mesma, não obstante a diversidade de normas e princípios que contém; deve o intérprete procurar as recíprocas implicações de preceitos até chegar a uma vontade unitária na Constituição, a fim de evitar contradições, antagonismos e antinomias. (...). Os nossos melhores constitucionalistas, baseados na jurisprudência da Suprema Corte Alemã, indicam o princípio da proporcionalidade como sendo o meio mais adequado para se solucionar eventuais conflitos entre a liberdade de comunicação e os direitos de personalidade”⁶

⁶ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 129-130.

Inequivocamente, a disciplina constitucional exclui da liberdade de manifestação do pensamento a ofensa aos direitos individuais. Mas quem confere esse limite constitucional é o próprio cidadão, que deverá responder civil e penalmente sempre que esse limite for ultrapassado. Como regra geral, não cabe ao Poder Judiciário fazer uma censura prévia limitando a liberdade do cidadão de se expressar, proibindo ou tolhendo a exteriorização deste ou daquele pensamento.

Neste sentido o Supremo Tribunal Federal se manifestou:

“O art. 220 é de instantânea observância quanto ao desfrute das liberdades de pensamento, criação, expressão e informação que, de alguma forma, se veiculem pelos órgãos de comunicação social. Isto sem prejuízo da aplicabilidade dos seguintes incisos do art. 5º da mesma CF: vedação do anonimato (parte final do inciso IV); do direito de resposta (inciso V); direito a indenização por dano material ou moral à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas (inciso X); livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer (inciso XIII); direito ao resguardo do sigilo da fonte de informação, quando necessário ao exercício profissional (inciso XIV). Lógica diretamente constitucional de calibração temporal ou cronológica na empírica incidência desses dois blocos de dispositivos constitucionais (o art. 220 e os mencionados incisos do art. 5º). Noutros termos, primeiramente, assegura-se o gozo dos ‘sobre direitos’ de personalidade em que se traduz a ‘livre’ e ‘plena’ manifestação do pensamento, da criação e da informação. Somente depois é que se passa a cobrar do titular de tais situações jurídicas ativas um eventual desrespeito a direitos constitucionais alheios, ainda que também densificadores da personalidade humana. Determinação constitucional de momentânea paralisia à inviolabilidade de certas categorias de direitos subjetivos fundamentais, porquanto a cabeça do art. 220 da Constituição veda qualquer cerceio ou restrição à concreta manifestação do pensamento (vedado o anonimato), bem assim todo cerceio ou restrição que tenha por objeto a criação, a expressão e a informação, seja qual for a forma, o processo, ou o veículo de comunicação social. Com o que a Lei Fundamental do Brasil veicula o mais democrático e civilizado regime da livre e plena circulação das ideias e opiniões, assim como das notícias e informações, mas sem deixar de prescrever o direito de resposta e todo um regime de responsabilidades civis, penais e administrativas. Direito de resposta e responsabilidades que, mesmo atuando *a posteriori*, inftetem sobre as causas para

inibir abusos no desfrute da plenitude de liberdade de imprensa” (ADPF 130, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 30/4/2009, Plenário, DJE de 6/11/2009).

Nesta linha de raciocínio, o Superior Tribunal de Justiça também já se manifestou:

“(…). Mesmo que a repressão posterior não se mostre ideal para casos de ofensa moral, sendo incapaz de restabelecer por completo o status quo ante daquele que teve sua honra ou sua imagem achincalhada, na sistemática criada pela CF/88 prevalece a livre e plena circulação de ideias e notícias, assegurando-se, em contrapartida, o direito de resposta e todo um regime de responsabilidades civis e penais que, mesmo atuando após o fato consumado, têm condição de inibir abusos no exercício da liberdade de imprensa e de manifestação do pensamento. Mesmo para casos extremos como o dos autos - em que há notícia de seguidos excessos no uso da liberdade de imprensa - a mitigação da regra que veda a censura prévia não se justifica. Nessas situações, cumpre ao Poder Judiciário agir com austeridade, assegurando o amplo direito de resposta e intensificando as indenizações caso a conduta se reitere, conferindo ao julgado caráter didático, inclusive com vistas a desmotivar comportamentos futuros de igual jaez”. (REsp 1388994 / SP, Rel. Min. Nancy Andrichi, DJe 29/11/2013).

Assim, percebe-se que as decisões buscam evitar um retrocesso ao período ditatorial com uma possível censura prévia pelo Judiciário, e desta forma, asseguram um ambiente propício à discussão, a exteriorização de ideias, garantindo com isso a pluralidade e igualdade do debate, onde deve-se prevalecer o discurso com argumentos mais contundentes a estabelecer a harmonia social, entretanto, quando houver violação a outros direitos fundamentais estará o titular da liberdade de pensamento sujeito à responsabilização civil ou criminal.

4 O HATE SPEECH

A manifestação que de algum modo discrimine ou incite à discriminação geralmente direcionada às minorias estigmatizadas, é denominada de *Hate Speech*.

Segundo Samantha Ribeiro Meyer-Pflug,⁷ o discurso de ódio “consiste na

⁷ MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. **Liberdade de Expressão e Discurso do Ódio**. Revista dos Tribunais, 2009. p. 97.

manifestação de ideias que incitam a discriminação racial, social ou religiosa em relação a determinados grupos, na maioria das vezes, as minorias”, e prossegue alertando que “o discurso do ódio representa um perfil polêmico envolvendo a liberdade de expressão, podendo ser considerado uma apologia abstrata ao ódio, já que resume o desprezo e discriminação a determinados grupos.”

Para Daniel Sarmento, o *hate speech* é “um tema ligado ao limite da liberdade de expressão e às manifestações de ódio, desprezo, ou intolerância contra determinados grupos, motivadas por preconceitos ligados à etnia, religião, gênero, deficiência física ou mental e orientação sexual, dentre outros fatores”.⁸

Dessa forma, a liberdade de expressão, pode em função do discurso, se revelar com caráter discriminatório e ferir à dignidade de uma pessoa ou de um grupo de pessoas, gerando um aparente conflito entre os direitos fundamentais.

Segundo Ingo Wolfgang Sarlet:

“A dignidade da pessoa humana é a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida.”⁹

Mas o discurso de ódio atinge não somente a dignidade de outro ser humano, mas sim, a dignidade de todos os que de alguma forma possuem as mesmas características ensejadoras da discriminação.

E infelizmente, diante da pluralidade da social que vivemos nos dias de hoje, temos visto, cada vez com mais frequência, casos em que se operam discursos de ódio proferidos contra determinados grupos de pessoas, e a divulgação desses discursos nunca foi tão rápida e abrangente, pois temos meios de comunicação cada vez mais velozes e eficazes e o discurso consegue atingir, cada vez

⁸ SARMENTO, Daniel. *Livres e Iguais, Estudos de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

mais, maior número de pessoas, isso diante da facilidade, que se tem hoje em dia, ao acesso à informação.

4.1 Estados Unidos

Hoje os Estados Unidos são o país que mais privilegia e protege o direito à liberdade de expressão. A Constituição americana o tem como o mais valorizado direito fundamental e dessa forma, protege os discursos de ódio, que são tutelados pelo manto da liberdade de expressão.

A 1ª Emenda da Constituição dos Estados Unidos prevê que o Congresso americano não poderá editar leis a respeito do estabelecimento de uma religião, ou proibindo o livre exercício dela; ou cerceando a liberdade de expressão ou de imprensa; ou o direito do povo se reunir pacificamente e dirigir petições ao governo para a reparação de injustiças.

Winfried Brugger¹⁰ entende, que: “Na jurisprudência dominante americana, a liberdade de expressão, nela incluído o direito de expressar mensagens de ódio, é um direito prioritário que normalmente prevalece sobre interesses contrapostos de dignidade, honra, civildade e igualdade. Nos Estados Unidos, o discurso do ódio é visto integralmente como uma forma de discurso, e não de conduta, apesar do fato de que tal discurso possa ser verdadeiramente doloroso para outros.”

Um exemplo relativamente recente que ocorreu nos Estados Unidos e que não sofreu qualquer censura judicial foi a legalização, em alguns estados, do casamento homossexual. Ocorreram diversas manifestações contra a legalização e cartazes com mensagens homofóbicas, com uso de termos pejorativos e preconceituosos, foram usados livremente, inclusive com ofensas e incitação à violência contra os homossexuais. Entretanto, tais manifestações, no direito americano, são consideradas legítimas e fazem parte de um intercâmbio livre e aberto de ideias.

Casos julgados pela Suprema Corte norte-americana como o *Brandenburg vs. Ohio*, decidido em 1969, *R.A.V. vs. City of St. Paul*, decidido em 1992, *Virginia vs. Black et al*, julgado em 2003, que versaram sobre discursos de ódio

¹⁰ BRUGGER, Winfried. Proibição ou proteção do discurso do ódio? Algumas observações sobre o direito alemão e o americano. *Revista de Direito Público*. v. 15 n. 117, jan/mar. 2007.

e manifestações extremas de atos de racismo com consequentes violações ao princípio da igualdade¹¹, encontraram proteção na 1ª Emenda sob o manto da liberdade de expressão e o Estado se manteve neutro, permitindo uma ampla manifestação de opiniões odiosas e preconceituosas.

Apesar de existirem algumas decisões favoráveis à proteção da igualdade, nos Estados Unidos predomina hoje o entendimento de que as manifestações de ódio e intolerância contra minorias estão protegidas pela liberdade de expressão.

4.2 Alemanha

A Alemanha, assim como nos Estados Unidos, tem a liberdade de expressão como um dos mais importantes direitos fundamentais que devem ser assegurados. Mas, diferentemente do que ocorre nos Estados Unidos, para os alemães a liberdade de expressão não está em posição de superioridade absoluta em relação aos demais direitos fundamentais e encontra, por vezes, limites no princípio da dignidade humana.

Importante ressaltar que, ao contrário da tendência norte americana, é o princípio da dignidade humana que tem valor máximo de hierarquia no ordenamento jurídico alemão, consagrado no artigo 1º da Lei Fundamental, que é a Constituição promulgada no pós-guerra e que ficou conhecida como a Lei Fundamental de Bonn.¹²

A Lei Fundamental de Bonn, dispõe sobre a liberdade de expressão, em seu art. 5.1, e dispõe:

“Todos têm o direito de livremente expressar e disseminar a sua opinião e de se informar sem restrições a partir de todas as fontes acessíveis. A liberdade da imprensa e da comunicação através do rádio e do cinema são garantidas. Não haverá censura”.

Outrossim, suas restrições estão dispostas no artigo 5.2, vejamos:

“Não terão outros limites que os preceitos das leis gerais, as regras de proteção dos menores e o direito à honra pessoal”.

Neste país, há um entendimento que qualquer manifestação que tenha como intuito negar a ocorrência do Holocausto não será considerada como uma

¹¹ O princípio da igualdade está previsto na 14ª Emenda da Constituição norte-americana.

¹² SILVEIRA, Renata Machado da. **Liberdade de expressão e discurso do ódio**. Dissertação Mestrado em Direito Público – Curso de Pós-graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2007.

expressão do pensamento, por tratar-se de negação de um fato que inegavelmente ocorreu¹³. De forma muito objetiva, entende a Corte Constitucional Alemã que a negação da existência do Holocausto não é uma manifestação do livre pensamento, mas sim uma afirmativa inverídica sobre fatos históricos, o que significaria uma continuação às agressões e injustiças sofridas pelo povo judeu.

Entretanto, em um julgamento ocorrido em 1994, em que se discutiu o conteúdo do livro “Verdade para a Alemanha: A Questão da Culpa sobre a 2ª Guerra Mundial”, a decisão da Corte Constitucional foi favorável à liberdade de expressão e entendeu que na referida obra, o autor não negou a existência do Holocausto, mas sim defendeu sua tese, sua opinião, de que a Alemanha não desencadeou a 2ª Grande Guerra, mas sim fora arrastada para o conflito pelos seus adversários. O entendimento da Corte foi que o autor da obra não negou o acontecimento de um fato histórico, mas sim deu sua versão, manifestou sua opinião sobre como o país havia entrado na Segunda Guerra Mundial.

O sistema jurídico germânico, busca proteger a liberdade de expressão, mas diferente dos Estados Unidos, não admite a intolerância e seus discursos de ódio, principalmente os que atingem a dignidade do indivíduo e minorias estigmatizadas. Neste ordenamento jurídico há o firme entendimento que a liberdade de expressão encontra limites no princípio da dignidade humana.

5 O HATE SPEECH E A JURISPRUDÊNCIA NO BRASIL

Não existe ainda no Brasil, legislação específica que trate a questão do *Hate Speech*. Mas os artigos 3º, inciso IV¹⁴ e 5º, incisos XLI e XLII¹⁵ da Cons-

¹³ Conforme ficou decidido no célebre caso julgado pela Corte Constitucional alemã de 1994 sobre *Hate Speech*, que reconheceu a validade da restrição à liberdade de expressão a respeito da tese revisionista do historiador David Irving sobre a não existência do Holocausto, como um dado histórico.

¹⁴ Art. 3º: Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: IV – Promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

¹⁵ Art. 5º: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais; XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei.

tuição Federal de 1988, garantem a igualdade dos indivíduos perante a lei e a proteção legal contra a discriminação, buscando construir uma sociedade livre, justa e solidária, erradicar a pobreza e marginalização, bem como, reduzir desigualdades sociais e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Outrossim, para se estabelecer uma igualdade de fato e não somente a formal, é necessário que o Estado brasileiro não seja omissivo em relação aos conflitos sociais existentes e que não adote uma postura neutra, mas sim, que ativamente estabeleça ações afirmativas e inclusivas de grupos que estão à margem da sociedade e que se oponha às práticas de ódio que comumente são direcionadas às minorias estigmatizadas.

E tendo em vista as decisões do Supremo Tribunal Federal, o Brasil parece adotar uma posição contrária à americana, não admitindo proteção aos discursos de ódio e sim impondo limites à liberdade de expressão com foco na dignidade humana e na honra.

5.1 Caso Ellwanger

Importante marco histórico na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, foi o caso Ellwanger¹⁶, que foi acusado de praticar crimes de racismo através da publicação de obras com conteúdo antissemitas.

Sigfried Ellwanger escreveu, editou e publicou diversas obras de sua autoria e de outros autores nacionais e estrangeiros com conteúdo antissemita que negava a ocorrência do Holocausto semeando entre seus leitores os sentimentos de ódio, desprezo e preconceito contra os judeus. À época esse caso teve grande repercussão midiática o que gerou vários debates sobre o tema.

O julgamento girou em torno do que se entendia por raça e dos limites da liberdade de expressão tendo em vista a dignidade da pessoa humana. Alguns Ministros entenderam que os judeus não se constituem como raça e sendo assim, não estaria caracterizado o crime de racismo, mas em sua decisão final, a Corte afastou este argumento, sustentando que o conceito de raça deve ser cultural, inclusive porque, do ponto de vista estritamente biológico, sequer é possível

¹⁶ Siegfried Ellwanger Castan era escritor e sócio de uma editora de livros chamada "Revisão Editora LTDA". Este caso foi discutido no *habeas corpus* 82.424/RS.

falar-se em diferentes raças humanas, em razão da desprezível diferença genética existente entre os indivíduos integrantes dos diversos grupos étnicos¹⁷.

Quanto ao conflito entre o discurso do ódio e a liberdade de expressão, os argumentos foram diversos a respeito de qual dos princípios constitucionais: liberdade de expressão, igualdade e não discriminação, deveria prevalecer no caso.

Por maioria, a Corte entendeu que deveria prevalecer a igualdade racial e a dignidade humana das vítimas da manifestação racista. Assim, a Corte entendeu pela negação do Habeas Corpus e a favor da condenação.

O Ministro Gilmar Mendes, fundamentou seu voto no instituto da ponderação e registrou que:

“É evidente a adequação da condenação do paciente para se alcançar o fim almejado, qual seja, a salvaguarda de uma sociedade pluralista, onde reine a tolerância. (...). Também não há dúvida de que a decisão condenatória, tal como proferida, seja necessária, sob o pressuposto de ausência de outro meio menos gravoso e igualmente eficaz. (...) A decisão atende, por fim, ao requisito da proporcionalidade em sentido estrito. Nesse plano, é necessário aferir a existência de proteção entre o objetivo perseguido, qual seja a preservação dos valores inerentes a uma sociedade pluralista, da dignidade humana, e o ônus imposto à liberdade de expressão. Não se pode negar, outrossim, o seu significado inexecedível para o sistema democrático. Todavia, é inegável que essa liberdade não alcança a intolerância racial e o estímulo à violência, tal como afirmado no acórdão condenatório.”

No acórdão, o Ministro Maurício Corrêa expos com clareza que:

“10. A edição e publicação de obras escritas veiculando ideias antissemitas, que buscam resgatar e dar credibilidade à concepção radical definida pelo regime nazista, negadoras e subversoras de fatos históricos incontroversos como o Holocausto, consubstanciadas na pretensa inferioridade e desqualificação do povo judeu, equivalem à incitação ao descrímem com acentuado conteúdo racista, reforçadas pelas consequências históricas dos atos em que se baseiam.

11. Explícita conduta do agente responsável pelo agravo revelador de manifesto dolo, baseado na equivocada premissa de que os judeus não só são uma raça, mas, mais do que

17 SARMENTO, Daniel. *A Liberdade de Expressão e o Problema do “Hate Speech”*. Disponível em <<https://pt.scribd.com/doc/135404524/A-Liberdade-Expressao-e-o-Problema-Do-Hate-Speech>>. Acesso em: 02 jun 2015.

isso, um segmento racial atávica e geneticamente menor e pernicioso.

12. Discriminação que no caso se evidencia como deliberada e dirigida especificamente aos judeus, que configura ato ilícito de prática de racismo, com as consequências gravosas que o acompanham.

13. Liberdade de expressão. Garantia constitucional que não se tem como absoluta. Limites morais e jurídicos. O direito à livre expressão não pode abrigar em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal.

14. As liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria Constituição Federal (CF, artigo 5o, parágrafo 2o, primeira parte). O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o 'direito à incitação ao racismo', dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os crimes contra a honra. Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica. ”

Enfim, a orientação dada pelo Supremo Tribunal Federal foi a de se estabelecer um limite ao direito fundamental de liberdade de expressão e a não proteção constitucional a discursos que promovam o ódio.

Mas a questão é muito mais complexa, e tendo em vista essa tendência do Supremo Tribunal Federal, que vem sendo seguida pelos Tribunais há que se ter em mente o risco que a sociedade corre diante de decisões que sufoquem qualquer manifestação de expressão contrária aos conceitos ditado pela maioria ou que colidam com o discurso do “politicamente correto”. Para ilustrar, importante observar decisão proferida no caso da Unidos do Viradouro.

5.2 Unidos do Viradouro

Em 2008, a escola de samba Unidos do Viradouro, apresentou o samba-enredo “É de arrepiar”, em que um dos carros alegóricos fazia referência ao Holocausto, com esculturas que representavam cadáveres e sapatos empalhados e sobre tudo isso havia um membro da escola de samba vestido de Adolf Hitler. Cabe aqui ressaltar, que conforme o alegado pela escola, o objetivo não era demonstrar simpatia ao Holocausto, mas sim ilustrar os horrores cometidos contra o povo judeu durante a 2ª Guerra Mundial.

O presidente da Federação Israelita do Estado do Rio de Janeiro (Fierj)

entrou com um pedido liminar que foi concedido pela justiça do Rio de Janeiro que determinou uma multa de R\$ 200.000,00 caso a escola de samba apresentasse o carro alegórico no Sambódromo no carnaval e mais R\$ 50.000,00 caso algum dos membros da escola aparecesse fantasiado de Hitler.

Em sentença, a juíza entendeu que: “ (...) Um evento de tal magnitude apesar de, em sua essência, pretender passar alegria, descontração e alertar a população sobre fatos importantes que ocorreram e ocorrem através dos anos, não deve ser utilizado como ferramenta de culto ao ódio, qualquer forma de racismo, além da clara banalização dos eventos bárbaros e injustificados praticados contra as minorias, especialmente cerca de seis milhões de judeus (diga-se, muitos ainda vivos), e liderados por figura execrável chamada Adolf Hitler”.

Em protesto contra decisão judicial os membros da Viradouro desfilaram usando mordaças e com a frase “não se constrói o futuro enterrando a história”.

O que se extrai do caso é que mesmo em nome de propósitos elevados, ainda existem interpretações equivocadas sobre proteção jurídica contra o discurso de ódio. Qualquer manifestação de expressão que choque ou que cause repulsa não pode ser enquadrada, de forma genérica, como discurso de ódio. Nosso ordenamento jurídico deve encontrar um equilíbrio entre restrições à liberdade de expressão e combate ao preconceito e à intolerância contra minorias estigmatizadas. Uma manifestação que simplesmente não se enquadre aos ditames do politicamente correto ou que discorde com o que a maioria entende como correto, não merece a princípio punição, caso contrário, estaremos nos sujeitando a uma nova ditadura.

4 CONCLUSÃO

Após um longo período ditatorial, a Constituição Federal de 1988 incluiu como um direito fundamental o direito à liberdade de expressão impedindo a censura, entretanto, apesar de ser um direito fundamental, a Carta Magna não lhe atribuiu caráter absoluto e proíbe expressamente qualquer forma de discriminação.

Nos Estados Unidos, onde há uma cultura da plena liberdade de expressão (de caráter absoluto), mesmo que o discurso apresente conteúdo racista ou qualquer outro tipo de preconceito, o *Hate Speech* encontra aceitação nesta or-

dem jurídica. Por outro lado, na Alemanha o direito fundamental à liberdade de expressão é valorizado, mas não se admite a intolerância e discursos de ódio, principalmente os que atingem a dignidade do indivíduo e de minorias estigmatizadas.

Sobre o tema, a orientação do Supremo Tribunal Federal foi a de se estabelecer um limite entre direito fundamental de liberdade de expressão e a não proteção a discursos que promovam o ódio ou preconceito.

Assim, o conflito entre liberdade de expressão e discurso do ódio ainda é matéria recente no nosso ordenamento jurídico e gera inúmeras discussões sobre o tema e sem dúvida alguma devemos coibir discursos discriminatórios e preconceituosos, mas por não vivenciarmos ainda um longo período democrático, devemos estar atentos para não classificar como *Hate Speech*, qualquer manifestação que contrarie os mandamentos da maioria, caso contrário estaremos sujeitos a uma nova ditadura, a do politicamente correto.

5 REFERÊNCIAS

BRUGGER, Winfried. Proibição ou proteção do discurso do ódio? Algumas observações sobre o direito alemão e o americano. **Revista de Direito Público**. v. 15. n. 117, jan/mar. 2007.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 129-130.

MACHADO, Jónatas E. M. **Liberdade de expressão: Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social**. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. **Liberdade de Expressão e Discurso do Ódio**. Revista dos Tribunais, 2009. p. 97.

NASCIMENTO, Bruno Pereira - A Liberdade de Expressão como Fundamento do Regime Democrático: O Direito Fundamental à Informação, **Revista Pesquisas Jurídicas**, v. 2, n. 1, jan-jun, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SARMENTO, Daniel. **Livres e Iguais, Estudos de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SARMENTO, Daniel. **A Liberdade de Expressão e o Problema do "Hate Speech"**. Disponível em <<https://pt.scribd.com/doc/135404524/A-Liberdade-Expressao-e-o-Problema-Do-Hate-Speech>>. Acesso em: 02 jun 2015.

SILVEIRA, Renata Machado da. **Liberdade de expressão e discurso do ódio**. Dissertação Mestrado em Direito Público – Curso de Pós-graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2007.

DIREITOS HUMANOS E MEIO AMBIENTE: A EDUCAÇÃO AMBIENTAL COMO MEIO DE EFETIVAR O DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA

Louise Gabrielle Esteves Soares de Melo¹

RESUMO

Este trabalho apresenta a educação ambiental como mecanismo para a efetivação do direito fundamental à vida. Para melhor compreensão do tema, são apresentados os conceitos de direitos humanos e definições a respeito dos direitos fundamentais e da educação ambiental. Ao final, e a partir das informações apresentadas, será traçado um paralelo entre o meio ambiente, direitos humanos e a educação ambiental como forma de efetivar o direito fundamental à vida.

Palavras-chave: Educação Ambiental. Direitos Fundamentais. Vida.

ABSTRACT

This paper presents environmental education as a mechanism for ensuring the fundamental right to life. To better understand the issue, human rights concepts and definitions regarding fundamental rights and environmental education are presented. In the end, and from the information presented is drawn a parallel between the environment, human rights and environmental education as a means to accomplish the fundamental right to life.

Key words: Environmental Education. Fundamental Rights. Life.

¹ Aluna do curso de pós-graduação *lato sensu* em Direito Sociais, Ambiental e do Consumidor do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB/ICPD.

1 INTRODUÇÃO

O tema deste trabalho é “Direitos humanos e meio ambiente: a educação ambiental como meio de efetivar o direito fundamental à vida”.

O tema foi escolhido em razão de se tratar de uma preocupação em torno da preservação do meio ambiente, e da base para qualquer mudança de comportamento, qual seja, a educação. Nesse sentido, unimos a educação e o meio ambiente como modo de efetivar o direito fundamental à vida, além do próprio direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, garantido pela Constituição Federal de 1988.

Nesse sentido, iremos abordar no presente trabalho alguns conceitos envolvendo direitos humanos, seguido pelas definições sobre direitos fundamentais, bem como a apresentação das três primeiras gerações de direitos fundamentais. Logo após, iremos explicar sobre a educação ambiental e, por fim, apresentaremos a questão referente à educação ambiental como forma de efetivar o direito fundamental à vida.

Enfim, mesmo com todo empenho, será difícil esgotar o tema. No entanto, o objetivo é analisar a educação ambiental e os direitos humanos e direitos fundamentais, para fundamentar as considerações feitas sobre a temática proposta. Não se pretende esgotar o assunto, mas, apenas fomentar uma discussão no meio acadêmico e quiçá servirá o presente trabalho, para incentivar outros estudiosos a se debruçar sobre o estudo do tema.

2 DOS DIREITOS HUMANOS

Iniciaremos o artigo com a explanação do conceito de direitos humanos, que será fundamental para o desenvolvimento do presente trabalho e à compreensão do tema proposto.

De acordo com Flávio Maria Leite Pinheiro¹, “os direitos humanos são aqueles direitos fundamentais que o homem possui pelo fato de ser humano, por sua própria natureza e pela dignidade que a ela é inerente”.

¹ PINHEIRO, Flávio Maria Leite. **A teoria dos direitos humanos**. Disponível em: www.oab.org.br. Acesso em: 30 maio 2015.

João Batista Herkenhoff² conceitua direitos humanos da seguinte forma:

[...] Por direitos humanos ou direitos do homem são, modernamente entendidos aqueles direitos fundamentais que o homem possui pelo fato de ser homem, por sua própria natureza humana, pela dignidade que a ela é inerente. São direitos que não resultam de uma concessão da sociedade política. Pelo contrário, são direitos que a sociedade política tem o dever de consagrar e garantir.

Dessa forma, podemos dizer que direitos humanos são aqueles direitos inerentes ao homem, os quais já existem pelo simples fato da condição humana, e que não podem ser violados pelo Estado. Trata-se de direitos individuais e também coletivos, intrínsecos ao ser humano.

José Augusto Lindgren Alves³, ao escrever sobre o tema, tece importantes considerações. Vejamos:

[...] Os direitos humanos têm caráter peculiar no direito e nas relações internacionais por várias razões. Em primeiro lugar porque têm como sujeitos não os Estados, mas sim, no dizer de Noberto Bobbio, o homem e a mulher na qualidade de ‘cidadãos do mundo’. Em segundo porque, pelo menos à primeira vista, a interação dos Governos nesta área não visa a proteger interesses próprios. Em terceiro, e indubitavelmente, porque o tratamento internacional da matéria modifica a noção habitual de soberania.

Nesse contexto, também é importante mencionar a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que foi publicada em 1948 pela Organização das Nações Unidas – ONU. O principal escopo da Declaração foi o de estimular o esforço para diminuir as desavenças, e principalmente as guerras entre os povos, estimulando o diálogo, a paz, o respeito, a democracia.

Para Carolina Salles⁴, os direitos humanos estão relacionados ao valor da pessoa, sua dignidade e liberdade. Segundo ela, “uma sociedade somente poderá existir plenamente se representar os anseios de todos os seus cidadãos e respeitar seus direitos fundamentais, incluindo aí o direito de ter uma vida digna”.

² HERKENHOFF, João Batista. **Curso de direitos humanos**. V. I. São Paulo: Acadêmica, 1994.

³ ALVES, José Augusto Lindgren. **Os direitos humanos como tema global**. São Paulo: Perspectiva, 2003.

⁴ SALLES, Carolina. **Direitos humanos e o meio ambiente: a educação ambiental como direito fundamental**. Disponível em: <http://carollinasalle.jusbrasil.com.br/artigos/112225772/direitos-humanos-e-o-meio-ambiente-a-educacao-ambiental-como-direito-fundamental>. Acesso em: 30 Mai. 2015.

3 DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Não há como falar em direitos humanos sem falarmos em direitos fundamentais.

Segundo Dirceu Pereira Siqueira e Miguel Belinati Piccirillo⁵, “Quanto aos direitos fundamentais, estes nascem a partir do processo de positivação dos direitos humanos, a partir do reconhecimento, pelas legislações positivas de direitos considerados inerentes a pessoa humana”.

Corroborando com tal entendimento, José Joaquim Gomes Canotilho⁶ elucida:

As expressões direitos do homem e direitos fundamentais são frequentemente utilizadas como sinônimas. Segundo a sua origem e significado poderíamos distingui-las da seguinte maneira: direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos; direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espaço-temporalmente. Os direitos do homem arrancariam da própria natureza humana e daí o seu caráter inviolável, intertemporal e universal; os direitos fundamentais seriam os direitos objetivamente vigentes numa ordem jurídica concreta.

A partir desta inter-relação entre os direitos humanos e os direitos fundamentais, é necessário que façamos uma breve abordagem também destes últimos direitos, para compreensão do assunto proposto.

Michelli Pfaffenseller⁷, ao escrever sobre a definição dos direitos fundamentais, assim esclarece:

Os Direitos Fundamentais, sob uma perspectiva clássica, consistem em instrumentos de proteção do indivíduo frente à atuação do Estado. Sistematizados na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, há quem se limite ao elenco de seu artigo 5º, no qual estão previstos os direitos e deveres individuais e coletivos. De certa forma, ali está descrito um vasto rol de Direitos Fundamentais, mas a isso

⁵ Dirceu e Miguel. **Direitos fundamentais: a evolução histórica dos direitos humanos, um longo caminho**. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5414. Acesso em: 30 Mai. 2015.

⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

⁷ PFAFFENSELLER, Michelli. **Teoria dos direitos fundamentais**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_85/artigos/MichelliPfaffenseller_rev85.htm. Acesso em: 31 Mai.

não se restringem, e nem sequer à Constituição Federal ou à sua contemporaneidade.

Vladimir Brega Filho⁸, ao conceituar direitos fundamentais explica que direito fundamental “é o mínimo necessário para a existência da vida humana”. Nesse aspecto, podemos perceber que o conceito em muito se assemelha à noção dada a direitos humanos.

Contudo, há uma distinção entre os direitos humanos e os direitos fundamentais. Nesse viés, Canotilho⁹ tece a seguinte explanação:

Direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista); Direitos Fundamentais são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espacialmente e temporalmente.

Além da definição, é importante mencionarmos as gerações de direitos fundamentais. Nos ateremos as três primeiras gerações, apesar de alguns autores já fazer menção a quarta e quinta gerações de direitos fundamentais.

Segundo explica Michelli Pfaffenseller¹⁰, os direitos fundamentais de primeira geração se referem aos direitos da liberdade. De acordo com a autora, eles correspondem “aos direitos civis e políticos, têm como titular o indivíduo e são direitos de resistência ou oposição contra o Poder Público. Pressupõem uma separação entre Estado e Sociedade”.

A autora exemplificou os direitos fundamentais de primeira geração como sendo o direito à vida, à liberdade e à igualdade, bem como os seus derivados, como a liberdade de manifestação, de associação e o direito ao voto.

No que tange aos direitos de segunda geração, a autora explica que eles estão relacionados aos direitos sociais, culturais e econômicos. Nesse sentido, a autora destaca que tais direitos estão disciplinados na Constituição Federal de 1988, no capítulo denominado *dos direitos sociais*, que abarcam o direito a saúde, educação, trabalho, moradia, lazer, segurança e previdência social.

Por fim, a autora explica quais são os direitos fundamentais de terceira geração. Segundo ela, o escopo de tais direitos é a fraternidade, pois eles visam

⁸ BREGA FILHO, Vladimir. **Direitos fundamentais na Constituição de 1988**: conteúdo jurídico das expressões. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1998.

¹⁰ PFAFFENSELLER, Michelli. **Op. cit.**

à proteção do ser humano em nome da coletividade. Nos dizeres de Sarlet¹¹, é a “proteção de grupos humanos”. De acordo com ele, a efetivação dos direitos fundamentais de terceira geração exigem o esforço e a responsabilidade de todos.

Nesse sentido, Michelli Pfaffenseller¹² destaca cinco direitos por ela identificados, como os de terceira geração, a saber: o direito ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, o direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e o direito de comunicação. Devido à abordagem que iremos fazer no presente trabalho, com enfoque no meio ambiente, nos ateremos, portanto, aos direitos fundamentais de terceira geração.

4 DO MEIO AMBIENTE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Para compreendermos melhor o tema e realizarmos o diálogo dos direitos humanos com o meio ambiente, é importante que estudemos a tutela constituição do meio ambiente. Assim, a partir de agora passaremos a tecer uma breve explicação sobre a previsão constitucional do meio ambiente na Constituição Federal de 1988.

A Constituição Federal de 1988 estabelece, em seu artigo 225, *caput*¹³, o seguinte:

Art. 225. 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.

De acordo com Carolina Salles¹⁴, o direito ao meio ambiente pode ser considerado um direito fundamental. A autora explica que a terceira geração de direitos humanos trata dos direitos difusos e coletivos, de modo que o meio ambiente se amolda a este.

Cleide Siqueira dos Santos¹⁵, ao escrever sobre a matéria, destaca que com

¹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 1998.

¹² PFAFFENSELLER, Michelli. **Op. cit.**

¹³ BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao compilado.htm. Acesso em: 02 Jun. 2015.

¹⁴ SALLES, Carolina. **Op. cit.**

¹⁵ SANTOS, Cleide Siqueira. **A Constituição Federal de 1988 e a Proteção ao Meio Ambiente Equilibrado**. Conteúdo Jurídico. Brasília-DF: 18 nov. 2014. Disponível em: www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.50695&seo=1. Acesso em: 30 Mai. 2015.

o advento da Constituição Federal de 1988, o meio ambiente passou a ser um bem de uso coletivo, passando a ser um direito fundamental, por representar um direito inerente ao ser humano, o direito de viver com qualidade em meio ambiente sadio.

Nesse sentido, a autora explica:

[...] é um direito que pertence a categoria dos interesses difusos, não se esgotando em uma só pessoa, mas a uma coletividade indeterminada, consagrando o direito de solidariedade entre as gerações, e consequentemente o desenvolvimento sustentável. Por isso, considera-se o direito ao meio ambiente pertencente aos direitos fundamentais da terceira geração.

Corroborando o entendimento de que o meio ambiente é considerado um direito fundamental de terceira geração, Ingo Wolfgang Sarlet¹⁶ explica:

[...] Dentre os direitos fundamentais da terceira dimensão consensualmente mais citados, cumpre referir os direitos à paz, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, ao meio ambiente e qualidade de vida, bem como o direito à conservação e utilização do patrimônio histórico e cultural e o direito de comunicação. Cuida-se na verdade do resultado de novas reivindicações fundamentais do ser humano, geradas, dentre outros fatores, pelo impacto tecnológico, pelo estado crônico de beligerância, bem como pelo processo de descolonização do segundo pós-guerra e suas contundentes consequências, acarretando profundos reflexos na esfera dos direitos fundamentais.

Diante do exposto acima, podemos perceber que com o advento da Constituição Federal de 1988, o meio ambiente assumiu patamar relevante, sendo elevado ao status de direito fundamental de terceira geração/dimensão, conforme elucidado pelos autores retromencionados.

5 DA EDUCAÇÃO AMBIENTAL

A partir de agora passaremos a expor sobre a educação ambiental, em razão de sua importância para a preservação do meio ambiente e a efetivação de outros direitos fundamentais.

¹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit.*

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 225, § 1º, inciso VI¹⁷, estabelece a promoção da educação ambiental por parte do Poder Público. Vejamos:

Art. 225. 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.

§ 1º. Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

[...]

VI- promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente.

Em 1999, foi promulgada a Lei nº 9.795, que disciplina a educação ambiental e institui a Política Nacional de Educação Ambiental (PNEA). A referida lei, em seu artigo 1º¹⁸, define a educação ambiental da seguinte forma:

Art. 1º. Entendem-se por educação ambiental os processos por meio dos quais o indivíduo e a coletividade constroem valores sociais, conhecimentos, habilidades, atitudes e competências voltadas para a conservação do meio ambiente, bem de uso comum do povo, essencial à sadia qualidade de vida e sua sustentabilidade.

Segundo Scheila Pinno Oliveira¹⁹, a expressão “*educação*” aqui utilizada faz referência à formação dentro e fora das instituições de ensino. Ademais, a autora explicou que “a educação ambiental surge como resposta à preocupação da sociedade com o futuro da vida, procurando estabelecer uma convivência harmoniosa dos indivíduos com a natureza”.

Assim, é necessário promover a educação ambiental, voltada para a conscientização da preservação ambiental, para as presentes e futuras gerações, como meio de efetivar outros direitos.

¹⁷ BRASIL, Constituição (1988). **Op. cit.**

¹⁸ BRASIL, Lei 9.795 (1999). **Lei 9.795, de 27 de abril de 1999**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19795.htm. Acesso em: 02 Jun. 2015.

¹⁹ OLIVEIRA, Scheila Pinno. **Direitos humanos e educação ambiental: práticas de transformação social em defesa do meio ambiente**. Disponível em: www.metodista.br/revistas. Acesso em: 02 Jun. 2015.

6 A EDUCAÇÃO AMBIENTAL COMO MEIO DE EFETIVAR O DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA

Conforme demonstramos nos tópicos anteriores, o meio ambiente é um direito fundamental, assegurado pela Constituição Federal de 1988, em seu artigo 225, sendo considerado, como vimos, um direito fundamental de terceira geração.

É importante destacar que o artigo 225, *caput*, estabelece que o meio ambiente é fundamental à “sadia qualidade de vida”, ou seja, o referido artigo consagra o meio ambiente como essencial para a vida, e, mais especificamente, a qualidade de vida.

Segundo Paulo Affonso Leme Machado²⁰, “Não basta viver ou consagrar a vida. É justo buscar e conseguir a qualidade de vida”. Nesse contexto, podemos notar que o direito ao meio ambiente e o direito à vida estão intimamente ligados.

Tiago do Amaral Rocha e Mariana Oliveira Barreiros de Queiroz²¹, ao escreverem sobre o tema, explicam:

[...] É dizer, o bem jurídico vida depende, para a sua integralidade, entre outros fatores, da proteção do meio ambiente com todos os seus consectários, sendo dever do Poder Público e da coletividade defendê-lo e preservá-lo para presentes e futuras gerações.

Nesse sentido, surge a educação ambiental, que, como vimos, desperta a consciência ambiental e, conseqüentemente, propicia a preservação do meio ambiente e favorece a qualidade de vida. Dessa forma, a educação ambiental se torna um mecanismo de efetivação do próprio direito fundamental à vida.

7 CONCLUSÃO

Este trabalho objetivou apresentar a educação ambiental como mecanismo para efetivação do direito fundamental à vida, e, para tanto, foram traçados

²⁰ MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

²¹ Tiago do Amaral Rocha e Mariana Oliveira Barreiros de Queiroz. **O meio ambiente como um direito fundamental da pessoa humana**. Disponível em: http://ambitojuridico.com.br/site/?artigo_id=10795&n_link=revista_artigos_leitura. Acesso em: 05 Jun. 2015.

os conceitos de direitos humanos, direitos fundamentais e educação ambiental.

Quanto ao meio ambiente, observamos que ele se insere no contexto dos direitos humanos, na medida em que propicia uma vida digna, e no viés dos direitos fundamentais, o meio ambiente se insere nos direitos fundamentais de terceira geração, tendo em vista que representa um direito difuso, sendo a obrigação de preservá-lo dirigida à coletividade.

Vimos também que a educação ambiental possui previsão constitucional, assim como o meio ambiente e ela se mostra uma ferramenta importante para a preservação do meio ambiente. Por fim, analisamos que a educação ambiental constitui instrumento importante para a preservação do meio ambiente para as presentes e futuras gerações, bem como proporciona a efetivação do próprio direito fundamental à vida.

8 REFERÊNCIAS

ALVES, José Augusto Lindgren. **Os direitos humanos como tema global**. São Paulo: Perspectiva, 2003.

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 02 jun. 2015.

BRASIL, Lei 9.795 (1999). Lei 9.795, de 27 de abril de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19795.htm>. Acesso em: 02 jun. 2015.

BREGA FILHO, Vladimir. **Direitos fundamentais na Constituição de 1988**: conteúdo jurídico das expressões. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1998.

_____. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

Dirceu e Miguel. **Direitos fundamentais: a evolução histórica dos direitos humanos, um longo caminho**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5414>. Acesso em: 30 maio 2015.

HERKENHOFF, João Batista. **Curso de direitos humanos**. V. I. São Paulo: Acadêmica, 1994.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

OLIVEIRA, Scheila Pinno. **Direitos humanos e educação ambiental:** práticas de transformação social em defesa do meio ambiente. Disponível em: <www.metodista.br/revistas>. Acesso em: 02 jun. 2015.

PFÄFFENSELLER, Michelli. **Teoria dos direitos fundamentais.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_85/artigos/MichelliPfaffenseller_rev85.htm>. Acesso em: 31 maio 2015.

PINHEIRO, Flávio Maria Leite. **A teoria dos direitos humanos.** Disponível em: <www.oab.org.br>. Acesso em: 30 maio 2015.

SALLES, Carolina. **Direitos humanos e o meio ambiente:** a educação ambiental como direito fundamental. Disponível em: <<http://carollinasalle.jusbrasil.com.br/artigos/112225772/direitos-humanos-e-o-meio-ambiente-a-educacao-ambiental-como-direito-fundamental>>. Acesso em: 30 maio 2015.

SANTOS, Cleide Siqueira. **A Constituição Federal de 1988 e a Proteção ao Meio Ambiente Equilibrado.** Conteúdo Jurídico. Brasília-DF: 18 nov. 2014. Disponível em: <www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.50695&seo=1>. Acesso em: 30 maio 2015.

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

Tiago do Amaral Rocha e Mariana Oliveira Barreiros de Queiroz. **O meio ambiente como um direito fundamental da pessoa humana.** Disponível em: <http://ambitojuridico.com.br/site/?artigo_id=10795&n_link=revista_artigos_leitura>. Acesso em: 05 jun 2015.



www.uniceub.br



UNICEUB
Centro Universitário de Brasília

ICPD Instituto CEUB de
Pesquisa e
Desenvolvimento

Agência Brasileira do ISBN
ISBN 978-85-61990-43-5



9 788561 990435