

ISSN 1678-8729

REVISTA ELETRÔNICA DE
DIREITO
DO CENTRO UNIVERSITÁRIO NEWTON PAIVA

N.32 | Maio/ Agosto 2017

PUBLICAÇÃO DA ESCOLA DE DIREITO

 **Newton**

ESTRUTURA FORMAL DA INSTITUIÇÃO

PRESIDENTE DO GRUPO SPLICE: Antônio Roberto Beldi

REITOR: João Paulo Barros Beldi

DIRETOR ADMINISTRATIVO E FINANCEIRO: Cláudio Geraldo Amorim de Sousa

SECRETÁRIA GERAL: Denise de Lourdes Oliveira

COORDENADOR GERAL DA ESCOLA DE DIREITO: Emerson Luiz de Castro

COORDENAÇÃO ADJUNTA: Sabrina Torrês Lage Peixoto de Melo | Valéria Edith Carvalho de Oliveira

ISSN 1678-8729

R449

Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva
n.1 (jan./jun. 2003) – Belo Horizonte: Centro Universitário Newton
Paiva, 2003.

n.32, maio / ago. 2017

ISSN 1678-8729

1. Direito. 2. Pesquisa. I. Centro Universitário Newton Paiva. III.
Título

CDU: 34

(Ficha catalográfica elaborada pelo Núcleo de Bibliotecas do Centro Universitário Newton)

CENTRO UNIVERSITÁRIO NEWTON PAIVA **ESCOLA DE DIREITO**

Av. Presidente Carlos Luz, 220 - Caiçara

Av. Barão Homem de Melo, 3322 - Buritis

Belo Horizonte - Minas Gerais - Brasil



Quem se prepara, não para.

EXPEDIENTE

EDITOR

Michael César Silva

CONSELHO EDITORIAL

Alejandro Marcelo Medici | Universidad Nacional de La Pampa Santa Rosa, La Pampa, Argentina

Adalberto de Souza Pasqualotto | Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil

Alejandro Marcelo Medici | Universidad Nacional de La Pampa Santa Rosa, La Pampa, Argentina

Angela Issa Haonat | Universidade Federal do Tocantins, Palmas, Tocantins, Brasil

Carlos Frederico Marés de Souza Filho | Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, Paraná, Brasil

Carlos Henrique Bezerra Leite | Faculdade de Direito de Vitória, Vitória, Espírito Santo, Brasil

César Fiuza | Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Claudia Lima Marques | Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil

Cristiano Chaves de Farias | Faculdade Baiana de Direito | Complexo de Ensino Renato Saraiva (CERS), Salvador, Bahia, Brasil

Daniel Bettencourt Rodrigues Morais | Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal

David Sanchez Rubio | Universidad de Sevilla, Sevilla, Espanha

Eduardo Augusto Alves Vera-Cruz Pinto | Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal

Fernando José Borges Correia de Araújo | Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal

Fredie Souza Didier Junior | Universidade Federal da Bahia, Salvador, Bahia, Brasil

Giammaria Milani | Università di Siena, Siena, Itália

Giovani Clark | Universidade Federal de Minas Gerais | Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Guilherme Calmon Nogueira da Gama | Universidade do Estado do Rio de Janeiro | Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil

Gustavo José Mendes Tepedino | Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil

Gustavo Silveira Siqueira | Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil

Ingo Wolfgang Sarlet | Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil

Jean Carlos Dias | Centro Universitário do Estado do Pará, Belém, Pará, Brasil

Jorge Alberto Caras Altas Duarte Pinheiro | Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal

Jorge Claudio de Bacelar Gouveia | Universidade Nova de Lisboa, Lisboa, Portugal

José Luiz Quadros de Magalhães | Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Juan Claudio Morel | Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires, Tandil, Buenos Aires, Argentina

Juarez Freitas | Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil

Júlio César Faria Zini | Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Luis Alberto Reichelt | Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil

Marco Antônio Ribeiro Tura | Universidade Presbiteriana Mackenzie | Escola Superior do Ministério Público da União, Mogi das Cruzes, São Paulo, Brasil

Marcos Augusto de Albuquerque Ehrhardt Júnior | Universidade Federal de Alagoas, Maceió, Alagoas, Brasil

Marco Aurelio Rodrigues da Cunha e Cruz | Escola Superior Associada de Goiânia | Universidade do Oeste de Santa Catarina, Chapecó, Santa Catarina, Brasil

Marcia Carla Pereira Ribeiro | Pontifícia Universidade Católica do Paraná | Universidade Federal do Paraná, Curitiba, Paraná, Brasil

Marciano Buffon | Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, Rio Grande do Sul, Brasil

Maria Vital da Rocha | Universidade Federal do Ceará | Centro Universitário 7 de Setembro, Fortaleza, Ceará, Brasil

Michael César Silva | Escola de Direito do Centro Universitário Newton Paiva, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Nelson Rosenvald | Complexo Educacional Damásio de Jesus, São Paulo, São Paulo, Brasil

Paulo Roberto Ribeiro Nalin | Universidade Federal do Paraná, Curitiba, Paraná, Brasil

Rafael Peteffi da Silva | Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, Santa Catarina, Brasil

Regina Linden Ruaro | Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil

Ricardo Rabinovich-Berckman | Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, Argentina

Rogério Medeiros Garcia de Lima | Escola de Direito do Centro Universitário Newton Paiva, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Rubén Martínez Dalmau | Universidad de València, Valência, Espanha

Salete Oro Boff | Faculdade Meridional – IMED, Passo Fundo, Rio Grande do Sul, Brasil

Talden Queiroz Farias | Universidade Federal do Paraíba | Universidade Estadual do Paraíba, Campina Grande, Paraíba, Brasil

Tatiana Ribeiro de Souza | Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, Minas Gerais, Brasil

Valmir César Pozzetti | Universidade Federal do Amazonas | Universidade do Estado do Amazonas, Manaus, Amazonas, Brasil

Yi Wa Jiang | Faculdade de Direito da Universidade de Macau, Macau, China

CONSELHO DE PARECERISTA

Adilson Silva Ferraz | Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Caruaru | Faculdade Asces, Caruaru, Pernambuco, Brasil

Adriano Marteleto Godinho | Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, Paraíba, Brasil

Álisson José Maia Melo | Centro Universitário 7 de Setembro, Fortaleza, Ceará, Brasil

André Cordeiro Leal | Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais | Universidade FUMEC, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

André Del Negri | Universidade de Uberaba, Uberaba, Minas Gerais, Brasil

Angela Issa Haonat | Universidade Federal do Tocantins, Palmas, Tocantins, Brasil

Arthur Magno e Silva Guerra | Faculdade de Direito Milton Campos | Escola de Direito do Centro Universitário Newton Paiva, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Beatriz Felipe Pérez | Universitat Rovira i Virgili, Tarragona, Espanha

Bernardo Gomes Barbosa Nogueira | Escola de Direito do Centro Universitário Newton Paiva, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Carlos Alberto Ferri | Centro Universitário Adventista de Ensino, Engenheiro Coelho, São Paulo, São Paulo, Brasil

Carlos Henrique Bezerra Leite | Faculdade de Direito de Vitória, Vitória, Espírito Santo, Brasil

Carlos Luiz Strapazzon | Universidade do Oeste de Santa Catarina, Chapecó, Santa Catarina, Brasil

Carolina Soares Hissa | Escola Superior Associada de Goiânia | Faculdade Cambury, Goiânia, Goiás, Brasil

Claudio Macedo de Souza | Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, Santa Catarina, Brasil

Cristian Kiefer da Silva | Escola de Direito do Centro Universitário Newton Paiva, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Cristiano Chaves de Farias | Faculdade Baiana de Direito | Complexo de Ensino Renato Saraiva (CERS), Salvador, Bahia, Brasil

Cyntia Carneiro Lafeté | Escola de Direito do Centro Universitário Newton Paiva, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Daniel Bettencourt Rodrigues Morais | Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal

Daniela Silva Fontoura de Barcellos | Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil

Davidson Malacco Ferreira | Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Eduardo Salles Pimenta | Universidade Paulista, São Paulo, São Paulo, Brasil

Ernani de Paula Contipelli | Unochapecó, Chapecó, Santa Catarina, Brasil

Eugênio Facchini Neto | Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil

Everilda Brandão Guilhermino | Universidade Federal de Pernambuco | Faculdade Salesiana, Recife, Pernambuco, Brasil

Fábio Gabriel de Oliveira | Universidade do Estado da Bahia, Valença, Bahia, Brasil

Felipe Dalenogare Alves | Faculdade Antonio Meneghetti, Restinga Sêca, Rio Grande do Sul, Brasil

Felipe Peixoto Braga Netto | Escola Superior Dom Helder Câmara, Belo Horizonte, Brasil

Fernanda Dalla Libera Damacena | Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, Rio Grande do Sul, Brasil

Guilherme Calmon Nogueira da Gama | Universidade do Estado do Rio de Janeiro | Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil

Gustavo Silveira Siqueira | Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil

Gustavo Vidigal Costa | Escola de Direito do Centro Universitário Newton Paiva, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Heleno Florindo da Silva | Faculdade São Geraldo, Cariacica, Espírito Santo, Brasil

Igor Ajouz | Universidade Veiga de Almeida, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil

Ingrid Paula Gonzaga e Castro | Faculdade Montes Belos, São Luiz de Montes Belos, Goiás, Brasil

Juan Claudio Morel | Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires, Tandil, Buenos Aires, Argentina

Júlio César Faria Zini | Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Leonardo Alves Corrêa | Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora, Minas Gerais, Brasil

Leonardo Rabelo de Matos Silva | Universidade Veiga de Almeida, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil

Maraluce Maria Custodio | Escola de Direito do Centro Universitário Newton Paiva, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Marcelo Milagres | Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Marcelo Sarsur Lucas da Silva | Escola de Direito do Centro Universitário Newton Paiva, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Marciano Buffon | Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, Rio Grande do Sul, Brasil

Marco Antônio Ribeiro Tura | Universidade Presbiteriana Mackenzie | Escola Superior do Ministério Público da União, Mogi das Cruzes, São Paulo, Brasil

Marcos Augusto de Albuquerque Ehrhardt Júnior | Universidade Federal de Alagoas, Maceió, Alagoas, Brasil

Marco Aurelio Rodrigues da Cunha e Cruz | Escola Superior Associada de Goiânia | Universidade do Oeste de Santa Catarina, Chapecó, Santa Catarina, Brasil

Margareth Vetis Zaganelli | Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, Espírito Santo, Brasil

Mariana Ribeiro Santiago | Universidade de Marília | Universidade Nove de Julho, São Paulo, Brasil

Mariane Camargo D´Oliveira | Universidade Feevale, Novo Hamburgo, Rio Grande do Sul, Brasil

Maria de Fátima de Sá | Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Maria Vital da Rocha | Universidade Federal do Ceará | Centro Universitário 7 de Setembro, Fortaleza, Ceará, Brasil

Miguel Lemos | Faculdade de Direito da Universidade de Macau, Macau, China

Oswaldo Alves de Castro Filho | Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, Três Lagoas, Mato Grosso do Sul, Brasil

Renata Carlos Steiner Reisdorfer | Universidade Positivo, Curitiba, Paraná, Brasil

René Patricio Bedón Garzón | Pontificia Universidad Católica del Ecuador | Universidad de Los Hemisferios de Quito, Quito, Ecuador

Ricardo Antônio Lucas Camargo | Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil

Rodrigo Dias Silveira | Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil

Roberto Henrique Pôrto Nogueira | Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, Minas Gerais, Brasil

Ricardo Lupion Garcia | Pontificia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil

Rodrigo Reis Mazzei | Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, Espírito Santo, Brasil

Rosa Maria Fernandes Guerra | Faculdade de Direito da Universidade Agostinho Neto, Luanda, Angola

Sabrina Tôrres Lage Peixoto de Melo | Escola de Direito do Centro Universitário Newton Paiva, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Sérgio Ricardo Fernandes de Aquino | Faculdade Meridional – IMED, Passo Fundo, Rio Grande do Sul, Brasil

Sofia Alves Valle Ornelas | Faculdades Objetivo, Goiânia, Goiás, Brasil

Suelen da Silva Webber | Centro Universitário da Serra Gaúcha, Caxias do Sul, Rio Grande do Sul, Brasil

Taise Rabelo Dutra Trentin | Faculdade Palotina de Santa Maria, Santa Maria, Rio Grande do Sul, Brasil

Talden Queiroz Farias | Universidade Federal da Paraíba | Universidade Estadual da Paraíba, Campina Grande, Paraíba, Brasil

Thais Câmara Maia Fernandes Coelho | Centro Universitário de Belo Horizonte, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Valmir César Pozzetti | Universidade Federal do Amazonas | Universidade do Estado do Amazonas, Manaus, Amazonas, Brasil

Vinícius Lott Thibau | Escola Superior Dom Helder Câmara, Belo Horizonte, Brasil

Wilges Bruscato | Universidade Federal de Alfenas, Poços de Caldas, Minas Gerais, Brasil

Yi Wa Jiang | Faculdade de Direito da Universidade de Macau, Macau, China

APOIO TÉCNICO

Núcleo de Publicações Acadêmicas Newton | <http://npa.newtonpaiva.br/npa>

Projeto Gráfico: Helô Costa - Registro Profissional: 127/MG

Diagramação: Ariane Lopes



sumário

APRESENTAÇÃO

MICHAEL CÉSAR SILVA.....10-12

AUTORES CONVIDADOS

TUTELA JURÍDICA DO AMBIENTE NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA POPULAR
DA CHINA E NA LEI BÁSICA DA REGIÃO ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE MACAU
JIANG YI WA13-28

ARTIGOS

A RELAÇÃO ENTRE FUNÇÃO SOCIAL E DIREITO À SAÚDE NO SETOR DE
ASSISTÊNCIA MÉDICO-HOSPITALAR
JOEDSON DE SOUZA DELGADO | GABRIELLE JACOBI KOLLING.....29-44

JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO E UBUNTU: A UTILIZAÇÃO DE ELEMENTOS TRADICIONAIS
COMO MEIO DE RECONCILIAÇÃO
WALTER GUSTAVO DA SILVA LEMOS.....45-58

A LIBERDADE ARTÍSTICA É “SAGRADA”? UMA ANÁLISE ACERCA DOS LIMITES DA
LIBERDADE DE EXPRESSÃO ARTÍSTICA
CRISTIANO PADIAL FOGAÇA PEREIRA.....59-75

A QUESTÃO DA INFÂNCIA E DA ADOLESCÊNCIA NO PROCESSO
JUSTRANSICIONAL BRASILEIRO
FERNANDO DA SILVA CARDOSO | MARIANE IZABEL SILVA DOS SANTOS.....76-86

RESTRIÇÕES, PRIVAÇÕES E VIOLAÇÕES DE DIREITOS
CONSTITUCIONAIS FUNDAMENTAIS
CARLOS LUIZ STRAPAZZON | ADRIANA INOMATA.....87-106

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL
N. 153 (ADPF N. 153)
REGIANE NISTLER.....107-123

A CRISE DA DEMOCRACIA E O DESMANTELAMENTO DO ESTADO SOCIAL:
IMPLICAÇÕES E DESAFIOS A PARTIR DA PERSPECTIVA DE LUIGI FERRAJOLI
MARIÂNGELA MATARAZZO FANFA COLOGNESE.....124-137

FEDERALISMO DE COOPERAÇÃO: O EXCESSO DE ATRIBUIÇÕES ÀS
GESTÕES MUNICIPAIS
ARTHUR MAGNO E SILVA GUERRA | PAULA RESENDE NEVES.....138-147

LIBERDADE DE EXPRESSÃO E O DISCURSO DE ÓDIO: NOTAS SOBRE A
JURISPRUDÊNCIA CONSTITUCIONAL DOS EUA, DA ALEMANHA E DO BRASIL
RÔMULO MAGALHÃES FERNANDES | ANNA CAROLINA DE OLIVEIRA AZEVEDO.....148-161

apresentação



A Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva (REDCUNP) apresenta-se no cenário jurídico nacional, como um relevante instrumento de difusão da pesquisa científica, da análise crítica do Direito e de fomento à produção intelectual na área jurídica, sob uma perspectiva interdisciplinar de estudo.

Possui como linha editorial temáticas relacionadas ao *Estado Democrático de Direito e Solução de Conflitos*, objeto central de nossas publicações.

Com muita satisfação, cumpre-nos informar à comunidade acadêmica que a Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva fora reclassificada pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES), em sua última avaliação (2017), ao *Estrato B1* do Sistema *Qualis* de classificação de Periódicos Científicos no Brasil, demonstrando o compromisso da publicação com a qualidade da produção intelectual veiculada.

É com enorme alegria que apresentamos o segundo número da Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva do ano de 2017.

O presente número do periódico compõe-se por dez trabalhos científicos inéditos, de autores internacionais e nacionais, cujas temáticas proporcionam ao leitor instigantes discussões sobre questões do contexto contemporâneo do Direito, sob a imprescindível perspectiva do Estado Democrático do Direito.

Neste exemplar da Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva, convidamos a Professora Doutora Jiang Yi Wa, vinculada à Faculdade de Direito da Universidade de Macau (China), para publicar artigo de sua autoria intitulado *Tutela Jurídica do Ambiente na Constituição da República Popular da China e na Lei Básica da Região Administrativa Especial de Macau*. Em seu texto, a autora discorreu sobre a relevância da proteção mundial ao meio ambiente e a necessidade de uma profunda reforma das legislações nacionais relacionadas à proteção ambiental no âmbito da República Popular da China, a partir de um estudo crítico-analítico da Constituição Chinesa e da Lei Básica da Região Administrativa Especial de Macau.

No segundo texto, Gabrielle Jacobi Kolling, Doutoranda e Mestre em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio Sinos (Unisinós) e Professora do Programa de Mestrado em Saúde Ambiental das Faculdades Metropolitanas Unidas (FMU-SP) em conjunto com Joedson de Souza Delgado, Mestrando em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (UniCEUB), escreveram o artigo *The Relation Between the Social Purpose and the Right to Health in the Medical-Hospital Care Sector*, que aborda a relevante temática da função social da empresa no setor de assistência médico-hospitalar, perpassando a análise sobre a perspectiva da efetivação do direito à saúde.

Do Estado de Rondônia, Walter Gustavo da Silva Lemos, Doutorando em Direito pela Universidade Estácio de Sá (UNESA/RJ) e Professor da Faculdade de Rondônia (FARO) e da Faculdade Católica de Rondônia, apresenta interessantíssimo articulado intitulado *Justiça de Transição e Ubuntu: A Utilização de Elementos Tradicionais como Meio de Reconciliação*, no qual promove uma abordagem dos Processos de Justiça Transicional, com esteio em estudo específico da experiência sul-africana com suporte na utilização do elemento tradicional-religioso do Ubuntu.

Com o artigo intitulado *A Liberdade Artística é "Sagrada"? Uma Análise Acerca dos Limites da Liberdade de Expressão Artística*, Cristiano Padiá Fogaça Pereira, Mestrando em Direito Comercial pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP) e Advogado, realiza profícua análise a respeito da liberdade de expressão artística na contemporaneidade, com enfoque nos possíveis conflitos com a religião, discurso de ódio e preconceito.

No quinto artigo, Fernando da Silva Cardoso, Doutorando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio), Mestre em Direitos Humanos pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE) e Professor Assistente do Curso de Direito da Universidade de Pernambuco e do Centro Universitário do Vale do Ipojuca/PE em conjunto com Mariane Izabel Silva dos Santos, Graduada em Direito pelo Centro Universitário do Vale do Ipojuca/PE, no artigo *A Questão da Infância e da Adolescência no Processo Justransicional Brasileiro*, examinaram as graves violações de direitos humanos a crianças e adolescentes no período ditatorial brasileiro, destacando em suas conclusões

haver uma íntima correlação entre as violações e a formação jurídica do direito da criança e do adolescente no Brasil.

Carlos Luiz Strapazzon, Pós-Doutor em Direitos Fundamentais pela PUC-RS, Doutor em Direito pela UFSC e Professor do Mestrado da UNOESC (Chapecó/SC) em conjunto com Adriana Inomata, Mestre em Direito pela Unibrasil/PR e Professora da Escola de Direito da Universidade Positivo (Curitiba/PR) no artigo *Restrições, Privações e Violações de Direitos Constitucionais Fundamentais* discorrem sobre os hipóteses de intervenções sobre os direitos fundamentais, sob o enfoque de crítica teórica e jurisprudencial sobre o tema, com fundamento na teoria dos princípios de Robert Alexy.

Do Rio Grande do Sul, a Professora Regiane Nistler, Mestre em Direito pela Faculdade Meridional (IMED/RS) apresenta o texto intitulado *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental N.153 (ADPF N.153)*, no qual faz uma análise pormenorizada das peculiaridades do conteúdo e da motivação da propositura da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF n. 153) perante o Supremo Tribunal Federal, com relevantes conclusões sobre a temática.

No artigo intitulado *A Crise da Democracia e o Desmantelamento do Estado Social: Implicações e Desafios a partir da Perspectiva de Luigi Ferrajoli*, Mariângela Matarazzo Fanfa Colognese, Mestre em Direito pela Faculdade Meridional (IMED/RS), examinou as implicações da crise da Democracia na redução das prestações do Estado Social, sob a perspectiva dos impactos em face de interesses econômicos e financeiros, identificados na relação estabelecida entre Estados e mercados, buscando assim fomentar o planejamento de estratégias de reabilitação política e a eliminação dos efeitos nocivos da crise sobre as instituições e os poderes democráticos, reforçando o dever histórico com a liberdade, a igualdade e a justiça.

No nono artigo, Artur Magno e Silva Guerra, Doutor em Direito Público pela PUC Minas, Mestre em Direito pela UFMG, Professor de Direito Constitucional e Eleitoral da Escola de Direito do Centro Universitário Newton Paiva e da Faculdade Milton Campos e Paula Resende Neves, Bacharelada da Faculdade de Direito Milton Campos, propõem reflexões críticas sobre o modelo federativo adotado pelo Brasil, no artigo *Federalismo de Cooperação: O Excesso de Atribuições às Gestões Municipais*, que busca discutir a influência do Fundo de Participação dos Municípios na receita desses entes e os impactos causados na gestão municipal, em face do desequilíbrio existente entre os excessivos encargos assumidos pelo municípios e receita percebida.

Intitulado *Liberdade de Expressão e o Discurso de Ódio: Notas sobre a Jurisprudência Constitucional dos EUA, da Alemanha e do Brasil*, o texto de autoria de Rômulo Magalhães Fernandes, Mestre e Doutorando do Programa de Pós-graduação em Direito Público da PUC Minas e Anna Carolina de Oliveira Azevedo, Mestranda em Administração Pública na Escola de Governo da Fundação João Pinheiro, apresenta ponderações sobre a (im)possibilidade de restrição à liberdade de expressão quando, na exteriorização do pensamento, prevalecem conteúdos discriminatórios e preconceituosos, típicos de denominados discurso de ódio, para analisar os contornos do direito à liberdade de expressão decorrentes das práticas do discurso de ódio, com esteio no estudo de decisões da Suprema Corte Americana, do Tribunal Constitucional Federal Alemão e do Supremo Tribunal Federal Brasileiro.

Por fim, desejamos ao leitor uma excelente leitura, esperando que o diálogo e as reflexões propostas pelos autores nos articulados publicados possam colaborar para a proposição de futuras pesquisas, e, para o enriquecimento de toda a comunidade acadêmica.

PROFESSOR DOUTOR MICHAEL CÉSAR SILVA

Editor da Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva

TUTELA JURÍDICA DO AMBIENTE NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA POPULAR DA CHINA E NA LEI BÁSICA DA REGIÃO ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE MACAU

LEGAL PROTECTION OF THE ENVIRONMENT IN THE CONSTITUTION OF THE PEOPLE ´S REPUBLIC OF CHINA AND IN THE BASIC LAW OF THE MACAO SPECIAL ADMINISTRATIVE REGION

JIANG YI WA¹

RESUMO: Em pleno século XXI como em que vivemos hoje, a protecção do ambiente já se tornou inquestionavelmente um tema importantíssimo para todos os países. Designada como a fábrica do mundo, a República Popular da China sofre de alta pressão proveniente dos assuntos ambientais, quer no nível internacional, quer nacional, tendo-se, por isso, falado numa reforma profunda no que toca às legislações nacionais da protecção ambiental. No nosso artigo é feita uma análise jurídica com o objectivo de mostrar os pontos clarificadores através dos quais tentamos mostrar que é necessário introduzir uma garantia a nível constitucional do direito a um ambiente saudável e que este mesmo deve ser atribuído um estatuto como um dos direitos fundamentais dos cidadãos numa eventual revisão da Constituição chinesa. A nossa apreciação crítica é feita também para a Lei Básica da Região Administrativa Especial de Macau.

Palavras-chave: Protecção ambiental; direito fundamental ao ambiente; Constituição da RPC; lei básica da RAEM

ABSTRACT: In the sec. XXI as we live in today, unquestionably the environmental protection has become a very important issue for all of us. As one of the world ´s factory, the People ´s Republic of China suffers many critical, international or national, both because of the environmental protection issues. Mostly because of this, there is an urgency to make a thorough reform of national laws of environmental protection. In our article, we want do the legal analysis with the aim of showing the clarifiers points though which we try to approve that in China it ´s necessary to introduce a constitutional guarantee for the environmental rights for all of the citizens and, in a possible revision to the Chinese Constitution this right should be mentioned as one of the fundamental rights. Our critical assessment is also made to the Basic Law of MSAR (Macao Special Administrative Region)

Keywords: Environmental protection; environmental rights; PRC ´s Constitution; basic law of MSAR

¹ Doutora em Direito Público pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (Portugal). Professora da Faculdade de Direito da Universidade de Macau (China). Advogada inscrita na Associação dos Advogados de Macau (China).

1. ENQUADRAMENTO DO TEMA

A problemática política e jurídica da protecção do ambiente nem sempre existiu, pois quando a prioridade das actividades humanas se identificava com a satisfação das necessidades básicas de sobrevivência, a qualidade da vida ficava naturalmente num plano inferior. Porém, a expansão económica não deve ser um fim em si mesmo. O seu objectivo principal é a redução das disparidades das condições de vida entre os cidadãos, aumentando a sua qualidade da vida através da participação de todos os agentes sociais².

Desde os anos sessenta do século passado, a tutela jurídica do ambiente tornou-se uma realidade, fruto da degradação ambiental causada predominantemente pelo desenvolvimento económico, tecnológico e demográfico. Na altura a ocorrência duma série de acidentes industriais e catástrofes ecológicas deixaram um impacto público bastante negativo, o que acabou também por despertar os Estados para a necessidade de recorrer às soluções jurídicas a fim de proteger o nosso planeta.

Normalmente fala-se de três gerações de direitos fundamentais. A primeira geração está ligada ao liberalismo que oferece, com as revoluções liberais, garantias das liberdades individuais e de outros direitos básicos, em termos cívicos e jurídicos. A segunda geração surge com o Estado Social do século XX, cujo acento está nos direitos económicos, sociais e culturais. A seguir, no último quartel do século XX e na passagem do século XX para o século XXI, um novo grupo de direitos fundamentais do Homem foi qualificado como direitos de terceira geração. São direitos em novos domínios da vida social, tais como direito ao ambiente, direito ao desenvolvimento e direito à informação³.

Como tal, o direito do ambiente entrou na família do direito. É ainda relativamente verde porque se tornou um membro há não mais do que meia dúzia de décadas. Porém, a consciência verde pela qual se procuram encontrar as melhores maneiras de intervenção humana na natureza está no seu percurso de amadurecer, não só pela necessidade aumentada que o homem tem para o seu desenvolvimento sustentável, mas, infelizmente, também pela preocupação e ameaças sérias que o homem tem pela possibilidade de perder a base desse desenvolvimento.

Numa primeira fase, a ideia de direito a um ambiente saudável como um dos direitos fundamentais surgiu em 1960, referida por um médico alemão, na crítica aos despejos de resíduos radioactivos no mar. Ele apresentou uma queixa ao Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, com base da Convenção Europeia de Direitos Humanos, que consagra a garantia de um ambiente limpo e saudável. Em 1966, foi aprovada a Convenção Internacional de Direitos Económicos, Sociais e Culturais, pela Assembleia Geral das Nações Unidas onde todos os Estados-membros reconhecem que “os seus cidadãos têm o direito de acesso a um nível de vida adequado (...)”⁴ e que “todos os cidadãos têm o direito de desfrutar o mais elevado nível possível de saúde física e mental”⁵. Ao mesmo tempo e no mesmo âmbito, foi aprovada também a Convenção Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos, que prevê, no seu primeiro artigo, que “todos têm direito de dispor, livremente e para os seus próprios

2 Após a Conferência de Estocolmo, os Estados-membros da então Comunidade Económica Europeia reuniram em Paris, donde saiu uma declaração comunitária sobre ambiente, a Declaração de Paris, anunciando um dos primeiros passos no sentido da inclusão da meta ambiental na política comunitária.

3 Divisão originariamente proposta por Kavel Vasak, tendo a inspiração nas Revoluções Francesas. É geralmente seguida pelos juristas portugueses. Porém, é o entendimento que Jorge Miranda não segue. Segundo este Autor, os novos direitos elencados na terceira geração dos direitos do homem não podem ser qualificados numa única categoria. O Autor vê os novos direitos como um alargamento e enriquecimento dos direitos fundamentais, querendo afastar assim a ideia de sucessão das gerações, pois não se podem ver os das gerações anteriores com implícita obnubilação em face das posteriores. (MIRANDA, 1994, p. 356).

4 Artigo n.º 11.

5 Artigo n.º 12.

fins, das suas riquezas e recursos naturais, sem prejuízo das obrigações de acordo com a cooperação económica internacional e do direito internacional, sempre com base no princípio de benefício mútuo”.

Em 1968, na Assembleia Geral das Nações Unidas, os problemas ambientais que começaram a assustar todo o mundo foram a causa directa da convocação da Conferência das Nações Unidas sobre o Desenvolvimento e Meio Ambiente Humano, que veio a ser realizada em 1972, em Estocolmo⁶. Nesta conferência nasceu a Declaração de Estocolmo onde foram estipulados vinte e seis princípios a fim de preservar e melhorar o meio ambiente humano em benefício do homem e da sua posteridade, dentro dos quais, o princípio 1 atribui ao homem o:

direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao desfrute de condições de vida adequadas e um meio ambiente de qualidade tal que lhe permita levar uma vida digna e gozar de bem-estar, tendo a solene obrigação de proteger e melhorar o meio ambiente para as gerações presentes e futuras (...).

Hoje em dia, a recepção do ambiente nas constituições já é de senso comum nos Estados, o que se discute ainda é a forma de recepção do mesmo⁷. No entanto, em alguns países, tais como na China ou no Japão, ainda não há vestígio constitucional do meio ambiente consagrado como um dos direitos fundamentais e constitucionalmente garantido. Há quem diga que isso se deve à falta de operacionalidade e à falta de determinabilidade do direito ao ambiente e que a expressão *direito ao ambiente* é puramente simbólica em termos educativos. Teoria que não partilhamos. Pois, pensando em especial o exemplo da China, precisamente pela inexistência de consagração constitucional do meio ambiente como um dos direitos fundamentais é que os trabalhos da protecção ambiental na China têm sido levados numa forma ineficaz e demasiado lenta.

Acreditamos que, perante a actual situação da China, o direito ao ambiente deve ser considerado como uma pedra angular para todo o sistema jurídico ambiental, quer da legislação, quer da administração. Da mesma forma devemos igualmente ter esta nota em consideração no sistema jurídica da RAEM⁸, já que as legislações ambientais nesta região não estão dispensadas, de maneira alguma, das críticas e inquietação crescente em frente dum realidade ambiental cada vez mais preocupante.

2. A PROTECÇÃO DO AMBIENTE NA CHINA: BREVE REFERÊNCIA

Desde cedo, a expressão *meio ambiente* e a sua importância para o desenvolvimento humano foram ideias precocemente introduzidas na agenda do governo chinês. De certa forma, no final dos anos 70 do século passado, o tema da protecção do ambiente acabou por lançar uma oportunidade única para a China se reintegrar na sociedade política internacional, obtendo assim um caminho de participação positiva após o desastre que a revolução cultural constituiu.

6 De facto, antes dessa data, já em Março de 1970, teve lugar em Tóquio uma conferência internacional onde treze Estados participantes produziram a Declaração de Tóquio, com a qual foi claramente convocado que fosse estabelecido como um direito fundamental aquele que cada um possui na sua esfera jurídica individual para garantir o não sofrimento de prejuízos ambientais no que toca à sua saúde e bem-estar e, ao mesmo tempo, a Declaração pediu que não fossem violados os direitos ambientais intergeracionais, uma vez que as gerações futuras também são titulares dos mesmos direitos ambientais.

7 Na realidade, antes da Conferência das Nações Unidas sobre o Desenvolvimento e Meio Ambiente Humano, a Constituição Polaca de 1952 já mostrou a sua bastante sensível preocupação no que diz respeito à protecção do nosso planeta. Depois daquela Conferência, o ambiente como um bem essencial de toda a humanidade começou a ser acolhido em mais Constituições dos Estados. No nível europeu, a Grécia e Portugal são dois países onde a protecção do ambiente é consagrada na Constituição nacional desde cedo, sendo o tempo exacto, respectivamente, de 1975 e de 1976.

8 Região Administrativa Especial de Macau.

No início, esta consciência verde foi afirmada também para quebrar os obstáculos diplomáticos que outros Estados colocaram à China nos anos 70 e 80 do século passado. Mostrando uma atitude responsável pelo bem-estar da humanidade, a China participou em várias conferências internacionais e noutras actividades equivalentes sobre o tema ambiente logo nos momentos iniciais de afirmação do direito do ambiente no terreno jurídico, tendo assinado diversos acordos e tratados internacionais sobre o tema. Foram passos bastante decisivos não só para a imagem do governo chinês nos tempos modernos, mas também para a criação de um costume nacional de falar na protecção do ambiente. Porém, não deixaram de se ouvir vozes críticas. Com efeito, o direito chinês do ambiente foi criado assim num contexto bastante específico, misturado com as necessidades políticas da época, razão pela qual é hoje visto como um ramo do direito cujo percurso se iniciou numa pista rápida.

Dito doutra maneira, a procura de acompanhar a moda internacional de proteger o meio ambiente fez com que procurássemos um desenvolvimento bastante acelerado do direito do ambiente, em contrapartida de este ser elaborado com um entusiasmo pouco saudável ou mesmo perigoso, razão pela qual se nota a falta duma base sólida para os trabalhos da protecção ambiental, quer em termos pedagógicos, quer executivos.

Portanto, nos dias de hoje, apesar de ter implementado um sistema jurídico de vários níveis no domínio ambiental, a situação ambiental na China está longe de conseguir agradar os optimistas. E a pergunta coloca-se: porquê? Pela falta de apelo a um desenvolvimento sustentável? Devido à inexistência de leis ambientais chinesas a prestarem atenção adequada ao tema? A resposta é simultaneamente simples e complexa. Se não, vejamos.

Num país onde os poderes estão concentrados num só partido, como a China, perante os problemas mais variáveis da sociedade, a primeira reacção possível é perguntar: o governo não prestou nenhuma atenção a esses problemas? O governo não tem vontade suficientemente forte para resolver os problemas? E, utilizando esta lógica na área da protecção ambiental, na maioria das vezes, o ponto de interrogação aponta-se para os trabalhos efectuados pelo governo e os seus dirigentes quando na realidade se trata simplesmente duma desculpa gratuita e fácil de encontrar explicações: culpar o governo e os seus governantes.

De facto, desde cedo – logo na fase inicial da Reforma e Abertura da China – o governo chinês e os líderes chineses sensibilizaram-se com o tema *verde*. Fundador da ideia pioneira “*Um País, Dois Sistemas*”, Deng Xiao Ping, fez um discurso em Dezembro de 1978 onde exigiu que todo o país se focasse na criação das leis nacionais, dentro das quais se incluíam leis de protecção do ambiente. Posteriormente, outros dirigentes das gerações seguintes do governo chinês não se cansaram de salientar a importância de proteger o ambiente, não só para o desenvolvimento equilibrado do presente, mas também para que as gerações futuras tivessem um ambiente ecologicamente saudável. A protecção do ambiente é vista como uma das políticas de base do País, a realização dum desenvolvimento sustentável é também meta estratégica do governo, como se pode verificar por apelos desta qualidade contidos em todos os documentos oficiais do governo chinês. Com isso, não se pode dizer que o governo chinês e os seus dirigentes estão adormecidos para o tema do ambiente. Mas, uma vez que continua a chegar notícias de desastres ambientais, a dúvida poderia voltar a colocar-se: não se produzem leis chinesas que se dedicam à produção do ambiente?

Antes de responder a esta pergunta, há que ter em consideração uma realidade: as medidas políticas e legislações chinesas costumam seguir, de forma rigorosa, as orientações ideológicas do governo. Ou seja, na China, os apelos dos dirigentes do governo concretizam-se quase sempre na criação de documentos legislativos. Com base dos trabalhos já feitos ao longo de décadas, a China dispõe de um sistema jurídico de protecção ambiental de diversos graus.

Em primeiro lugar surgem as leis produzidas pela Assembleia Popular Nacional da República Popular da China e o seu comité permanente. As leis produzidas por aquela dividem-se em dois gru-

pos, estando a *Lei da Protecção do Ambiente*⁹ num grupo, com valor real de uma verdadeira lei de bases do ambiente da China e, noutro grupo, as leis singulares que visam estabelecer regras concretas para as áreas específicas da protecção ambiental. Exemplos disso são: *Lei da Avaliação Ambiental*, *Lei da Prevenção da Poluição Marítima*, etc. Em segundo lugar, o Conselho do Estado é igualmente competente para a produção de normas jurídicas com o mesmo fim, tendo já publicado mais de cinquenta decretos-leis ou regulamentos administrativos nas mais diversas áreas, a título de exemplo, temos a *Regulamentação da Lei da Prevenção da Poluição das Águas* e a *Portaria sobre Protecção do Ambiente para as Obras de Construção*.

Num terceiro nível, é atribuída ao Ministério da Protecção Ambiental¹⁰ a competência de determinar, em função da matéria em questão, medidas jurídicas para melhor proteger o ambiente. Entre outras temos *Medidas da Vigilância Ambiental*, *Medidas do Acesso às Informações Ambientais (provisória)*, etc..

A par disso, são classificados num quarto nível as leis e os regulamentos de cada província ou cada cidade, configurados pelas assembleias populares e governos locais. Existem por volta de mil e duzentos documentos legais deste tipo. Por outro lado, o sistema jurídico-legislativo da protecção do ambiente complementa-se também com exigências impostas pelas convenções internacionais ambientais vigentes no território chinês.

Contudo, verifica-se a existência não só da vontade de obter um desenvolvimento sustentável mas também de concretizações dessa vontade, isto é, existem realmente consciência e legislações para aquele fim. Assim sendo e com base nisso, que explicação se poderá dar perante o progresso demasiado lento e a desorganização dos trabalhos ambientais no território chinês?

Ao procurar a resposta para esta pergunta, temos que ter sempre em conta, antes de mais, as realidades chinesas em que vivemos. Devido ao número gigantesco da população chinesa, os recursos naturais *per capita* são muito limitados apesar de ser um país geograficamente grande. Agravada pelos atrasos económicos historicamente causados, a procura do desenvolvimento económico tornou-se, na maioria parte das regiões e com especial destaque nas zonas interiores e montanhosas, uma prioridade inquestionável para o senso comum, ficando sempre em segundo plano as metas de conservação ambiental, vítima ou custos a pagar em troca da prosperidade económica.

É claro que a explicação não fica por aqui. No actual sistema jurídico-ambiental da China, qualquer tentativa de encontrar um mapa preciso e bem definido da organização e funcionamento de poderes ambientais é, no mínimo, complicada. Em boa verdade, a falta de unificação e de independência de atribuições jurídico-ambientais constitui o maior problema para a China.

Desde logo, os poderes jurídicos de gestão ambiental estão divididos entre os vários órgãos dos governos, quer ao nível central, quer ao nível local. Por exemplo, é da competência do Ministério dos Transportes resolver os problemas da poluição atmosférica causada pelos veículos, da competência do Ministério da Agricultura resolver os problemas de desequilíbrio ecológico nas aldeias chinesas e da competência do Ministério de Recursos Hidráulicos resolver os problemas de poluição hidráulicos, etc.. Para agravar a confusão, ao mesmo tempo que temos todos os ministérios com as suas áreas especializadas de competência geral no governo central, verifica-se também uma reparti-

9 Foi aprovada pela décima primeira secção do sétimo comité permanente da Assembleia Popular Nacional da República Popular da China, no dia 26 de Dezembro de 1989, sendo uma lei sucessora da Lei Experimental da Protecção do Ambiente da China, de 1979.

10 Sob orientação do Conselho do Estado, temos o Ministério da Protecção do Ambiente da China, reformulado em 2008, órgão com competência extensiva a todo o território nacional, como um verdadeiro Ministério do Estado e que extinguiu a Administração Geral da Protecção do Ambiente que entrou em funcionamento no ano de 1998, a qual por sua vez tinha substituído a Administração Nacional da Protecção do Ambiente de 1988.

ção desses ministérios em cada província, cada cidade ou até cada vila, e cada uma com as mesmas competências em relação a cada matéria na própria localidade.

Ora bem, como sabemos, muitas vezes, um problema ambiental concretamente tratado não é causado apenas por um factor/componente do ambiente. Os danos ambientais ocorrem devido à interacção entre vários componentes ambientais. Por isso, partilhar os poderes entre vários ministérios em função dos componentes ambientais não é, na maior parte dos casos, a melhor solução. Por exemplo, num caso de derramamento de óleo causado por um acidente náutico, se for pelos métodos chineses, quer a Administração Oceânica do Estado, quer o Ministério de Recursos Hidráulicos ou até mesmo o Ministério da Terra e Recursos do Estado, têm competência para tratar do problema. Por outro lado, os fluxos marítimos atravessam normalmente várias províncias, razão pela qual os órgãos com competências no domínio da protecção do ambiente de cada província ganham legitimidade para intervir no assunto. Porém, acidentes deste género podem originar uma série de poluições, não só poluição hidráulica propriamente dita, mas também poluição atmosférica e consequências danosas para o sistema ecológico do mar, entre outros. É preciso tratar duma visão estratégica pensando em todos os tipos de danos ambientais no seu conjunto. *Além disso, como um mesmo acidente pode causar prejuízos a várias províncias, é igualmente precisa uma cooperação entre governos locais daquelas, evitando trabalhos repetitivos e ineficazes.*

Em suma, a consequência venenosa desta imprecisão e repetição de atribuições é de não se conseguir centralizar todos os poderes num só ministério. O facto de existirem, além do Ministério da Protecção do Ambiente, muitos outros ministérios com poderes específicos na protecção ambiental faz com que se criem meios ou desculpas de desviar responsabilidades de boa gestão ambiental. Nos piores casos, alguns órgãos partem do seu próprio interesse institucional no sentido de ganhar mais poderes, e deixam de assumir efectivamente as responsabilidades uma vez que não existe uma hierarquia claramente definida entre esses órgãos de poder.

Com as explicações até aqui produzidas, a resposta já se tornou mais simples: por causa da falta de legislação e de mecanismos verdadeiramente eficientes é que os trabalhos de protecção ambiental na China não estão a fazer as devidas actualizações e melhoramentos perante as novas exigências ambientais. Ou seja, o tema ambiente tem toda a importância que a sociedade chinesa lhe quer dar, contudo, os trabalhos não estão a ser feitos da forma mais correcta e adequada à realidade chinesa. A orientação doutrinal não foi suficientemente clara para que houvesse uma aplicação desejada.

A nosso ver, em cima de tudo, o atraso de protecção ambiental na China está directamente relacionado com a deficiência de democracia ambiental. Dito doutra forma, independentemente da região ou da época, a força maior através da qual se foi promovendo a protecção do ambiente foi a força do povo. Ou seja, o surgimento e a implementação mais profunda da necessidade de conservar o nosso planeta só foram possíveis devido à consciência esclarecida dos cidadãos de todos os países. Contudo, nem todos os sistemas jurídicos se revelam suficientemente maduros para responder aos apelos vindos directamente do povo. O caso chinês é um deles. A ausência de mecanismos adequados e constitucionalmente garantidos para que o povo se consiga defender das poluições ambientais é a chave do problema.

3. A TUTELA DO MEIO AMBIENTE E O SEU LUGAR NA CONSTITUIÇÃO

3.1 A tutela constitucional do meio ambiente

A tutela do ambiente pode ser realizada tanto por intermédio de instrumentos do direito privado como do direito público. No direito privado, nomeadamente no que diz respeito aos meios de protecção disponibilizados pelo direito civil, estão inseridos os direitos ambientais no campo dos direitos da

personalidade e da propriedade. Neste caso, os titulares procuram defender-se dos danos ambientais sempre na qualidade de proprietários duma “coisa”. Ou seja, verifica-se aqui uma certa materialização dum direito abstracto, procurando assim oferecer um caminho concreto para a realização do seu direito. Os direitos ambientais para um determinado proprietário existem, dependendo a sua realização ou protecção duma forma materializada, convocando direitos legítimos na esfera privada do seu titular.

Porém, de acordo com os princípios constitucionais, os direitos ambientais no âmbito do direito público destacam-se mais como direitos verdadeiramente abstractos. É de salientar a importância dos tais direitos mais numa perspectiva ideológica e não tanto na materialista.

Na nossa interpretação, quando se fala da tutela constitucional do meio ambiente, há que esclarecer alguns pontos.

Antes de tudo, quem tem o direito de beneficiar da tutela constitucional do meio ambiente são os cidadãos em geral, quer colectiva quer singularmente. A par disso, o Estado é responsável pelas tarefas concretizadoras e capazes de garantir a dita tutela. O Estado utiliza o seu poder público por forma a cumprir os seus deveres ambientais para com os cidadãos. Neste sentido, os titulares daquela tutela são os cidadãos mas não o Estado.

Num segundo plano, quando se fala da tutela constitucional do meio ambiente, também tem que ser visto como um dever para o Estado, juntamente com os cidadãos. Entre os direitos de cada cidadão e os poderes públicos do Estado há que encontrar um ponto de equilíbrio para melhor realização da justiça e do desenvolvimento humano, é isso que os textos constitucionais pretendem fazer: regular relações entre direitos e garantias do povo e poderes do governo. De facto, temos que admitir que todos os poderes do governo são atribuídos com base nos direitos de cada cidadão, isto é, os poderes públicos existem para proteger os direitos de cada um, sendo estes razão de ser daqueles.

Como foi referido no início da nossa apresentação, os direitos sociais são considerados como direitos relativamente recentes que só surgiram no século XX, após a segunda Guerra Mundial, como fruto natural das evoluções sociais. Desde então, a importância destes direitos não é apenas para salvaguardar os interesses individuais, mas também e sobretudo os interesses de toda a comunidade. Esses interesses reflectem exigências que os cidadãos em geral têm sobre o estado cultural e social do próprio país¹¹. Todos os direitos sociais visam garantir interesses comuns a toda a sociedade, o direito a um ambiente de vida saudável é um deles.

Ao mesmo tempo, não se pode deixar de falar da complexidade da tutela constitucional do meio ambiente. Com efeito, esta tutela traduz-se não só num direito especialmente garantido a um ambiente de vida saudável de cada indivíduo, mas também em deveres de salvaguardar o próprio ambiente. É fácil de perceber porque é que se exigem duas vertentes a esta tutela. Por um lado, se se falasse somente de direitos a um ambiente ecologicamente equilibrado sem serem acompanhados pelos deveres de proteger o ambiente, uma vez que se trata dum direito, cada titular desse direito poderia optar por não reclamar o mesmo. Ou seja, se fosse possível que se tratasse puramente dum direito só, qualquer cidadão poderia escolher pela não realização do seu direito a um ambiente de boa qualidade.

Da mesma maneira, também não se pode falar apenas de deveres. Como se percebe naturalmente, o incumprimento de deveres dá origem à aplicação de sanções jurídicas. Por isso, as sanções ajudam a prevenir e reduzir, através dos seus efeitos intimidatórios, os impactos ambientais provocados pelos actos irresponsáveis do homem. Porém, na matéria do ambiente onde os bens ambientais precisam das medidas rigorosas de protecção contando principalmente com as iniciativas e acções do Estado devido às especificidades desses bens, se fosse imposto a cada um dos cidadãos só o dever ambiental sem garantir em contrapartida a possibilidade de o mesmo reclamar os seus direitos

11 V. Xia (1995, p. 54).

fundamentais a um ambiente de vida humano, seria facilitar a ausência dos trabalhos estatais para o mesmo fim. O Estado possui o poder de intervenção em muitos assuntos sociais, razão pela qual logicamente o mesmo tem de assumir certos deveres.

3.2 Legitimidade da atribuição do direito a um ambiente sadio e equilibrado como um direito fundamental

A atribuição da tutela constitucional ao meio ambiente é, desde logo, o fruto inevitável dos direitos fundamentais do homem. De facto, o direito a um ambiente sadio e ecologicamente equilibrado é considerado, em muitos Estados, como um dos direitos fundamentais dos cidadãos, merecendo a sua posição na própria constituição de cada Estado.

Na comunidade jurídica chinesa, há quem divida os direitos fundamentais em três grupos: direitos fundamentais estatutários atribuídos pela lei, direitos fundamentais que o povo efectivamente tem e direitos fundamentais que o povo deve ter. Portanto, para uma verdadeira realização dos direitos fundamentais do povo chinês, é necessário que estes estejam mesmo previstos nos documentos legais - neste caso concreto, a tutela do meio ambiente como um dos direitos fundamentais na Constituição Chinesa.

Em nosso entender, falar da tutela constitucional do meio ambiente é duplamente importante para a realidade chinesa. Desde logo e partindo da importância da Constituição como uma lei fundamental dum país, incluir nela o direito dos cidadãos a um ambiente ecologicamente equilibrado é equivalente a atribuir um valor da lei básica a esse mesmo direito, pondo-o no topo do sistema jurídico dum país e com uma clara supremacia em relação a outros direitos não referidos no texto constitucional. Em todos os Estados, a Constituição é sempre vista como uma lei mais estável, isto é, por uma questão de segurança e estabilidade jurídico-legislativa, qualquer revisão que seja realizada a uma Constituição requer demora estratégica no sentido de terem que ser feitos diversos trabalhos preparatórios em termos teóricos e cumprir certas formalidades.

Nestes termos, pode dizer-se que a tutela constitucional do meio ambiente oferece a este bem essencial da nossa sobrevivência e desenvolvimento humano uma protecção privilegiada e muito firme, tornando o mesmo independente de qualquer alteração da conjuntura política, que é muitas vezes causada pelas orientações diferentes de mandatos diferentes. Subir o nível da tutela do meio ambiente ao nível constitucional, como um dos direitos fundamentais dos cidadãos, é subi-lo até a um nível onde está isento de qualquer desafio, porque, em teoria, os direitos fundamentais têm o valor que têm porque não são facilmente ultrapassados. Além disso, estando garantida a tutela constitucional do meio ambiente, ela acaba por ser a base de apoio para os direitos fundamentais noutras áreas. A razão disso é simples: se nem a sobrevivência do homem for possível, qual será o sentido de se falar noutros direitos fundamentais?

Actualmente, no percurso da reforma jurídica a qual tem sido prosseguida pela China, perante as novas realidades sociais, culturais e económicas, nacionais ou internacionais, destaca-se a tendência para um modelo de sistema jurídico-continental. Dentro deste modelo¹², os direitos fundamentais são vistos em duas vertentes. Na primeira vertente, aqueles são interpretados como direitos subjectivos que protegem os cidadãos dos poderes públicos aplicados de forma abusiva. Nos casos de violação daqueles direitos, pode pedir-se uma defesa em tribunais constitucionais, procurando assim salva-

12 Em muitos países, nomeadamente na Alemanha e nos países hispânicos, existe a possibilidade de apresentar uma queixa constitucional directa quando há ofensa dos direitos fundamentais, o que não se verifica em Portugal. Em Portugal, não se pode recorrer directamente para o tribunal constitucional para a protecção dos direitos fundamentais, tendo aquele tribunal apenas competência para fiscalização da constitucionalidade das leis e de alguns regulamentos. No entanto, em Portugal, é possível reagir, em qualquer tribunal, quer judicialmente comuns, quer administrativos, contra um acto ou uma violação dos direitos fundamentais. Não existe também o mecanismo de “queixa constitucional” no sistema jurídico chinês.

guardar os direitos subjectivos enquanto direitos fundamentais do homem. Numa segunda vertente, os direitos fundamentais também são direitos objectivos no sentido de representarem a consagração de valores directamente tutelados pela Constituição e serem fontes directas de criação doutras regras jurídicas legislativas, administrativas e judiciais.

Olhando para a realidade chinesa, a expressão de “*direitos fundamentais*” é ajustada mais numa perspectiva de ordem objectiva dos valores e princípios fundamentais. Normalmente, as actividades legislativas, administrativas e judiciais são organizadas pela interpretação dos artigos da Constituição chinesa, não tendo os mesmos uma aplicação imediata como direitos fundamentais. Uma vez que assim é, mais desejado ainda se torna a actualização da própria Constituição Chinesa com regras norteadoras e sobretudo claras para que seja efectivamente estabelecido um sistema jurídico eficiente de protecção ambiental. Ou seja, estando qualificado como um dos direitos fundamentais, a tutela jurídica que o meio ambiente possui na lei fundamental do país deve poder originar o poder directo para a criação de normas jurídicas ambientais. E, quando se detectar situações concretas – o que acaba por ser frequente – de alguma lacuna ou mesmo deficiência legislativa sobre determinada temática da protecção ambiental, deve ser possível ir buscar a fonte da solução ao texto constitucional, fazendo funcionar directamente os princípios inerentes aos direitos fundamentais.

A China é um país onde, devido à sua particularidade histórica, a cultura jurídica segue um caminho tipicamente chinês. Na população em geral ainda se nota uma grande falta de sensibilidade no que respeita ao ordenamento jurídico do país. É um país onde o modelo de Estado de Direito ainda se encontra num processo de desenvolvimento. Por isso, torna-se indispensável e urgente anunciar uma tutela jurídica do meio ambiente na Constituição, uma vez que, caso contrário, a população com conhecimento jurídico limitado continuaria a relegar o assunto para segundo plano por não estar incluído na lei fundamental do país. Aqui entra também a questão da educação jurídica e sensibilidade ambiental de todos os cidadãos que, no nosso caso nacional, acaba por ser também uma das razões pelas quais achamos benéfico confirmar a tutela ambiental na própria constituição, não só como tarefa do Estado, mas também como um direito fundamental dos cidadãos.

Por fim e sempre numa perspectiva de análise das necessidades reais da China, queríamos salientar que incluir o direito a um ambiente ecologicamente saudável na Constituição chinesa é também uma forma adequada de demonstrar ao mundo a nossa determinação na respectiva matéria. O governo chinês tem revelado grandes preocupações e vontade de participar nos assuntos da protecção ambiental, utilizando ao mesmo tempo este tema como um ponto de contacto na comunidade internacional. Nos dias de hoje, para o desenvolvimento sustentável da toda a humanidade, a China tem que continuar a mostrar a sua integração e determinação como um país responsável que é. Por isso mesmo uma eventual revisão constitucional-verde fará todo sentido.

3.3 Viabilidade da atribuição da tutela constitucional do meio ambiente como um direito fundamental na China

Na história jurídico-constitucional da China era bastante sensível falar-se de direitos humanos, sendo estes vistos como resultados negativos do capitalismo e do liberalismo. Foi preciso um processo excepcionalmente demorado e difícil para conseguir introduzir a concepção de direitos humanos na Constituição Chinesa¹³.

13 Na China, só foi possível garantir expressamente a posição constitucional de direitos humanos em 2004, com quarta revisão constitucional, que foi aprovada pela décima Assembleia Popular Nacional da China. Com efeito, foi acrescentado um novo número – número 3 – ao artigo 33.º, integrado no capítulo II, de Direitos e deveres fundamentais dos cidadãos. Neste número 3 prevê que o Estado respeita e presta garantias aos direitos humanos de todos os cidadãos.

Como foi referido no início da nossa análise, a China é signatária de várias convenções internacionais que consagram o direito a um ambiente saudável como um dos direitos fundamentais do Homem. Uma vez que faz parte desses compromissos internacionais, o governo chinês assume naturalmente uma obrigação inquestionável de cumprir os deveres de proteger o nosso planeta. Podemos mesmo dizer que as disposições jurídicas internacionais acabam por oferecer um apoio e uma fonte jurídico-internacional para uma melhor previsão da tutela ambiental na Constituição Chinesa.

A acompanhar isso, temos que ter igualmente em consideração outra realidade. Pese embora não haja ainda uma garantia constitucionalmente consagrada do direito a um ambiente saudável para cada cidadão individual, os trabalhos legislativos locais – de cada província, cidade ou vila – não mostraram hesitações em tentar encontrar melhores medidas jurídicas para o problema ambiental. Por exemplo, o nono comité permanente da Assembleia Popular da Província de Fujian aprovou, na sua 30.^a sessão, a revisão do *Regulamento da Protecção Ambiental de Fujian*, através da qual se começou a consagrar o direito de cada cidadão e de cada entidade a um “*bom ambiente*”, e “*exigir indemnizações perante quaisquer danos ambientais*”.

Da mesma forma, em 2005, a revisão do *Regulamento da Protecção Ambiental de Shanghai*¹⁴ foi aprovada pelo décimo segundo comité permanente da Assembleia Popular de Shanghai, onde se prevê, no seu artigo 8.º que “*todas as entidades e cidadãos gozam do direito a um bom ambiente*”, e que “*todos os titulares desse direito podem exigir que sejam tomadas medidas preventivas para evitar riscos ambientais e, no caso de danos derivados da poluição ambiental, os titulares têm direito de exigir a indemnização*”. Além disso, sabemos que os governos de algumas cidades, tais como Shenzhen ou Zhuhai, já concluíram os trabalhos preparativos para uma possível revisão dos seus regulamentos da protecção ambiental, onde será adoptada essa nova orientação de interpretar o direito a um ambiente ecologicamente equilibrado como um dos direitos fundamentais que o poder público deve garantir aos cidadãos.

É possível que se diga, porém, que as alterações legislativas supra mencionadas se limitam a um plano local, e que é, em comparação com a Constituição Chinesa e com outras leis produzidas pelo Governo central, dum nível claramente inferior. Portanto, se houver qualquer conflito entre estas legislações locais e a Constituição Chinesa, é óbvio que esta última tem a supremacia sobre aquelas.

No entanto, uma vez que as leis locais de cada província ou cidade têm uma competência directa quando se trata de assuntos ambientais dessa circunscrição, elas podem efectivamente fazer funcionar, pelo menos em certos casos, os respectivos regulamentos. A existência dessas renovações e tentativas de renovações legislativas, ainda que sejam apenas dum nível local, servem como uma boa preparação para os trabalhos do Governo central, mostrando e provando a necessidade de incluir o direito a um ambiente saudável na Constituição Chinesa com um direito fundamental dos cidadãos.

4. MEDIDAS CONCRETAS DA REALIZAÇÃO DA TUTELA CONSTITUCIONAL DO MEIO AMBIENTE NA CHINA

Uma vez explicadas as razões pelas quais se torna necessário consagrar uma tutela constitucional do direito a um ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental dos cidadãos, é preciso igualmente discutir como se concretiza esta necessidade, ou seja, de que forma deve ser recebida na Constituição Chinesa a tutela ambiental dos cidadãos?

Actualmente a Constituição da República Popular da China (RPC) é a quarta Constituição depois da fundação da RPC de 1949, tendo entrado em vigor no dia 4 de Dezembro de 1982 e já com

¹⁴ Um dos quatro municípios directamente subordinados ao Governo Central, sendo outros três: Beijing, Tianjin e Chongqing, sendo este último mais recente.

quatro revisões feitas que são as de 1988, 1993, 1999 e de 2004.

A Constituição Chinesa é dividida em quatro partes, tendo ainda um *preâmbulo* bastante descritivo onde é introduzido o percurso revolucionário da China desde 1840, ano que marcou o início quando a China se foi reduzido gradualmente a um país semicolonial e semifeudal.

No texto propriamente dito deste documento jurídico, os *princípios gerais* que orientam todo o país estão previstos no primeiro capítulo, entre o artigo 1.º e o artigo 32.º. A partir do artigo 33.º encontramos os *direitos e deveres fundamentais dos cidadãos*, onde os direitos fundamentais se encontram consagrados até ao artigo 41.º; daí para frente, até ao artigo 56.º, surgem os deveres cujo cumprimento a lei obriga aos cidadãos. O capítulo III explica, com base nos seus setenta e oito artigos (artigo 57.º até ao artigo 135.º), a *estrutura do Estado chinês*, incluindo a composição e forma de organização dos órgãos, tais como, o Congresso Nacional Popular e o Conselho de Estado, entre outros. No último capítulo, capítulo IV, são regulados os pormenores da *Bandeira Nacional, armas e capital* da China.

Há maneiras diferentes de incluir a tutela ambiental na Constituição. Esta pode fazê-lo como um dos princípios fundamentais e/ou como uma das políticas nacionais de base, o que origina apenas uma orientação básica para os trabalhos legislativos, em vez de criar um determinado direito susceptível de ser reclamado directamente com base na sua raiz constitucional. Do nosso ponto de vista, os países que prevêm a tutela ambiental no grupo dos princípios fundamentais no seu texto constitucional mostram sua atitude bastante conservadora em relação ao direito a um bom ambiente. Ou seja, perante a gravidade dos problemas ambientais e por uma questão de boa reputação política-internacional, estes países sentem-se obrigados a localizar o meio ambiente nas suas constituições, sem querer, no entanto, atribuir-lhe o valor de direito fundamental para que se possa proteger utilizando directamente o poder que a lei fundamental lhe atribui¹⁵.

Não cremos que seja este o caminho que a Constituição Chinesa deve continuar a seguir. De facto, no artigo 26.º – um dos trinta e dois artigos inseridos no primeiro capítulo intitulado *Princípios Gerais* – a Constituição Chinesa prevê que:

O Estado protege e melhora as condições de habitação, bem como o ambiente ecológico, previne e remedeia a poluição e outros perigos públicos.
O Estado organiza e incentiva o povoamento florestal e a protecção das matas e florestas.

Como tal, dependendo apenas deste artigo 26.º, dificilmente um cidadão consegue defender o seu direito a um ambiente saudável quando se trata dum direito individual e, na realidade, uma das razões pelas quais não se verificam, em tribunais chineses, casos judiciais contra danos ambientais intentados pelos particulares quando se trata dum interesse público é precisamente porque os particulares não possuem o direito a um ambiente saudável como um dos direitos fundamentais, faltando-lhes, portanto, legitimidade para tal.

15 Mesmo assim, nos últimos anos, há cada vez mais Estados que reconhecem os efeitos directos dum princípio constitucionalmente garantido quando se trata da legitimidade em processos judiciais, ao contrário do que era habitualmente feito. Por exemplo, nas Filipinas, a sua Constituição define, no n.º 16 do artigo 2.º, que o Estado deve garantir um ambiente equilibrado e saudável para os cidadãos, sendo este artigo inserido num capítulo cujo título é Declarações dos princípios fundamentais e política de base do Estado. Porém, num processo judicial onde eram autores quarenta e duas crianças – todas elas menores, tendo o processo sido intentado pelo tutor delas, António – contra a desflorestação numa zona filipina. Ora bem, uma vez que não é um direito fundamental dos cidadãos o direito a um ambiente equilibrado na Constituição deste país, mas sim, previsto como um dos princípios gerais do Estado, a regra geral era não atribuir a legitimidade àquelas crianças como autores num processo judicial. Mas, com um espírito de renovação, o Tribunal aceitou o caso, interpretando que o meio ambiente, ainda que possuísse só uma tutela jurídica na Constituição como um princípio geral do país, qualquer cidadão comum poderia fazê-lo valer na sua esfera jurídica individual (caso António Oposa V. Fulgencio).

Todavia, a disposição do artigo 26.º indica, de facto, que a protecção e promoção do ambiente é vista, na Constituição Chinesa, como uma tarefa do Estado, quer no sentido positivo, quer negativo. Tratando-se principalmente aqui duma incumbência ou fim do Estado, é este que assume a responsabilidade pela boa qualidade do ambiente. Neste campo, não se prevê um direito subjectivo ao ambiente, o mesmo é considerado como um bem jurídico colectivo. Trata-se duma das maneiras de conceder a tutela constitucional ao meio ambiente.

Porém, destinando-se a proteger determinado bem colectivo de interesse público em comum, os princípios gerais referidos na Constituição Chinesa não são suficientes para garantir os direitos fundamentais que um cidadão singular deve ter, tendo esses princípios gerais um peso constitucional inferior ao dos direitos fundamentais, previstos no capítulo II.

Uma vez que se trata de direitos fundamentais, a sua consagração vincula o poder público do Estado. Por isso, segundo a nossa análise e mesmo com base na experiência doutros Estados, é preciso acrescentar o direito a um ambiente ecologicamente equilibrado como um dos direitos fundamentais do povo chinês na parte da Constituição Chinesa onde aborda o tema de *direitos e deveres fundamentais dos cidadãos*. Assim que tal seja possível, a tutela constitucional do meio ambiente pode garantir, a qualquer cidadão particular, não só o direito objectivo a um ambiente ecologicamente equilibrado, mas também um direito subjectivamente considerado sobre a mesma matéria.

Portanto, podemos concluir que fazer uma revisão constitucional *verde* se tornou uma necessidade real no ordenamento jurídico chinês. Não só é vantajoso no sentido de poder interiorizar a ideia de desenvolvimento sustentável na lei fundamental do país, ideia que acaba por estabelecer uma ligação íntima entre a prosperidade económica e a boa saúde do ambiente da qual aquela depende, mas também ajuda a melhorar e completar todo o sistema jurídico chinês da protecção ambiental, pois, conforme as mudanças que existem em toda a parte da sociedade moderna, a reflexão jurídica exige naturalmente mudanças das leis para uma melhor adaptação a fim de se conseguir resolver novos problemas.

Uma vez ser qualificado como um dos direitos fundamentais dos cidadãos, será necessário definir em termos concretos este direito. Com efeito, todos nós devemos ter direito a um ambiente de vida seguro, saudável e ecologicamente equilibrado. Este direito compreende dois sentidos. No sentido positivo, são todos os cidadãos titulares do direito de exigir um ambiente de vida humano adequado, o que obriga ao lançamento de medidas de garantia por parte do Estado. Por outro lado, todos os cidadãos têm legitimidade para se defender perante actos ameaçadores e danificadores do ambiente, sendo um direito – no seu sentido negativo – de impedir o Estado ou os terceiros da prática de actos que causem prejuízo aos titulares do mesmo.

Normalmente a abordagem constitucional dos direitos fundamentais é efectuada em duas vertentes: Direitos, liberdades e garantias; e Direitos e deveres económicos, sociais e culturais. Em termos da organização do texto constitucional chinês, ele segue este modelo e divide igualmente os direitos fundamentais em direitos sociais, direitos económicos e direitos culturais. Somos de opinião de incluir o direito ao ambiente na parte dos direitos sociais pelas características deste bem essencial. Por isso, numa eventual revisão da Constituição Chinesa, será aconselhável aditar um artigo ao capítulo II daquela Constituição, artigo 42.º, como último artigo desta parte.

Por outro lado, somos de opinião que, sobre o meio ambiente, temos não só o direito de usufruir um ambiente saudável, exigindo os trabalhos do Estado, mas também o dever de proteger o nosso ambiente. Por conseguinte, na Constituição Chinesa, no seu capítulo II, deve acrescentar-se um novo artigo – o artigo 42.º – a prever que *todos os cidadãos têm direito a um ambiente de vida seguro, saudável e ecologicamente equilibrado e devem defender o ambiente*.

5. TUTELA AMBIENTAL NA LEI BÁSICA DA REGIÃO ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE MACAU (RAEM)

5.1. A Lei Básica da RAEM e a Constituição Chinesa

Com a Constituição dos EUA de 1787 a marcar o seu início, a história do constitucionalismo moderno passou a sua primeira fase entre os anos 80 do século XVIII e o final do século XIX, período durante o qual a Constituição Francesa¹⁶ era vista como um exemplo para muitas outras constituições. Entrando no século XX, iniciou-se outra etapa da história do constitucionalismo moderno. Neste período, um novo modelo de constituição – a constituição socialista¹⁷ – apareceu a ganhar atenção da comunidade internacional, juntamente com várias publicações de constituições das novas nações que entretanto ganharam a sua independência depois da II Guerra Mundial.

A Constituição Chinesa, como uma delas, depois dum percurso doloroso e sempre condicionado pela agitação política nacional e internacional, conseguiu manter o seu caminho de desenvolvimento gradual no sentido de se aperfeiçoar e ganhar mais maturidade com as revisões constitucionais ao longo dos anos.

A Constituição Chinesa é a lei fundamental da China, contendo os princípios gerais através dos quais são organizadas todas as actividades do país. Tendo uma força jurídica suprema, a Constituição Chinesa é a fonte das leis ordinárias nacionais. No seu artigo 31.º prevê que o Estado pode *criar regiões administrativas especiais sempre que necessário*. Os regimes a instituir nas regiões administrativas especiais deverão ser definidos por lei a decretar pela Assembleia Popular Nacional da China de acordo com as condições específicas existentes. Este artigo constitui a base legislativa para a criação da RAEM.

A expressão do princípio “*Um País, Dois Sistemas*” começou a ganhar a atenção do público no início dos anos 80 do século passado. A concretização desta ideia no caso de Macau declarou-se com a sua formalização na Lei Básica da RAEM, documento jurídico aprovado pela primeira secção da oitava Assembleia Popular Nacional da China, tendo a sua entrada de vigor no dia 20 de Dezembro de 1999, data que anunciou a posição fundamental da Lei Básica no sistema jurídico macaense¹⁸. Macau, como uma região administrativa especial da China, foi criada de acordo com as disposições do artigo 31.º da Constituição Chinesa: De harmonia com o princípio em cima referido, não se aplicam em Macau o sistema e políticas socialistas, tal como se declara expressamente no artigo 11.º da Lei Básica da RAEM:

Os sistemas e políticas aplicados na RAEM, incluindo os sistemas social e económico, o sistema de garantia dos direitos e liberdades fundamentais dos seus residentes, os sistemas executivo, legislativo e judicial, bem como as políticas com eles relacionadas, baseia-se nas disposições desta Lei (Lei Básica).¹⁹

Depois do dia 20 de Dezembro de 1999, *as leis, os decretos-leis, os regulamentos administrativos e demais actos normativos previamente vigentes em Macau mantêm-se*²⁰. Porém, os mesmos não podem contrariar a Lei Básica, sujeitando-se a emendas em conformidade com os procedimentos

16 Documento jurídico onde é citado o lema da revolução francesa *liberté, égalité, fraternité*.

17 A constituição do modelo socialista é interpretada como uma constituição que revela, já pelo próprio conteúdo deste modelo, uma posição bastante especial na família das constituições de todos os Estados. (V. PING, 1993, p.146).

18 O mesmo sucedeu com Hong Kong, no dia 1 de Julho de 1997, com a Lei Básica da Região Administrativa Especial de Hong Kong.

19 Destacado nosso.

20 Primeira parte do artigo 8.º da Lei Básica da RAEM.

legais pelo órgão legislativo ou por outros órgãos competentes de RAEM.²¹

Segundo alguns²², no contexto político e jurídico da China, a Lei Básica da RAEM tem o papel de uma Lei constitucional, fazendo inquestionavelmente parte de todo o sistema jurídico chinês. A lei constitucional é considerada como um documento jurídico de vigência nacional, que é produzida pelos órgãos superiores do Estado. Actualmente, temos por volta de trinta leis revestidas da importância de lei constitucional²³, sendo a Lei Básica da RAEM uma delas.

Com efeito, a Lei Básica da RAEM é parte inerente do sistema jurídico chinês, sendo a própria RAEM uma parte inseparável da China. Em termos hierárquicos, ela possui uma posição inferior à da Constituição Chinesa, sem poder negar que dentro da RAEM, ela é considerada como uma lei de estatuto superior a todas as outras leis ou regulamentos vigentes dentro de Macau. Para sublinhar a sua supremacia em todo o ordenamento jurídico macaense, há quem diga mesmo que a Lei Básica da RAEM é como se fosse a constituição de Macau.²⁴

5.2. Protecção do ambiente na Lei Básica da RAEM

Notando uma aproximação à Constituição Chinesa em termos da estrutura e organização do texto, a Lei Básica da RAEM é composta por dez partes: um preâmbulo e mais nove capítulos entre os quais estão logo destacados os princípios gerais no capítulo I e os direitos e deveres fundamentais dos residentes no capítulo III. A par disso, há outros três documentos anexados que fazem parte integral da Lei Básica propriamente dita²⁵.

Feita uma leitura atenta da Lei Básica da RAEM, percebemos que os legisladores da época tiveram certo cuidado em acolher o meio ambiente como um bem essencial que carece da protecção do governo de Macau. Contudo, esta preocupação pelo ambiente podia ter sido mostrada numa forma mais feliz.

Com efeito, temos basicamente apenas um artigo a regular a matéria, o artigo 119.º, determinando que o Governo da RAEM “*protege o meio ambiente, nos termos da lei*”. Este artigo não foi inserido no primeiro capítulo, dos *princípios gerais*, tal como acontece na actual Constituição Chinesa, nem no terceiro capítulo, sobre os *direitos e deveres fundamentais dos residentes*, mas sim no capítulo V (“*Economia*”), o que não deixa de despertar imensas dúvidas.

Em Macau, as possíveis poluições ambientais derivam maioritariamente das actividades revestidas de carácter económico, nomeadamente da indústria e do turismo, sem deixar de ter em consideração outra origem da poluição que é marítima e noutros recursos hidráulicos. De facto, na fase da elaboração da Lei Básica da RAEM, uma das principais preocupações da equipa era com o futuro económico da região, não tendo uma perspectiva tão optimista como hoje. Por isso mesmo, com os dezoito artigos agregados no mesmo capítulo V pretendeu-se assegurar um ambiente económico positivo para a região, mesmo depois de 1999, sendo o desenvolvimento contínuo da economia local e a prosperidade permanente dois grandes objectivos do governo de Macau. Na interpretação doutrinária de então, o meio ambiente era considerado como uma base importante para o desenvolvimento económico, concentrando-se atenção ao facto de Macau ser um local onde os recursos naturais são escassíssimos. Segundo esta lógica, sem conseguir garantir um ambiente limpo, agradável e isento

21 Segunda parte do artigo 8.º da Lei Básica da RAEM

22 Cfr. Chong (2003, p.13 e ss.).

23 A título de exemplo, a Lei do Emblema Nacional da República Popular da China, a Lei sobre as Águas Territoriais e Zonas Adjacentes, a Lei Eleitoral da Assembleia Popular da China, etc..

24 Cfr. Chong (2003, p.15).

25 São três anexos: Metodologia para a Escolha do Chefe do Executivo da RAEM; Metodologia para a Constituição da Assembleia Legislativa da RAEM; Leis Nacionais a Aplicar na RAEM.

de poluições, a economia local não terá, conseqüentemente, condições nenhuma para um desenvolvimento sustentável e estável.

Na nossa opinião, aquela posição não deixa de ser estranha e cientificamente desrazoável, ao considerar o ambiente apenas como um factor auxiliar para o desenvolvimento económico. Nos dias de hoje, todos sabemos que o meio ambiente não tem apenas uma ligação íntima com os assuntos económicos, mas também com assuntos doutras áreas, quer culturais, quer sociais, e também com direitos e deveres fundamentais dos indivíduos. O facto de o meio ambiente se encontrar regulado no capítulo onde se falam das medidas básicas para a economia mostra uma falta de consideração pelo mesmo ou, pelo menos, a insuficiência do estudo preparativo. Pois, sem garantir aos cidadãos, na lei básica da região, um verdadeiro direito para se defenderem dos danos ambientais, a protecção da esfera jurídica dos indivíduos rebaixa-se com alguma deficiência e esta deficiência salienta-se ainda mais nos dias de hoje quando a recepção do ambiente nas constituições na maioria dos Estados se destina a um desenvolvimento sustentável de toda a humanidade e não só da economia.

No entanto, poderia ainda ser possível rebater esta crítica.

Os artigos 40.º e 41.º da Lei Básica da RAEM explicam que os residentes de Macau gozam de direitos derivados, quer das *disposições aplicáveis em Macau, da Convenção Internacional sobre os Direitos Cívicos e Políticos, da Convenção Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais, quer doutros direitos e liberdades assegurados pelas leis da RAEM*, o que constitui uma forma complementar para se defender que, efectivamente na Lei Básica da RAEM é esse o artigo que pode garantir aos cidadãos de Macau o direito fundamental a um ambiente ecologicamente saudável, juntamente com as disposições jurídicas previstas no artigo 119.º da mesma lei.

Segundo esta posição, uma vez que o direito a um ambiente saudável esteja consagrado nas convenções internacionais em cima mencionadas, a referência do mesmo pela Lei Básica da RAEM – no artigo 40.º – já é suficiente para reconhecer tacitamente aquele direito a todos os cidadãos de Macau.

Além disso, na interpretação de alguns, os residentes de Macau são efectivamente titulares de uma tutela ambiental com base no artigo 41.º. Porque através da interpretação daquele fazem-se funcionar as disposições jurídicas doutras leis vigentes em Macau, dentro das quais temos a Lei de Bases do Ambiente²⁶, documento jurídico que prevê no n.º 1 do seu artigo 3.º que “*todos têm direito a um ambiente humano e ecologicamente equilibrado (...)*”.

Sobre este ponto de vista, consideramos que literalmente a lógica não estará errada, isto é, pelas ligações entre os artigos de duas leis, a conclusão poderá ser válida. No entanto, não podemos deixar de ter em consideração um facto: a Lei de Bases do Ambiente entrou em vigor no século passado, há mais de vinte e anos atrás, quando as condições e capacidades – quer legislativas, quer científicas – do Governo de Macau eram menos avançadas do que as de hoje. Aliás, nos dias de hoje, na sociedade macaense fala-se cada vez mais numa revisão profunda daquela lei, a qual já se revela insuficiente e incapaz de resolver os novos problemas ambientais. Ora bem, fazer valer um direito fundamental dos cidadãos de Macau, com base numa interpretação do artigo da lei que manda aplicar disposições doutra lei ordinária já desactualizada perante as novas realidades, não nos parece ser o caminho correcto para que tenhamos um futuro sustentável em Macau.

Razão pela qual cremos que é necessário conceder uma tutela jurídica ao meio ambiente localizando-a correctamente na Lei Básica da RAEM, com base em justificações idênticas às que referimos atrás a propósito da Constituição Chinesa.

Aliás, se tiver lugar uma revisão da Constituição Chinesa para que a tutela constitucional do meio ambiente passe a integrar igualmente o direito a um ambiente ecologicamente equilibrado – isto é, também como um verdadeiro direito fundamental – a todos os cidadãos, é naturalmente possível ou mesmo necessário fazer uma revisão do mesmo sentido à Lei Básica da RAEM.

26 Lei n.º 2/91/M, de 11 de Março.

REFERÊNCIAS

MIRANDA, Jorge. A Constituição e o Direito do Ambiente. In: *Direito do Ambiente*, Instituto Nacional de Administração, 1994.

XIA, Sun Xiao. Direito e Interesse Social: outro tipo de pensamento sobre questão de justiça na economia de mercado. In: *Doutrina Jurídica da China*, Vol. IV, 1995.

PING, Deng Xiao. *Colectânea de Teoria de Deng Xiao Ping*, Vol.II, Editora Ren Min, 1993.

CHONG, leong Wan. *Anotações à Lei Básica da RAEM*. Edição chinesa, Direcção dos Serviços de Assuntos de Justiça, 2003.

Recebido em: 05/07/2017

Aprovado em: 05/07/2017

Como citar este artigo (ABNT):

WA, Jiang Yi. Tutela jurídica do ambiente na Constituição da República Popular da China e na Lei Básica da Região Administrativa Especial de Macau. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.32, p.13-28, maio/ago. 2017. Disponível em: <<http://blog.newtonpaiva.br/direito/wp-content/uploads/2017/10/N.32-01.pdf>>. Acesso em: dia mês. ano.

THE RELATION BETWEEN THE SOCIAL PURPOSE AND THE RIGHT TO HEALTH IN THE MEDICAL-HOSPITAL CARE SECTOR

A RELAÇÃO ENTRE FUNÇÃO SOCIAL E DIREITO À SAÚDE NO SETOR DE ASSISTÊNCIA MÉDICO-HOSPITALAR

JOEDSON DE SOUZA DELGADO ¹
GABRIELLE JACOBI KOLLING ²

ABSTRACT: The social function of the medical-hospital care sector stems from questioning the effectiveness of the fundamental right to health and the practicality of business activity, as a co-responsibility for social development. In order to achieve the goal of conducting the social purpose of the company to the hospital environment, the recognition of the first to the hospital activity is essential to exercise the right to health that must be provided jointly by the State and by society. Using the hypothetic-deductive method, this article analyzes the role of the healthcare market in the provision of this service in a humane manner and in the performance of specialized management.

Keywords: Delivery of health care; social purpose; community development; right to health; humanization of assistance.

RESUMO: A função social do setor de assistência médico-hospitalar advém da problematização entre a efetividade do direito fundamental à saúde e a funcionalização da atividade empresarial, enquanto corresponsável pelo desenvolvimento social. Para atingir o objetivo de conduzir a função social da empresa ao âmbito hospitalar, parte-se do reconhecimento do outro e da atividade hospitalar como essenciais para alcançar a efetivação do direito à saúde que deve ser propiciado conjuntamente pelo Estado e pela sociedade. Utilizando-se da metodologia hipotético-dedutiva, esse artigo analisa o papel do mercado de assistência à saúde na prestação desse serviço de maneira humanizada e na realização de uma gestão especializada.

Palavras-chave: Assistência à saúde; função social; desenvolvimento da comunidade; direito à saúde; humanização da assistência.

¹ Master's candidate in Law at the University Center of Brasília (UniCEUB). Expert in Administrative Law at the Public Law Institute of Brasília (IDP). Bachelor in Administration at the University of Brasília (UnB). Bachelor in Law at University Center of the Brazilia Federal District (UDF). Public servant at the Brazilian Health Regulatory Agency (Anvisa).

² Doctoral candidate, Master and Bachelor Degree in Law by the University of Vale do Rio Sinos (Unisinos). Specialist in Health Law by the Escola de Saúde Pública of the Government of the State of Rio Grande do Sul (ESP/RS) and by Roma Tre University (Italy). Lecturer in the Master Course of Environmental Health of the University Centre of Faculdades Metropolitanas Unidas (FMU), São Paulo/SP. Member of the Red Iberoamericana de Derecho Sanitario of the Foundation Oswaldo Cruz (Fiocruz), Brasília/DF.

1. INTRODUCTION

The relation between social purpose and the right to health was born from the analysis and identification of the possibility of framing the concept of social purpose of the company to the hospital activity, in view of the fundamental right to health that must be granted jointly by the State and society. In order to achieve this initial objective, the purpose is to investigate the social purpose of the healthcare sector, such as hospitals and private healthcare establishments, while helping to achieve the right to health, through its humane management, in order to make this fundamental right effective.

Considering the social purpose of the institute as a modern concept resulting from the theory of constitutional civil law justifies the beginning of the analysis, in view of the restlessness with the effects caused by the practice of activities carried out from the individual interest. The concern with the thoughtfulness of social and individual interests deepens the research, explaining in this way the concern with social development.

Therefore, the social responsibility of the company also deserves to be highlighted, given the innumerable misunderstandings and confusions that exist between this type of institute and the practicality of the hospital activity.

It is interesting to reflect that the concern with future generations causes great commotion and deserves respect on the part of everyone, including the State, through the awareness of the actions taken in the present time and its effects.

In the historical process of the medical-hospital care sector, the gradual reduction of the public health network was combined with a rationalizing policy based on the selectivity of care, contributing directly and indirectly to the establishment and expansion of the private network.

With this, new models of management of the hospital activity arise for the concession of the provision of care services directed to the "private entities", "private non-profit organizations" governed by the private law that brings in its bosom the "public-private partnership". It is observed the imperative of effecting the fundamental right to health of the citizens, based on joint actions between State and society, including business activity, considering its importance and responsibility for the increase in community awareness.

It is important to point out that the development of a management capable of meeting the needs of the healthcare sector is based on the increase of activity, given the precariousness of the means of administration of resources, given the eminent needs of clients/patients and the constant technological development. Since it is no longer able to meet all the demands due to its need to be made effective, the State has been faced with the demands on the so-called judicialization of health, which has caused great concern, given the innumerable demands for the establishment of the right to health, for being a natural law.

It is essential to understand the paths that have been followed up to now, as well as those that still need to be addressed, sufficient to satisfy the fundamental guarantee of complete healthcare in order to think about the need to provide a joint service between State and business to achieve the guarantee of social development, when talking about the right to health. For this reason, the healthcare sector must recognize the business sector as fundamental to the establishment of the right to healthcare and thus be able to identify the reasons why the struggle for the recognition of rights has been so effective and widely spread among individuals; this recognition of the business sector and the hospital activity is what deepens the analysis when another individual is needed in order to see his or her granted right and this, in a humane and effective way, assisting in the establishment of the right to health, thus committing itself to the development of the whole.

The usefulness of the right to health is observed with caution when countered by the argument of the surplus reserve theory, usually carried out by the State, which does not require clear evidence of

the impossibility to comply with the minimum conditions to protect and provide the right to healthcare, including, in this situation judicial decisions regarding the duty of the State to enforce it.

As a general objective, to identify the comprehensiveness of the concept and application of the institute of the social purpose in the medical-hospital sector, before the conception of the right to health and its humane approach. In this case, a hypothetic-deductive analysis with bibliographical revisions about the social purpose of business is necessary to deepen the study of the theoretical reference of historical and fundamental perspectives for its development.

The text is organized, first starting with the concept of the institute of the social purpose of business. Second, the questioning of the right to healthcare as a constitutional guarantee and the necessity of its application for the social development, the management of the hospital activity and the humane effectiveness are established. Later the right to healthcare will be presented. Lastly, the aims of the social purpose of the medical-hospital care sector will be addressed.

2. THE CONCEPT OF THE INSTITUTE OF THE SOCIAL PURPOSE OF BUSINESS

The study about the social purpose of business brings innumerable questions and even some contradictions about its concept and its comprehensiveness. In this sense, it can be seen that the social responsibility of business is one of the foundations that make up the institute of the social purpose of business activity (FRANCO, 2015, p. 227).

The social purpose entered into the Brazilian legal system as essential for the development of society, aimed at quantified and qualified growth, as well as implementing the developmental aspects of relations between individuals (MAMEDE, 2016, p. 159). Thinking of the practicality of business from the social purpose brings the need of business to help social development, through the recognition of the rights of individuals and the augmentation of consumption, it is necessary to do it in a conscious and sustainable way.

The identification and effectiveness of the social purpose of business must be concerned with the community and guarantee the interest of society for the effectiveness of healthcare, even in face of a competitive market.³ It is based on an analysis of the objectives of the company, whose fulfillment requires that its economic objectives are pursued efficiently and the achievement of goals is reflected to ensure good results in the world of business

Identifying the effectiveness of the right to health, provided by the State and business, through the analysis of the management and humanization of the hospital activity, it is also essential to reach and formulate the concept of the social purpose of the medical-hospital care sector (SALU, 2013, p. 226). Humanization is seen from the identification of the other person who needs comfort and care to relief their physical and/or psychic pain and, given the importance of the business activity in society, it becomes responsible for the effectiveness of the right to health of individuals, by means of its objectives and relevance of the humane vision that it must exert.

The development of scientific research is allowed precisely due to the legal and social relevance that the practicality of the hospital activity has, hence from this it is possible to put into effect the fundamental right to health, through the fulfillment of its corporate objectives, however, it must respect social interests. The balance of these interests must be considered in order to reach a broader perspective that, from a social point of view, the situation presented surpasses the subjective interests of the individual, after all "The society demands that healthcare markets provide good quality medical care without having to wait months for this care" (FERREIRA, 2016, p. 14).

³ "Article 154. The administrator shall perform the duties that the law and the statute confer on him to achieve the ends and in the interest of the company, satisfying the requirements of the public good and the social function of the company" (BRAZIL, 1976).

According to the Natural Law point of view, the social purpose of property was identified as a means of effecting divine justice, a concept that only changed in the 19th century with the proliferation of liberal thinking, which guaranteed that the social practicality of property was a consequence of human freedom and intelligence (RAMOS; GRAMSTRUP, 2016, p. 98-99). Subsequently, putting the written laws into perspective became more relevant, resulting in the collective interests prevailing over individual interests, which ensured a greater concern with the results caused by any legal transaction carried out, thus guaranteeing their social effectiveness.

Carvalho Neto and Passareli (2016, p. 178) comment that the institute of the social purpose is a new way of observing society through practicality, which ceases to be concerned only with the individual, to prevail over collective interests and sustainable development. In general, the current problem is to protect human rights and not only justify them, precisely because of the creation of the social function as a supporter of the reduction of inequalities, thus eradicating the abuses hitherto practiced.

Bittar (2014, p. 219) affirms that the social function guarantees a greater equality in society, including the freedom of individuals, as it is an off-balance-sheet tool of private relations, thus it is necessary to protect the dignity of the human being.

The expression “social purpose” immediately refers to the notion of fraternity or solidarity, supporting the importance and recognition of the other in the construction of the person and social life. The social purpose advocates the duty to overcome individual rules over collective ones, an obligation intrinsic to every human being, so as to enable the prosperity of society (MACIEL, 2015, p. 349). Santi Romano, in 1977 was the one who truly developed the concept of social purpose making a connection from the powers, rights and duties, that before a written law, a “duty of care” was characterized, whose exercise by the individual that indicates a reaction which is not contrary to the public interest (ROMANO, 2008, p. 30).

The constitutionalization of the institute of the social purpose of business, observing it from the primitive conceptions of social purpose of property and contract, must be analyzed in the sense of the principle of free initiative, from the economically constitutional order (GÉRING, 2017, p. 62-63). In this context, Sy (2003, p. 557-560) describes the fair distribution of social benefits and healthcare burdens in the Philippines, where two opposing doctrines of welfare and free enterprise whose business sector must operate in competitive conditions with minimal government control.

The analysis of the business’ social responsibility and its practicality are of extreme importance, not only to elucidate the theme, but also to demonstrate the complementarity and esteem in taking care of the effects caused in society from the business activity.

3. THE RIGHT TO HEALTHCARE AS A CONSTITUTIONAL GUARANTEE AND THE NEED TO IMPLEMENT IT FOR SOCIAL DEVELOPMENT

Healthcare is a fundamental right granted to everyone and at the same time it must be provided not only by the State, as a benefactor of welfare, but also, and perhaps even more concretely, given by others social institutions that aid in social and human development. The right to health is a social right that refers to

[...] the value of equality among persons whose legal right, the right to life, falls within the category of fundamental rights, constitutionally protected, in a non-exhaustive way, since it accepts international treaties in which the Federative Republic of Brazil is a party, as prescribed in article 5, paragraph 2, of the Brazilian Federal Constitution (DELGADO, 2013, p. 277).⁴

4 Our translation. In the original: “[...] ao valor da igualdade entre as pessoas cujo bem jurídico, direito à vida, encontra-se situado na categoria dos direitos fundamentais, constitucionalmente tutelado, de forma não exaustiva, porquanto pode recepcionar tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte, conforme prescreve o artigo 5º, § 2º, da Constituição Federal.”

Well-founded in this understanding, Pinheiro (2016, p. 161) comments that the terminology “right to health” defined by the World Health Organization (WHO) is simplistic and inadequate, which states that it does not seem right to aim for the “health” result, or to the “healthy” state, assuring that the use of the term “right to healthcare”, which seeks to guarantee completeness, is difficult to achieve by humans in general.

When thinking about healthcare, it is necessary to understand what this term is, since it refers to a social and legal range, while it is something intimate of the individual, considering that the conception of healthcare can suffer different meanings, given the reality experienced by the community and the individual. In this way, the perception of the right to healthcare, seen by D’Ávila and Saliba (2017, p. 17), is that it bends to “... their own foundations and also their political, economic and social determinatives, which shows its interface with the search for social justice”.

For being considered recent, the right to healthcare in Brazil does not have a simple and easy history of effectiveness as a human and fundamental right, prone to the protection of the State. It is important to note that, according to Folland, Goodman and Stano (2008, p. 344), the healthcare market of “hospitals ... in the US and in many countries usually began as charities, providing assistance primarily to the poor and depending heavily on donations”.

In any case, the very conception of this Brazilian right has been built and idealized at the heart of society, until the conception of a social constitutionalism accessible to all individuals and granted by the State, as recommended in article 6 of the Brazilian Federal Constitution (DELGADO, 2013, p. 227).

Throughout the history of Brazil, healthcare has gone through different moments of conception, being treated as favor and service, until the right to health was reached. Although not necessarily in a successive way, it is important to highlight that the right to health has been debated up to now, in order to confirm its protection and the need for its effectiveness.

The current debate refers to the provision of healthcare services under the aspect of prevention and integral protection of the individual, in view of the exclusive responsibility of the State in guaranteeing its effectiveness, or it would be simultaneously the responsibility of the business sector the establishment of the rights to healthcare. In these terms, Ramos, Madureira and Sena (2016, p. 458) reinforce that the idea of health policy must have four fundamental principles: be contestable, relevant, public and regulated by the State.

In the first moment of the history, the health care provided by the State to the population was considered a favor, therefore, the citizen could not make any demands for the provision, by the State, or even, to question its applicability and extension of the service (PINHEIRO, 2001, p.128-131). After the process of democratization of the State, Brazil began to show greater concern with the workers.

In the mid 1980s, the provision of the healthcare service was a consideration resulting from a specific hiring of those who were able to afford the costs of medical treatment or to workers who contributed to social security. In any case, the health service was not considered a duty of the State or an individual right.

The State was not yet responsible for health policies, which is why it did not refer to a universal and broad service. At this time, the sheltering of sick and needy people was carried out by the “Santa Casas” (Holly Houses), that is, charitable organizations, most often funded by specific churches and social organizations for this purpose (XAVIER *et al.*, 1997, p. 27).

In the 1970s, discussions began on healthcare reform and concern for expanding healthcare, as well as promoting public policies related to the prevention and cure of diseases (PAIM, 2008, p.626-627). It was defended the globalization in regard to paying attention to healthcare and the humanization of medical assistance.

The structuring of the Unified Health System (SUS, in Portuguese) gradually occurred through various regulations and development of specific policies, starting in 1990, which indicated the process

of negotiation and agreement among the three federative branches (Executive, Legislative and Judicial), Law no. 8,080/1990 that established SUS and confirmed the fight for the globalization of the right to healthcare and the responsibility of the State in the promotion of public policies necessary for its implementation. In this same law, it was also acknowledged the expansion of the provision of health services in the private sphere, precisely with the purpose of assisting the State in the promotion, protection and recovery of health, and the free enterprise is responsible for the development of the activity.

Healthcare for the population aims at globalization and equality. Therefore, the right to health is guided by necessary principles, which together make the fundamental right and all those that result from it (RIBEIRO; MARQUES, 2013, p. 134) becoming more effective and efficient. The table below describes such essential principles for attaining healthcare in Brazil:

Principles	Definition/Characterists
Globalization	It deals with the extension of care and responsibility, by the State, of the right to healthcare, as a fundamental right, must be granted to every individual.
Completeness	It refers to the extent of care, and for this reason, the State must provide all necessary and indispensable means for the implementation of healthcare, be it at preventive or curative levels, where care must be full and effective to what is claimed.
Equality	It deals with the elimination of inequalities, referring precisely to the principle of material isonomy, treating equals equally and inequalities in proportion to their inequality.
Decentralization of healthcare service	<ul style="list-style-type: none"> – It refers to the approximation of public policies to individuals, being the approximation and local attention primordial for effective care; – Redistribution of decision-making power, resources and jurisdiction when, concurrently, they act at municipal, state and federal levels.
Community Involvement	<ul style="list-style-type: none"> – Assuming social participation in the formulation of public policies capable of realizing this right; – It occurs through health councils, health conferences and institutions that provide the community with the elements needed to expand the information and knowledge needed about health.

Source: Brito-Silva; Bezerra; Tanaka (2012).

So to speak, Gunnar (2006, p. 178-179) affirms that the right to healthcare is treated as a fundamental right because it belongs to all members of society, indiscriminately and indistinctly, and can never be shaken by any activity of the State that must offer integral and effective protection, as recognized by the Universal Declaration of Human Rights of 1948.

Thus, health is the expression of the quality of life of a population and, if it is considered as a fundamental right to every human being, it is necessary to consider good food, housing, work, leisure, land, freedom, citizenship, education, environment and access to medical-hospital care, all as unconditional factors of integral healthcare.

In order to justify the qualification of the right to healthcare as a fundamental right, it is essential to establish that its extension belongs to all members of society indistinctly. However, egalitarian and universal ideals in healthcare have their limitations as a result of public policy, in which "Public healthcare coverage has increased a lot in recent years, but access to medical care is precarious and very unequal". (BACHA; SCHWARTZMAN, 2011, p. 4).

The right to healthcare must be provided indiscriminately to all persons who need their coverage and care, which must be provided by the State. Therefore, the right to healthcare and protection

cannot be denied to those within the national territory, justifying themselves through the dignity of the human person.

Therefore, the right to health care and protection cannot be denied to those within the national territory, justifying themselves through the dignity of the human people.

However, this benefit must be observed with caution, in order to overcome the state-centeredness, although without distancing itself from its effectiveness in the healthcare field, as argued by Novato-Silva (2010, p. 196):

Centrism, presence of the past, respect, continuity and avoidance of conflict are also seen as perceived characteristics, configuring more conservative and closed institutions, typical, according to some respondents of historic and very religious cities. This reveals, in organizational terms, the tendency for an “incremental” decision-making process - which tends to repeat past decisions, making simple adjustments, which ensures the maintenance of the status quo. In the case of healthcare, this means preserving the social situation with indicators that are far from those recommended by the World Health Organization (WHO) and more resistant to change, such as the introduction and appropriate use of information management tools.⁵

In this sense, healthcare should be thought according to all the involvement it has in society, in a panoramic and at the same time concrete point of view. It is essential to say that the institutions responsible for healthcare must reformulate the performance and administration of their services, so that the individual is observed in its integrity regarding the bio-psychic-social and spiritual aspects (RÜTTEN, 2000, p.35-38). There is a need to promote new models of healthcare promotion through systems committed to defending life in an ethically responsible manner.

According to Lobato (2012, p. 27-15) it is necessary to affirm that healthcare deserves to be treated as essential, not only in its denomination or guarantee, but also in practice, effecting integral care, whether carried out by the State or by private companies, in a preventive and curative way, or even in rehabilitation.

The aim that is reached when it comes to healthcare is the integral attention to the individual who is vulnerable to its existence. Thus, life deserves to be safeguarded by providing the services in their integrality to the individual in need of attention and socially vulnerable.

4. THE RELATIONSHIP BETWEEN HOSPITAL ACTIVITY AND RECOGNITION OF THE OTHER

The individual must perceive in the other the essence of his existence as the fundamental human relation to the development of being and to define and mold his own experience, since it is the condition of existence and the very limits of freedom. Thus, the fulfillment of social cooperation for the conduct of universal fraternity – as a third-generation Fundamental Human Right – is of the utmost importance, as Borba (2012, p. 503) explains:

The passage from the concept of fraternity associated with charity - duty of one individual against another - to the conception of solidarity - duty of an individual towards all

5 Our translation. In the original: “Centrismo, presença do passado, respeito, continuidade e evitar conflito também constam como características percebidas, configurando instituições mais conservadoras e fechadas, típicas, segundo alguns respondentes, de cidades históricas e muito religiosas. Isto revela, em termos organizacionais, a tendência de um processo decisório do tipo “incremental” – que tende a repetir as decisões passadas, fazendo simples ajustes, o que assegura a manutenção do status quo. No caso da saúde, isto significa a conservação de situação social com indicadores distantes dos recomendados pela Organização Mundial de Saúde (OMS) e mais resistente às mudanças, como introdução e uso adequado de instrumentos para gestão da informação.”.

individuals - corresponded in legal terms to the understanding of society as a reference of law, no longer centered on legislators or jurists.⁶

Hospital activity demands the recognition of the patient/client as someone who is in need, not only of the products and services offered by the company, but also, often lacking in socioeconomic conditions. In turn, the fraternity has important constitutional importance and as such should be considered, not only as a value of the Democratic State of Right, but also as a legal principle that must be pursued by all its members.

The overcoming of individuality is the fundamental point in order to achieve a fraternal society instituted constitutionally, and this vision must be transferred to the business entities, considering its importance for society and its development. A different thought is posed by Silva and Andrade (2017, p. 67) who ask if the social function should be prioritized to the individual interest whose understanding is that "In principle, the answer must be negative, since the social function of business does not intend to neutralize all the consequences arising from the principle of free enterprise".

It is precisely in the construction of the recognition of the fraternity that it must be guided, in order to lead the individual to identify the necessary relationship between different people, in order to achieve justice, as set out in the introduction to the Constitution (BARCELLOS, 2002, p. 105). Acting in a fraternal way, the company begins to observe all the others involved in the business network, which it is inserted in.

By fulfilling an important global economic and political role, the business is charged with activities that take due account of social concerns (TAROZZO; GOULART, 2004, p.132-135). At this point, it also addresses environmental, ethical and economic issues related to the common welfare and the guarantee of the development of the society to which it belongs.

It is necessary that the individual put himself in the place of the other so that the moral freedom is reached. This statement of freedom is a flag of the French Revolution, being a primordial element of Kantian philosophy, especially in what concerns the moral freedom:

He explain in details the basic 'sociability' of man and listed as its elements the communicability – the need for men to communicate - and publicity, public liberty not only to think but also to publish – 'freedom of writing'; but he is unaware of both a faculty and a need for action (ARENDDT, 1993, p. 28).⁷

The analysis of the claims for justice is essential for two reasons, the redistribution and recognition in valuing the other and seeking what is just. This time, reflective recognition of the other is fundamental for the performance of the activities of hospitals and private healthcare institutions.

Thus, it is up to the medical-hospital care sector to assess the economic, political and social context that is inserted to avoid superiority in relation to the social entities that are linked to it, and should be inhibited due to effectively applied business awareness. In order to achieve the desired practicality, it is necessary that in addition to understanding the recognition of the other and the need to enforce their rights, the healthcare market has a humane management in order to achieve the stated goal.

6 Our translation. In the original: "A passagem do conceito de fraternidade associado à caridade – dever de um indivíduo frente a outro –, à concepção da solidariedade – dever de um indivíduo frente a todos os indivíduos –, correspondeu, em termos jurídicos, à compreensão da sociedade como referência do direito, não mais centrado nos legisladores ou nos juristas."

7 Our translation. In the original: "Ele esmiuçou a 'sociabilidade' básica do homem e enumerou como seus elementos a comunicabilidade – a necessidade de os homens comunicarem-se – e a publicidade, a liberdade pública não apenas para pensar, mas também para publicar – 'a liberdade de escrita'; mas ele desconhece tanto uma faculdade quanto uma necessidade para a ação."

5. MANAGEMENT OF HOSPITAL ACTIVITY AND HUMANIZATION OF THE EFFECTIVENESS OF THE RIGHT TO HEALTH

In the recent past, Brazilian hospitals were the place where people, already sick, lodged and waited for death, given the conditions of the disease that left it no prospect, not even a cure. They were also considered places of beneficence, markedly of assistance to the poor and often directed and maintained by religious institutions (OGUISSO, 2014, p. 43). Only in a second moment were the hospitals maintained by the State, that is, after the recognition of healthcare as a fundamental right of the individual.

As a fundamental part of human development, the right to healthcare has evolved in the sense that the State has been obliged to create and maintain medical assistance. By transforming the coverage of this risk into a responsibility of society, the collective and, consequently, a State obligation, a long movement of de-commodification of access to health began, despite the development of private activity in the area of healthcare that always existed (VIANA; SILVA; SCHEFFER, 2016, p. 415).

Hospitals, besides providing medical services, also cover studies, teaching and research, adding missions that go beyond the further research and cure of diseases, such as disease prophylaxis activities, health promotion and reduction of deaths, such as the creation of Brazilian Company of Hospital Services (EBSERH, in Portuguese) by the federal government through issuing Law no. 12.550/2011 (GOMES, 2016, p. 29).

It is important to point out that hospitals have specific characteristics, precisely because of the complexity of their activity, in view of being an essentially human apparatus, therefore, it must be managed properly. In addition, the costs related to medical, walk-in-clinics, clinical and surgical services, technology and equipment, personnel, among others, are extremely high (SALU, 2013, p. 41).

With regard to public health, the Brazilian constitutional arrangement brought federal centrifugal sanitation in counterpoint to constitutional federalism in a centripetal rule with new principles already described to be carried out by the Union, States, the Federal District and Municipalities. Such a model, in theory, is not bad, but in practice it has not proved to be efficient (KHAMIS; SARTORE, 2017, p. 309). Moreover, it innovated with the possibility of health being structured both by public and private entities, affirming that health is the field of economic activity free to private initiative.

The health system should have as its primary objective the care and improvement of the healthcare of the entire population, through prevention, treatment, rehabilitation and even cure promotions. According to Ramos (2016, p. 689-690), this system is afflicted by different variables, such as political, economic, cultural and social.

Given its social relevance, healthcare is a social good and therefore deserves careful consideration, especially when exposed to the laws of the market. In this particular case, the State, no longer able to meet all the needs of the community, needs the assistance of private entities to guarantee the protection and fulfillment of fundamental rights.

In turn, Martins (2001, p. 353) considers that the State has the duty to regulate the execution of these services, while the execution is granted to the private sector, aiming, in this way, greater efficiency in the provision of health services. The State to minimum conditions of maintenance in order to fulfill the constitutional provision of the right to health, but the current model allows for the possibility of companies in the private sector, assist the State that is committed to the reduction of concomitant social inequalities generation income and wealth to entrepreneurs and to society as a whole.

It should be stressed, however, that the discussion went beyond the fundamental rights array, also entering into the duties, which integrates the citizen as a fundamental part for the achievement of constitutional guarantees, before a sense of responsibility towards social problems. Marques (2001, p. 2) understands that the responsibility for the establishment of the right to healthcare is essential for the

understanding and extension of the duty of implementation, initially granted to the State.

According to the Federal Constitution, companies are granted the operation of healthcare services⁸. Strictly speaking, the State should direct its activities in social development, guaranteeing the implementation of social rights, including healthcare, and the partnership with private companies is allowed to carry out services capable of extending the coverage of such rights (VECINA NETO; MALIK, 2016, p. 103).

Efficiency in access to and provision of healthcare services is paramount in achieving social objectives, since private companies are more demanding and have a more specialized service, so that the achievement of goals is more concrete. Therefore, it is a duty of the State to promote the fundamental right to health, but it is not exclusive to it, and it is also incumbent upon society, including corporations (legal entities governed by private law), as co-responsible for the provision of private healthcare services.

6. THE SOCIAL PURPOSE OF THE MEDICAL-HOSPITAL CARE SECTOR

The social purpose of the medical-hospital care sector presented in this study comes from the implementation of the right to healthcare as a constitutional guarantee, combined with the management of hospital activity instructed by the humanization of the effectiveness of the right to health and the recognition of the other.

The combinations of these goals are capable of guaranteeing social development, as well as the increase of the hospital activity, precisely because it is able to meet the group goals without failing to comply with individual goals. It is important to point out that the identification of these elements as an attempt to practicality of the hospital activity have as a final result the guarantee of the greater good, which is social development, through means capable of fulfilling it.

The private autonomy of the contracting parties results from the freedom to contract, by identifying the social purpose that serves as a theoretical instrument for the implementation of distributive justice (ARAÚJO, 2015, p. 73). The Brazilian medical-hospital market has the majority of the population covered by healthcare insurance policies that are linked to business contracts, which depend on employment and income levels, with a predominance of collective contracts (DELGADO, 2017, p. 116-121).

There are modalities that hold a larger share of the health insurance market, such as medical cooperatives (Unimed) and medical groups (Amil, Golden Cross etc.), followed by self-management (non-profit, such as Capesp, Cassi, Petros), health insurance companies (Sulamérica, Bradesco, etc.), philanthropists (maintained by Santas Casas) and benefit administrators (such as Qualicorp, which function as “brokers” of collective insurance policy). Currently, about 80% of policies are business plans (financed by employers with or without employee participation in the financing) or membership (hired by associations, unions, etc.). (SCHEFFER; AITH, 2016, p. 364).

Humanizing health-related activities goes far beyond slowing suffering by paying more attention to the individual who needs it. In this regard, the National Humanization Policy⁹ has brought some references to the management of health work, proposing to act in two axes: transforming the way of producing and providing healthcare services (new organizational arrangements) and also changing the social relations that involve the workers and managers in their daily experience of organizing and conducting services (forms of participatory management) (VECINA NETO; MALIK, 2016, p. 73).

8 “Article 199. Health care is free to private initiative. Paragraph 1 - Private institutions may participate complementarily to the single health system, according to the its guidelines, under a public contract or agreement, giving preference to philanthropic and non-profit entities”. (BRASIL, 1988).

9 The National Humanization Policy has existed since 2003 to implement SUS principles in the daily practice of care and management, qualifying public health in Brazil and encouraging solidarity exchanges between managers, workers and users (PORTAL DA SAÚDE, 2017).

Therefore, humanizing should be instituted in the medical-hospital care sector, which should be concerned with the effects that health activity is capable of generating, going beyond those resulting from the ordinary assistance provided to the needy, but also reaching the whole society which needs its attention, so that the full implementation of the right to health is possible.

In this sense, the commercialization of healthcare provision is also an evil that must be avoided, which is why, those involved deserve respect and dignity, either at the moment of the assistance – or as a patient - or in the exercise of activities related to the healthcare professional. In the studies of Viana, Silva and Scheffer (2016, p. 415), the commodification of healthcare consists of two periods in Brazil:

In the first period, the state centralized strategic decisions, created demand and financed private services. In the current period, the private sector is more autonomous, which now has its own financing base. The state, in turn, loses the capacity to directly control the expansion of the sector.¹⁰

In view of this trajectory, it can be seen that healthcare services have now become a commodity like any other, subject to the rules of production, financing and distribution. It means, in practice, a growing capitalization of medicine, encouraged by the Brazilian State, which offered the conditions for the private investments in the healthcare sector, through the acquisition of medical-industrial services and products, the financing of investments and the contracting of services of the private network (VIANA; SILVA; SCHEFFER, 2016, p. 415).

On the other hand, the individual must act with the spirit of brotherhood, today understood as solidarity, starting to think more about the others and especially, the environment in which he lives in. In this sense, Maciel (2015, p. 344) refers to a right of the so-called third generation that allows the need for mutual and reciprocal growth and used the premise of granting diffuse and collective rights, considering their essentiality for the development of humanity.

Since this, it is inferred that healthcare continues to have the character of private property, as occurred in the pre-SUS phase, typically operating based on market rules, and may or may not provide services to the public system through contracts. It should be noted, first of all, that healthcare was not previously a condition of a fundamental right, and therefore it was not necessarily provided by the State.

The Brazilian social security-privatization model began in the 1920s, under the influence of liberal medicine, with the objective of offering medical and hospital assistance to urban and industrial workers. From the 1940s onwards, the hospital network was valued and heavily financed, influenced by the biomedical model based on the Flexner model, which until today has an impact on the care model and on the difficulty of structuring integrated models of collective healthcare (MEHRY; MALTA; SANTOS, 2004).

The flexnerian model was based on a biologic, hospital-centered, curative and medical paradigm, highlighting the worship of the disease and not health, and the illusion that technology would be the center of scientific activity and healthcare (MERHY; MALTA; SANTOS, 2004). It happens that medicine is no longer the simple clinical practice that once was based on the Flexnerian ideal, currently reproduced by the private sector in the enlargement and influx of capital, by financing health (KHUSHF, 1998). It is precisely when we talk about the new developmental model of the public healthcare sector that the enormous commodification on it is justified.

As it can be seen, broadening the range of the social purpose is paramount for the development of society, notably the implementation of fundamental rights, which need to be better safeguarded, not only by the State, but also by society as a whole. Therefore, it is important to get involved in the individual

¹⁰ Our translation. In the original: “No primeiro período, o Estado centralizava as decisões estratégicas, criava demanda e financiava os serviços privados. Já no período atual, percebe-se maior autonomia do setor privado, que passa a contar com uma base própria de financiamento. O Estado, por sua vez, perde a capacidade de controlar diretamente a expansão do setor.”

demands when the collectivity demands is not able to solve them.

In this respect, the adoption of the ethics of solidarity or social justice is fundamental to understand the new proposals made to the market, in order to fulfill the duties imposed constitutionally (STRECK; REDIN; ZITKOSKI, 2010, p. 167). The understanding of the need to balance supply and demand – justified by the growing search for healthcare, and insufficient assistance provided just by the State, and the incessant search for the right to health – should lead healthcare companies to regulate their costs and profits and only then pass on possible sums to be complied with to the client/patient.

The figure of health costs, especially when it comes to healthcare companies, deserves to be reviewed with the single aim of enabling citizens to have access to healthcare services, while observing the main objective of any business activity, which is focused in to gain profits (AVELLAR, 2015, p. 88-91). Regarding this practicality in the healthcare sector, the population itself has been demanding compliance with the practice of the activity.

In a philosophical perspective, Delgado and Ferreira Filho (2016, p. 184-188) present the dominating economic will of collective representation for political influence. In addition, it is worth mentioning the existence of profit-making companies that are, therefore, those who exploit health-related activities, which mostly perform curative and diagnostic activities, assisting the client/patient who seeks it for the purpose of profit, precisely because of its activity.

In this way, it is possible to identify the social function of the medical-hospital care sector, since, in addition to the individual interests of the owners, it is necessary to recognize the greater interest, in the social domain, about the implementation of the right to healthcare. Based on this premise, Marques and Sousa (2015, p. 279) comment that the medical-hospital assistance sector together with the State figure can assist in the implementation of the right to health guaranteed constitutionally to the individual without ceasing to fulfill its objective of making profit.

Thus, the union between corporate and social objectives is fully possible to be allied in the achievement of a society capable of asserting its constitutional rights, duties and guarantees essential for human and social development.

7. CONCLUSION

The struggle for recognition of the right to healthcare is long and arduous, especially when it comes to the right to health in view of being fundamental to human existence and preservation of life. In fact, the quest to reach this fundamental right is continuous. Every day individuals need more attention to their healthcare, since it involves not only the physical well-being but also psychic and emotional aspects.

The Brazilian State has made the right to health as important as a fundamental right, in a universal and equal way to all citizens, therefore, such federative body must guarantee the minimum conditions for the implementation of this right. Also, identifying the importance of the role of private initiative in the social context, it was granted the possibility of exploring health activity that needs to be developed so much.

Recognizing the constant need to ensure the material effectiveness of the right to health, the correlation between the practicality of hospital business activity derives from the assumption that the social purpose is captured from the increments of business activity in social and economic reality. It should be noted that capital enlargement is one of the impediments to greater effectiveness of the right to health, given that the economic obstacle is presented to society as one of the main obstacles to access health.

In this perspective, the inequalities go beyond the economic character, as they also reach the provision of health services. The “dehumanization” of the hospital activity is seen in any of the hospital environments, often due to the technological increase used by the hospitals, others due to the lack of commitment of the professional when assisting patients, or even of inefficient management.

The adoption of the ethics of solidarity or social justice in public and private institutions is essen-

tial to better exercise the healthcare assistance in the socioeconomic context and in the values involved in the construction of medical reality. In addition, an administrative and organizational ethics offers the promise of transcending government alternatives versus market alternatives.

It is essential that health services are provided in a welcoming and empathetic way, so that those who need them have the safety and peace of mind to wait for both the diagnosis and the treatment, if necessary. Therefore, the humanization of healthcare is necessary from the observation that hospital management must be attentive and understanding towards existing relationships in the provision of healthcare services for all people, regardless of age, social level, financial condition or any other another label.

The healthcare service is fundamental for human existence, which is why, the hospital manager deserves to conduct with care/attention, the structure of the medical-hospital care sector, whether in the assistance, in the relationship between people, in the stipulation of prices or the desired result. Therefore, the relationship between the fraternity and the hospital activity is fundamental to support the statement that through it, it is possible to achieve a greater effectiveness of the right to health, since the company has played such an important role in social development.

The concern with the other's image and the principle of fraternity are directly related to medical-hospital care, precisely because it is capable of increasing social interests based on the consideration of corporate and social objectives at the moment when access to their activities.

It is precisely from the thought that is directed not only to the achievement of the objectives of the company but also of the interests of the whole society that the social purpose is justified, especially when it is aimed at the implementation of the fundamental right to health. Joining the vision of entrepreneurship and the (re-) discovery of the fraternity, we can see a new paradigm of human and social development brought to the Law; the desired and deserved function to guarantee the social increase with less inequality becomes the task of all society, not only the State's.

REFERENCES

ARAÚJO, Giselle Marques de. A função social das obrigações sob o paradigma do estado democrático de direito. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n. 27, p. 68-76, sep./dec. 2015. Available in: <<http://npa.newtonpaiva.br/direito/?p=2383>>. Access in: May, 7th, 2017.

ARENDT, Hannah. *Lições sobre a Filosofia Política de Kant*. Tradução André Duarte. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1993.

AVELLAR, Cristina Monken et al. Efeitos da reestruturação pró-inovação nos custos em saúde. *Revista Pensamento Contemporâneo em Administração*, v. 9, n. 4, a. 2015. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.12712/rpca.v9i4.570>>. Acesso em: 14 mai. 2017.

BACHA, Edmar Lisboa; SCHWARTZMAN, Simon. Introdução. In: BACHA, Edmar Lisboa; SCHWARTZMAN, Simon (Org.). *Brasil: a nova agenda social*. Rio de Janeiro: LTC, 2011.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BITTAR, Eduardo C. B. *O direito na pós-modernidade*. 3. ed. modificada e atualizada. São Paulo: Atlas, 2014.

BORBA, Bruna Estima Da expropriação ao dever de solidariedade: a imposição tributária e as dimensões dos direitos fundamentais. In: BRANDÃO, Cláudio; SALDANHA, Nelson; FREITAS, Ricardo (Coord.). *História do direito e do pensamento jurídico em perspectiva*. São Paulo: Atlas, 2012.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial da União*, Brasília, 5 out.

1988. Disponível em: <<https://is.gd/Q7arPx>>. Acesso em: 12 mai. 2017.

BRASIL. Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. *Diário Oficial da União*, Brasília, 15 dez. 1976. Disponível em: <<https://is.gd/kbMCHC>>. Acesso em: 14 mai. 2017.

BRITO-SILVA, Keila; BEZERRA, Adriana Falangola Benjamin; TANAKA, Oswaldo Yoshimi. Direito à saúde e integralidade: uma discussão sobre os desafios e caminhos para sua efetivação. *Interface: Comunicação, Saúde e Educação*, vol. 16, n. 40, pp. 249-260, jan./mar 2012, Botucatu, SP. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S1414-32832012005000014>>. Acesso em: 8 mai. 2017.

CARVALHO NETO, Frederico Costa; PASSARELI, Rosana Pereira. A função social da empresa. *Revista Prisma Jurídico*, São Paulo, v. 15, n. 2, p. 175-199, jul./dez. 2016. Disponível em: <<http://www.redalyc.org/pdf/934/93449824007.pdf>>. Acesso em: 7 mai. 2017.

D'ÁVILA, Luciana Souza; SALIBA, Graciane Rafisa. A efetivação do direito à saúde e sua interface com a justiça social. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v.17, n.3, p. 15-38, nov. 2016/fev. 2017. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.11606/issn.2316-9044.v17i3p15-38>>. Acesso em: 8 mai. 2017.

DELGADO, Joedson de Souza. Plano de saúde acessível: uma proposta alternativa de cobertura assistencial. *Direitos sociais, seguridade e previdência social* [Recurso eletrônico on-line], CONPEDI/UnB (Org.). Florianópolis: CONPEDI, 2017. Available in: <<https://is.gd/ZsBWMa>>. Access in: Oct., 11th, 2017.

DELGADO, Joedson de Souza; FERREIRA FILHO, Ottoni. Risco sanitário e vontade humana: aproximações e complementaridades no estilo de vida contemporâneo. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia*, v. 26, n. 28, a. 2016. Disponível em: <<https://portalseer.ufba.br/index.php/rppgd/article/view/18278>>. Acesso em: 13 mai. 2017.

DELGADO, Joedson de Souza. O processo administrativo-sanitário como instrumento de efetividade das ações de vigilância sanitária. *Revista Tempus: Actas de Saúde Coletiva*. Brasília, n. 7.1, a. 2013, p. 225-240. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.18569/tempus.v7i1.1290>>. Acesso em: 7 mai. 2017.

FERREIRA, Roberto Martins. *Sociedade e empresa: sociologia aplicada à administração*. São Paulo: Saraiva, 2016.

FOLLAND, Sherman; GOODMAN, Allen C.; STANO, Miron. *A economia da saúde*. Tradução Cristina Bazan. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2008.

FRANCO, Vera Helena de Mello. Função social e procedimento recuperacional: a função social sob novo enfoque. *Direito & Justiça*, v. 41, n. 2, p. 225-237, jul.-dez. 2015. Available in: <<http://dx.doi.org/10.15448/1984-7718.2015.2.21436>>. Access in: May, 7th, 2017.

GÉRING, Zsuzsanna. Kevert szövegelemzési módszertan alkalmazása gazdasági és társadalmi jelenségek vizsgálatához – online csr-kommunikáció vizsgálatá tartalomelemzéssel és diskurzuselemzéssel. *Vezetéstudomány/Budapest Management Review*. Apr. 2017, vol. 48, issue 4, pp. 55-66. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.14267/VEZTUD.2017.04.08>>. Acesso em: 14 mai. 2017

GOMES, Renata Machado dos Santos. A criação da Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares (EBSERH): um estudo de caso. *Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário*, vol. 5 supl. 1:26-38, Brasília. Dez. 2016. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.17566/ciads.v5i0.278>>. Acesso em: 13 mai. 2017.

GUNNAR, William P. The Fundamental Law That Shapes the United States Health Care System: Is Universal Health Care Realistic Within the Established Paradigm? *Annals of Health Law*, vol. 15, Issue 1, p. 151-181, article 7, winter 2006. Disponível em: <<http://zip.net/bstJMs>>. Acesso em: 7 mai. 2017.

KHAMIS, Renato Braz Mehanna; SARTORI, Ivan Ricardo Garisio. O impacto do federalismo sanitário brasileiro na efetividade do direito à saúde. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 7, nº 2, 2017, p. 302-312. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.5102/rbpp.v7i2.4613>>. Acesso em: 3 out. 2017.

KHUSHF, George. A Radical Rupture in the Paradigm of Modern Medicine: Conflicts of Interest, Fiduciary Obligations, and the Scientific Ideal. *Journal of Medicine and Philosophy*. 1998, vol. 23, nº. 1, pp. 98–122.

Available in: <<https://doi.org/10.1076/jmep.23.1.98.2591>>. Access in: Sept., 29th, 2017.

LOBATO, Lenaura de Vasconcelos Costa. *Políticas Sociais e de Saúde*. Rio de Janeiro: CEBES, 2012. Disponível em: <<http://bit.ly/2qnCVgk>>. Acesso em: 9 mai. 2017.

MACIEL, José Fabio Rodrigues. Direitos Humanos. In: MACIEL, José Fabio Rodrigues (Coord.). *Formação humanística em direito*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MAMEDE, Gladston *Direito empresarial brasileiro: direito societário: sociedades simples e empresárias*, vol. 2, 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2016.

MARQUES, Meire Aparecida Furbino; SOUSA, Simone Letícia Severo e. O direito à saúde nas constituições brasileiras. In: VASCONCELOS, Antonio Gomes de; SILVEIRA, Sebastião Sérgio da; XIMENES, Julia Maurmann. *Direitos sociais e políticas públicas I*. CONPEDI/UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (Org.). Florianópolis: CONPEDI, 2015.

MARQUES, Sônia Mara. Maximizando o valor da empresa através da ética e da responsabilidade social. *Revista Brasileira de Administração*, Brasília, ano, v. 11, 2001. Disponível em: <<http://migre.me/wAOUq>>. Acesso em: 11 mai. 2017.

MARTINS, Fernando Rodrigues Princípio da justiça contratual. In: LOTUFO, Renan (Coord.). *Coleção professor Agostinho Alvim*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MERHY, E.E.; MALTA, D.C.; SANTOS, F.P. Desafios para os gestores do SUS, hoje: compreender os modelos de assistência à saúde no âmbito da reforma sanitária brasileira e a potência transformadora da gestão. In: FREESE, E. (Org.). *Municípios: a gestão da mudança em saúde*. Recife: UFPE, 2004.

NOVATO-SILVA, José Wanderley. Antropologia da informação na saúde pública: do global ao local em Minas Gerais, Brasil. *Tendências da Pesquisa Brasileira em Ciência da Informação*, Brasília, v. 3, n. 1, p. 185-200, jan./dez. 2010. Disponível em: <<http://twixar.me++/fGk>>. Acesso em: 9 mai. 2017.

OGUISSO, Taka. Os precursores da enfermagem moderna. In: OGUISSO, Taka (Org.). *Trajatória histórica da enfermagem*. Série Enfermagem. Barueri, SP: Manole, 2014.

PAIM, Jairnilson Silva. A reforma sanitária brasileira e o Sistema Único de Saúde: dialogando com hipóteses concorrentes. *Physis: Revista de Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, vol. 18, n. 4, p. 625-644, 2008. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/physis/v18n4/v18n4a03.pdf>>. Acesso em: 7 mai. 2017.

PINHEIRO, Carla. *Psicologia jurídica*. In: MACIEL, José Fabio Rodrigues (Coord.). *Coleção direito vivo*, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

PINHEIRO, Roseni. Em defesa da vida: modelo do Sistema Único de Saúde de Volta Redonda. *Physis: Revista de Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, vol. 11, n. 2, pp. 123-166, 2001. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/physis/v11n2/a07v11n2.pdf>>. Acesso em: 7 mai. 2017.

PORTAL DA SAÚDE. *Humaniza SUS: Política Nacional de Humanização*. Disponível em: <<https://is.gd/R4aZu9>>. Acesso em: 12 mai. 2017.

RAMOS, André de Carvalho; GRAMSTRUP, Erik Frederico. *Comentários à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB*. São Paulo: Saraiva, 2016.

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016.

RAMOS, Edith Maria Barbosa; MADUREIRA, Amanda Silva; SENA, Jaqueline Prazeres de. Os objetivos de desenvolvimento do milênio e o direito à saúde: uma breve reflexão. *Revista do Mestrado em Direito da Universidade Católica de Brasília*, Brasília, DF, v. 10, n. 2, pp. 450-472, Jul-Dez, 2016. Disponível em: <<https://is.gd/DmnS6l>>. Acesso em: 7 mai. 2017.

RIBEIRO, Teresa Catonho; MARQUES, Sílvia Badim. O direito à saúde do sujeito de pesquisa clínica com

novos medicamentos no Brasil. *Revista Tempus: Actas de Saúde Coletiva*, v. 7, n. 1, a. 2013. Disponível em: <<http://m3u.me/c4U>>. Acesso em: 8 mai. 2017.

ROMANO, Santi. *O ordenamento jurídico*. Tradução de Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008.

RÜTTEN ET AL. Policy, competence and participation: empirical evidence for a multilevel health promotion model. *Health Promotion International*, spring2000, vol. 15, issue 1, p. 35. Disponível em: <<https://doi.org/10.1093/heapro/15.1.35>>. Acesso em: 9 mai. 2017.

SALU, Enio Jorge. *Administração Hospitalar no Brasil*. Barueri, SP: Manole, 2013.

SCHEFFER, Mário; AITH, Fernando. O Sistema de Saúde Brasileiro. In: MARTINS, Milton de Arruda *et al.* (Ed.). *Clínica médica*, volume: atuação da clínica médica, sinais e sintomas de natureza sistêmica, medicina preventiva, saúde da mulher, envelhecimento e geriatria, medicina física e reabilitação, medicina laboratorial na prática médica. 2. ed. Barueri, SP: Manole, 2016.

SILVA, Elizabet Leal; ANDRADE, Fábio Siebeneichler. A cogestão como instrumento de concretização da função social da empresa. *Revista Jurídica Cesumar*, v. 17, n. 1, jan./abr. 2017, p. 65-80. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.17765/2176-9184.2017v17n1p65-80>>. Acesso em: 9 mai. 2017.

STRECK, Danilo R.; REDIN, Euclides; ZITKOSKI Jaime José (Orgs.). *Dicionário Paulo Freire*. 2. ed., rev. amp. 1. reimp. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2010.

SY, Peter A. Welfarism versus 'free enterprise': considerations of power and justice in the philippine health-care system. *Bioethics*, volume 17, numbers 5–6, 2003 Available in: <<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/14959725>>. Access in: Sept., 29th, 2017.

TAROZZO, Luciana Silva Andrade; GOULART, Carlos. Reflexões sobre Justiça e suas Influências na Sociedade e no Direito – A Função Social do Direito. *Revista Paradigma*, n. 17, a. 2004. Disponível em: <<https://is.gd/Nvs5Cm>>. Acesso em: 9 mai. 2017.

VECINA NETO, Gonzalo; MALIK, Ana Maria. *Gestão em saúde*. 2. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2016.

VIANA, Ana Luiza d'Ávila; SILVA, Hudson Pacífico da; SCHEFFER; Mário. Economia e Saúde. In: MARTINS, Milton de Arruda *et al.* (Ed.). *Clínica médica*, volume: atuação da clínica médica, sinais e sintomas de natureza sistêmica, medicina preventiva, saúde da mulher, envelhecimento e geriatria, medicina física e reabilitação, medicina laboratorial na prática médica. 2. ed. Barueri, SP: Manole, 2016.

XAVIER, Antonio Carlos da R. *et al.* Implantando a Gestão da Qualidade em Hospitais: A Experiência da Santa Casa de Misericórdia de Porto Alegre - RS. *Texto para discussão nº 486*. Brasília, junho de 1997. Disponível em: <<http://m3u.me/c4V>>. Acesso em: 7 mai. 2017.

Recebido em: 30/05/2017

Aprovado em: 28/09/2017

Como citar este artigo (ABNT):

DELGADO, Joedson de Souza; KOLLING, Gabrielle Jacobi. The Relation Between the Social Purpose and the Right to Health in the Medical-Hospital Care Sector. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.32, p.29-44, maio/ago. 2017. Disponível em: <<http://blog.newtonpaiva.br/direito/wp-content/uploads/2017/10/N.32-02.pdf>>. Acesso em: dia mês. ano.

JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO E UBUNTU: A UTILIZAÇÃO DE ELEMENTOS TRADICIONAIS COMO MEIO DE RECONCILIAÇÃO

TRANSITION JUSTICE AND UBUNTU: THE USE OF TRADITIONAL ELEMENTS AS A MEANS OF RECONCILIATION

WALTER GUSTAVO DA SILVA LEMOS¹

RESUMO: O presente artigo objetiva empreender uma análise dos Princípios de Chicago a partir do princípio que reza sobre a necessidade de que os Estados devem apoiar e respeitar as abordagens tradicionais, indígenas e religiosas relativas às violações passadas, a partir desta questão principiológica, objetivou-se analisar as aplicações destas abordagens já realizadas nos processos de justiça transicional. Assim, estabelece o estudo específico da experiência sul-africana e a utilização do elemento tradicional-religioso do ubuntu, filosofia que prega uma ideia ética, humanista e humanitária, de respeito e valorização dos elementos tradicionais de religiosidade comunitária e inter-relação, para o desenvolvimento de práticas públicas de fraternidade, comunhão e reconciliação, que influenciam na religião, na política e nas condutas sociais, como prática adotada para a promoção do perdão e de superação das violências e violações no regime do Apartheid. O artigo promove a análise deste princípio utilizando do método de abordagem indutivo, pelo uso do procedimento comparativo e de uma pesquisa bibliográfica, para conectar tais ideias às abordagens tradicionais destas populações, demonstrando a importância de suas interações nestes processos de transição.

Palavras-chave: Princípios de Chicago; justiça pós-conflito; abordagens tradicionais; ubuntu.

ABSTRACT: The purpose of this article is to undertake an analysis of the Chicago Principles based on the principle that states should support and respect traditional, indigenous and religious approaches to past violations, based on this principiological question, the objective was to analyze The applications of these approaches already carried out in transitional justice processes. Thus, it establishes the specific study of the South African experience and the use of the traditional-religious element of ubuntu, a philosophy that preaches an ethical, humanistic and humanitarian idea, of respect and appreciation of the traditional elements of community religiosity and interrelation, for the Development of public practices of fraternity, communion and reconciliation, which influence religion, politics and social conduct as a practice adopted for the promotion of forgiveness and overcoming of violence and violations in the Apartheid regime. The article promotes the analysis of this principle using the method of inductive approach, using the comparative procedure and a bibliographical research, to connect these ideas with the traditional approaches of these populations, demonstrating the importance of their interactions in these transition processes.

Keywords: Principles of Chicago; post-conflict justice; traditional approaches; ubuntu.

¹ Doutorando em Direito pela Universidade Estácio de Sá (UNESA/RJ). Mestre em História pela PUC/RS. Especialista em Processo Civil pela Faculdade de Rondônia (FARO) e em Penal e Processo Penal pela ULBRA. Professor da Faculdade de Rondônia (FARO) e da Faculdade Católica de Rondônia.

1. INTRODUÇÃO

Após longos períodos de violações perpetradas em guerras, guerras civis, agressões generalizadas e graves violações aos Direitos Humanos sobre uma certa parte de uma sociedade, surge a necessidade de se restabelecer a paz e a promoção de meios de reconciliação destes grupos sociais que sofreram estas violações junto àqueles que promoveram tais atos. O Estado onde estes grupos sociais se encontram deve iniciar todos os meios do restabelecimento de suas atuações democráticas, resolvendo os conflitos existentes, promovendo a punição daqueles que empreenderam agressões, entre outros atos necessários a permitir o pleno restabelecimento social no seio daquela sociedade.

Porém, muitas vezes, tais eventos decorrem da própria ação estatal, que atua diretamente na produção destas agressões ou pela sua omissão, ao não empreender condutas para impedir que outros grupos promovessem tais ofensas, mas nem isso pode ser um obstáculo à necessidade de se estabelecer meios de reconstrução da sociedade, com a adoção de medidas para resolver as fissuras existentes de forma a repará-las.

Esta perspectiva pós-conflito importa na atuação de todos os envolvidos e na necessidade da mudança como um meio de reconstrução da sociedade que passou pelo conflito, sendo necessária a adoção de uma série de ações neste sentido, como meio de superação.

A partir das condutas realizadas no pós-guerra, vários estudos foram produzidos na compreensão dos seus resultados e da necessidade de complementação destas ações com outras, para a busca de uma solução para a superação, reconstrução e reconciliação social pós-conflito, adotando-se medidas que importam na aplicação deste pensamento restaurativo. Este pensamento não foi pontual, já que foi necessária a sua utilização como meio transicional, como podemos ver nos casos da ex-Iugoslávia, da Europa Oriental, os casos do Timor-Leste, Ruanda, África do Sul, entre outros, bem como em alguns países da América Latina.

Assim, surgiu a necessidade de se promover a análise destas medidas tomadas para permitir a utilização de certas ações anteriormente adotadas em pós-conflitos posteriores, já que podem levar a reestruturação do Estado, que passa de período anti-democrático ou eventos bélicos para um período democrático, onde se busca a reconstrução da sociedade que sofreu o conflito. Estas medidas foram descritas como princípios por M. Cherif Bassiouni (2007), que apontou normativas para o estabelecimento desta justiça pós-conflito, conceito por ele descrito, a fim de apontar meios para que os sujeitos internacionais saídos deste tipo de conflito possam aplicar e encaminhar o processo de reconstrução e repactuação social.

Japiassú e Miguens (2013) descrevem que estes princípios sejam aplicados as devidas realidades locais, a partir das especificidades inerentes a cada país, em razão das suas diferenças, sendo que estes princípios de Direito Penal Internacional sejam utilizados na promoção de uma comunicação comum entre todos, mas com respeito aos contextos locais.

Assim, ao focar o estudo sobre os Princípios de Chicago, percebe-se a presença de sete princípios norteadores da atuação da justiça pós-conflito, sendo que estes vão desde aquele que descreve a necessidade de aplicação de penas para os que cometeram atos de atrocidades até as questões relativas à memória e verdade sobre os eventos enfrentados por tal grupo social, sendo tais atos necessários para a formação do amálgama de reconstrução da coletividade afetada.

Tais princípios visam a condução deste processo de justiça pós-conflito, de forma que o Estado saia da sua condição de violador dos Direitos humanos para a uma condição de Estado de Direito, com a promoção da reconciliação entre os indivíduos que fazem parte da sua sociedade, permitindo uma coalizão nacional por via do respeito a todos dentro deste processo.

Destes princípios descritos, um deles chama bastante a atenção pela necessidade de se dar voz às comunidades tradicionais, indígenas e religiosas que foram vítimas de agressões do regime

anterior e também passam por este processo transicional, sendo que Bassiouni (2007) descreve a necessidade de que “os Estados devem apoiar e respeitar as abordagens tradicionais, indígenas e religiosas relativas às violações passadas.”

Tal princípio descreve a necessidade de que os enfoques dados pelas populações locais, a partir das suas tradições, religiosidades e condições de povos originários, sejam respeitados, pois com a atenção ao pensamento descrito na cultura imaterial, como o conjunto de bens imateriais que decorrem das tradições de um povo, pode-se permitir um modo melhor de condução do processo de reconciliação e reconstrução social por estes vivenciados, já que trará para esta atuação uma abordagem reconhecida por estas populações.

Assim, o presente artigo objetiva promover a análise deste princípio que é parte dos Princípios de Chicago, utilizando o método de abordagem indutivo, pelo uso do procedimento comparativo e de uma pesquisa bibliográfica, para conectar tais ideias ao estudo da cultura imaterial destas populações e a importância de suas abordagens nestes processos de transição.

2. JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO

Bassiouni (2007) descreve a justiça pós-conflito como uma série de medidas para a promoção de processos de reconstrução e superação das violências ocorridas em Estados que se encontravam em regimes de violações de direitos humanos ou sob conflitos armados, sendo que estas medidas são importantes para o restabelecimento do Estado de Direito.

Assim, Bassiouni (2007, p.5) fala sobre este conceito como

um conceito relativamente novo cuja coerência só agora está emergindo após duas décadas de desenvolvimento teórico e prático. Os compromissos essenciais da justiça pós-conflito estão fundamentados nas promessas globais fundamentais que estabelecem o sistema moderno de direitos humanos há mais de cinquenta anos. No entanto, os processos específicos descritos pelo termo representam um desenvolvimento significativo e relativamente recente.

A ONU (2004) descreve este conceito como

um conjunto de abordagens, mecanismos (judiciais e não judiciais) e estratégias para enfrentar o legado de violência em massa do passado, para atribuir responsabilidades, para exigir a efetividade do direito à memória e à verdade, para fortalecer as instituições com valores democráticos e garantir a não repetição das atrocidades.

O ICTJ – Internacional Center for Transitional Justice (2016), uma coletividade internacional de importantes trabalhos sobre a questão da justiça transicional, na promoção de apoio às vítimas e debates internacionais de medidas a serem tomadas, descreve o tema como:

un tipo especial de justicia sino una forma de abordarla en épocas de transición desde una situación de conflicto o de represión por parte del Estado. Al tratar de conseguir la rendición de cuentas y la reparación de las víctimas, la justicia transicional proporciona a las víctimas el reconocimiento de sus derechos, fomentando la confianza ciudadana y fortaleciendo el Estado de derecho.

Assim, as medidas objetivam a superação das atrocidades cometidas e o restabelecimento do Direito para que Estado para se torne cumpridor dos preceitos do Estado de Direito, da democracia e

que reconheça os Direitos fundamentais de seus nacionais, mas esta nomenclatura não é amplamente aceita pela doutrina internacional, já que Teitel (2003) descreve estes mesmos mecanismos com o nome de Justiça de Transição, que é uma terminologia mais amplamente reconhecida nesta abordagem.

Se a nomeação do instituto encontra divergência se deve ser denominada justiça de transição ou pós-conflito, há a concordância entre todos da necessidade de se promover a construção de políticas necessárias para a promoção de ações que visem a recomposição do Estado e a sociedade a ele ligado, de forma que “lança o delicado desafio de como romper com o passado autoritário e viabilizar o ritual de passagem à ordem democrática.” (PIOVESAN, 2007, p. 113)

Assim, a Justiça de transição institui uma série de ações para a superação das agressões sofridas, por via das punições nas esferas cíveis, criminais e administrativas a qual os agressores estejam vinculados, bem como ações ligadas à sociedade e às vítimas de tais atrocidades, por via de políticas de reconhecimento e afirmação da verdade dos ocorridos e do empreendimento de medidas de superação e reconciliação.

Neste viés, Japiassú e Miguens (2013, p.24) aponta que

a justiça de transição pode oferecer instrumentos que possibilitam a emergência da descrição de um passado violento e a conseqüente punição das violações de direitos ocorridas. A partir disto, faz-se possível o estabelecimento e a consolidação de um novo governo que não repita os abusos pretéritos como resultado das revelações alcançadas.

Assim, são empreendidas iniciativas por meios de ações internacionais, regionais ou nacionais com o fito de que se restabeleça no local das agressões ou conflitos a democratização, promovendo-se políticas públicas, reformas legislativas e o funcionamento do Judiciário (ALMEIDA; TORELLY, 2010), na busca da implementação do Estado de Direito e o alcance a todos do povo desta realidade democrática.

Por estas palavras, possível é de se ver que a Justiça de Transição busca a realização do processo transicional entre o regime de violações para o regime estatal de Direitos, com a atuação do próprio estado e de outras entidades nacionais ou internacionais, podendo inclusive a ONU participar deste processo, com o intuito de se promover medidas para minimizar ao máximo os reflexos daquelas violações perpetradas para que as populações passem a conviver pacificamente com o fim dos conflitos ou violações.

O papel do próprio Estado é bastante importante neste período, quer seja a sua atuação em justiça de transição uma escolha própria, quer se dê por via de atuação em decorrência de imposição ou pressão internacional, já que os próprios elementos estatais vão passar a promover a políticas e instrumentos a serem utilizados na promoção dos atos necessários de reconstrução e superação das violações perpetradas.

Assim, necessário que o Estado estabeleça as suas atuações a partir de princípios amplamente reconhecidos para a superar os acontecimentos relacionados ao governo anterior, na busca da realização de um plano de futuro para a sua sociedade (SWENSSON JUNIOR, 2008), por via de empreendimento de medidas para conhecer as violações, pelas mais diferentes formas de abordagem, punir nas mais variadas esferas as agressões realizadas e promover uma política de reparação das vítimas e da restauração dos elementos sociais determinantes para o futuro de tal sociedade.

Neste contexto, que a Justiça pós-conflito ou de transição deve se dar, de forma que o Estado, a comunidade humana que vive sobre seu território e outros sujeitos internacionais devem promover as ações necessárias para a formação de uma consciência universal, ou valores humanitários supraestatais (BATISTA;BOITEUX;HOLANDA, 2010), que permitisse a concreta apuração, investigação e punição das mais graves violações de direitos humanos, tudo no processo de reconciliação e superação das ofensas.

3. OS PRINCÍPIOS DE CHICAGO

Vários eram os estudos realizados por várias instituições sobre a justiça transicional nos anos 1990, incluindo o Instituto Internacional de Direitos Humanos, que importaram na realização de encontros para a discussão de experiências e meios para o desenvolvimento de métodos para a implementação deste tipo de mecanismos reconciliatórios.

Então, a partir da ideia de justiça pós-conflito, Bassiouni (2007) descreve sete princípios que este unificou pelos estudos das experiências vivenciadas pelos sistemas de justiça transicional já aplicados pelos países que passaram por tal exercício reconstrutivo, portanto, baseia-se nas observações das experimentações realizadas para a descrição de conceitos aplicável no futuro.

A justiça pós-conflito, pensada por Bassiouni, com o auxílio de Daniel Rothenberg, objetiva empreender meios para essa transição, deve promover uma atuação a partir de algumas abordagens a serem aplicadas conjunta ou separadamente, de acordo com as realidades de cada situação, sendo elas:

- Persecução dos autores das graves violações aos direitos humanos e direitos humanitários;
- Buscar a verdade por meio de investigações formais;
- assegurar o reconhecimento da condição da vítima, assegurar o acesso à justiça e promover devidas reparações às vítimas;
- implementação de políticas de veto, sanções e medidas administrativas destinadas à punição dos culpados;
- Promover a preservação memória;
- Apoiar as atuações e abordagens tradicionais indígenas e religiosas que se posicionem contra as violações;
- Assegurar a base do Estado de Direito e proteção de direitos fundamentais.

Estas medidas são adotadas no sentido de compor uma teoria de métodos a serem usados para garantir a efetivação da justiça de transição, por meio da utilização de medidas penais e não-penais, a serem adotadas para a reestruturação do Estado e o estabelecimento de um Estado de Direito. (JAPIASSÚ; MIGUENS, 2013)

Assim, estas medidas devem ser implementadas pelo Estado que sai deste período de violações com o intuito de promover a reconstrução da amálgama social necessária para a sua reconstrução e desenvolvimento. Madeira, Pereira e Vale (2015, p.3-4) discorrem sobre a exata preocupação de que a justiça pós-conflito deve seguir tais ações nos mais variados campos de atuação, na busca da paz e a reconstrução dos eventos ocorridos no regime anterior, por atos jurídicos e não jurídicos como

uma forma de se restabelecer um sistema democrático de governo ou restauro da paz, com ações que não deem ênfase apenas ao passado, mas também numa perspectiva de futuro, trazendo como uma de suas premissas a possibilidade de efetivamente buscar a verdade e a consequente respostas à sociedade sofrida pelo regime de exceção, respostas essas que perpassam pela apuração ampla e responsabilização efetiva, além da possível reparação às vítimas que tenham sofrido violações em seus direitos quando da atuação do regime opressor.

Estes princípios se propõem, então, a promoção deste processo de reconstrução nacional e social pós-conflito, por via de sua aplicação como meio punitivo até para empreender as mudanças normativo-principiológicas necessárias no ordenamento jurídico deste Estado ofensor, como forma de estabelecer a reconstrução, reconciliação e redemocratização.

Estes princípios têm finalidades bem distintas, não somente com o fito punitivo-repressivo, mas com o intuito de também reparação, memorização, preservar culturas e modificar as condições descritas no Estado que possam importar na retomada ou renovação das ofensas elevadas a cabo ou

do próprio conflito.

As medidas abrangem os mais diversos universos e não são de obrigatória aplicação, sendo que os seus aplicadores devem entender, dentro do contexto nacional do conflito ou das violações perpetradas, quais serão as medidas que melhor se aplicam a realidade enfrentada, promovendo a utilização destas para o restabelecimento do Estado de Direito e de tornar o país cumpridor dos direitos humanos e humanitários internacionalmente reconhecidos.

Assim, os Estados devem ser encorajados a promover estas medidas com meio de superação do seu passado de violações, quer pelos entes internos, ou por entidades internacionais, mesmo sendo este um processo bastante complexo, multifacetado e que importa em visões interdisciplinares a serem aplicadas nas aplicações destes princípios, tudo baseado em leis descritas pelos Estados para regular estas abordagens (BASSIOUNI, 2007).

O pensamento esposado é de que estas normatizações contribuam para o desenvolvimento deste processo, gerando um plano de compreensão dos atos ocorridos e suas violações, do entendimento de como os mais variados grupos sociais dentro do Estado foram atingidos e das causas de tais atos, para o desenvolvimento de políticas e mecanismos legais e sociais que impeçam novas situações de conflitos generalizado ou de graves violações dos Direitos Humanos e Humanitários.

Disso tudo, é possível se retirar a necessidade de que os Estados que tiveram no seu passado estas situações de violações, necessitam passar por processos de justiça transicional, não somente com o objetivo de punir e promover a justiça, mas de entender os motivos que levaram a tal situação, podendo assim promover a reconciliação e a realização da paz plena na sociedade que vivenciou tais situações.

4. SEXTO PRINCÍPIO

Dentre os princípios descritos por Bassiouni (2007), sobre a questão da justiça pós-conflito está o sexto princípio, ao ocupar da necessidade de que “os estados devem apoiar e respeitar as abordagens tradicionais, indígenas e religiosas relativas às violações passadas.”

Este pensamento importa na necessidade de que, na implementação da justiça pós-conflito, não se esqueçam das populações originárias neste processo, desenvolvendo-se abordagens específicas que permitam garantir o reconhecimento dos valores tradicionais, indígenas e religiosos.

O respeito às práticas tradicionais são importante para permitir uma maior proximidade dos relatos descritos, já que possuem, como descrito por Bassiouni (2007, p.54), “altos níveis de legitimidade local e geralmente são integradas na vida diária das vítimas, suas famílias, comunidades e da sociedade em geral.”

Não há como necessariamente ligar estas práticas a procedimentos ou processos judiciais para punições, sanções e vetos, mas importam em atos úteis nos demais mecanismos de justiça transicional, permitindo que o Estado, a sociedade e as demais instituições que participam da transição tenham conhecimento das informações que estas populações possuem sobre as violações sofridas, um meio para o conhecimento da verdade e o início do processo de reconciliação.

Estas abordagens não são padronizadas, já que dependem dos elementos variáveis do contexto cultura de cada sociedade e grupo tradicional, indígena ou religioso, pois há diferenças de estrutura entre estas comunidades, desde questões relativas aos valores comunitários elementares que os une, até as próprias questões de identidade e pertencimento do grupo. Em razão destas variáveis, é necessário que as aplicações de práticas transicionais sejam conhecedoras destas peculiaridades específicas de cada grupo, a partir de seus elementos próprios de entendimento de solidariedade social, pensamentos normativos e dignidade de tal povo.

Portanto, é necessário que os atos de justiça de transição abordem estas questões tradicionais, mas sem desprezar as normas de Direitos Humanos e Humanitários durante processo, bem como

que exista uma série de normas a reger esta fase, onde se descreva o papel dos importantes atores em cena, que são os Estados, a sociedade civil, as comunidades e outras instituições, para que estes trabalhem conjuntamente de forma equilibrada na busca de resultados práticos no processo de reconciliação.

Não há como se esquecer que estas abordagens vão permitir a tais grupos os devidos acessos aos direitos inerentes ao processo transicional, mas também permitirá que estes promovam a aplicação de seus elementos peculiares de histórias, valores, costume e ideais religiosos na busca do perdão e da cura, individual ou comunitária, o que restabelece as relações entre os indivíduos que se encontravam no conflito e também com os espíritos, deuses, crenças, tradições que foram ofendidos anteriormente. (BASSIOUNI, 2007)

E neste processo de restabelecimento de ligações, estes povos tradicionais, indígenas e religiosos podem se valer de todos os meios de expressão de suas culturas imateriais para este restabelecimento, como o uso de cerimônias, rituais, orações, cânticos e danças no sentido de restabelecer este contato, como usado em uma série de experiências que implementaram este princípio, com o caso de Uganda. (ROSE;SSEKANDI, 2007)

Assim, esta abordagem deve se dar não somente pela atenção também dada a tais povos originários ou tradicionais dentro do processo de justiça transicional, mas também por permitir que estes povos possam expressar as violências e violações que sofreram, sendo que podem promover a representação destas por via de suas próprias linguagens, rituais, expressões de cultura, governabilidade e comunitariedade.

É importante que estes processos garantam a realização de práticas que sejam devidamente ajustadas às peculiaridades destas populações, bem como que as trate a partir de uma visão coletivista, não se focando somente nas violações e violências causadas aos indivíduos, mas também ao impacto ou direção destas ao grupo ou comunidade, mesmo que as ofensas se deem a direitos sociais, culturais e econômicos.

Porém, é necessário que estas populações a serem ouvidas tenham conhecimento prévio dos assuntos a serem abordados, dando seus consentimentos à sua realização, onde os atos devem se pautar no mais pleno exercício da boa-fé para com tais indivíduos destas populações. (YASHAR, 2013)

Todas estas ações devem se dar não só pensando exclusivamente na busca de testemunhos e provas para o fomento de processos punitivos e sancionatórios, e sim na promoção do reconhecimento da importância de que estes indivíduos de tais grupos fazem parte da sociedade que sofreu as violações, devendo as cerimônias e/ou outros atos sacrossantos tradicionais abordarem o conhecimento, as punições espirituais e religiosas que entendam cabíveis por vias dos seus procedimentos tradicionais e inerentes a cada cultura imaterial, mas também para o estabelecimento do pensamento da reconciliação e reparações aceitas pelas partes que se encontram em comunhão, na aplicação de uma justiça retributiva e reconciliatória (BATISTA;BOITEUX;HOLANDA, 2010).

5. UBUNTU E A EXPERIÊNCIA SUL-AFRICANA

No processo de transição sul-africana, um dos usos promovidos na Comissão da Verdade e Reconciliação, que foi chefiada pelo arcebispo Desmond Tutu, foi a realização de uma atuação pautada na prática do perdão e do conhecimento, onde o pensamento do Ubuntu foi bastante utilizado, na busca pelo entendimento dos acontecimentos e do conhecimento e do perdão como uma função reparadora para as violações, já que a palavra representa a ideia de que envolvimento solidário tradicional africano.

Assim, esta Comissão promoveu as suas atuações com o intuito de implementar a ideia da busca da verdade por trás das ofensas realizadas, não com a concepção de aplicação de penalidades e restrições àqueles ofensores, mas sim com o viés da aplicação de uma justiça

restaurativa (BATISTA;BOITEUX;HOLANDA, 2010), onde os ofendidos buscavam conhecer o ocorrido e os ofensores o perdão daqueles.

Dentro deste processo, muito importante foi a abordagem pregada pela Comissão do Ubuntu, o que permitiu a evolução da Justiça de Transição aplicada por via da superação pelo perdão, aquela ética tradicional prega o sentimento de unidade social na comunidade. Esta concepção ética sul-africana foi aplicada diretamente nos atos de conhecimento da busca da verdade pela Comissão, como descreve Batista, Boiteux e Holanda (2010, p.66) que as pessoas envolvidas realizavam seus atos

Movidos pelo espírito de *ubuntu*, os sul-africanos teriam uma alma aberta aos caminhos da transição pacífica. Cabia à comissão apoiá-los neste percurso. Afinados com esta premissa, os rituais da comissão envolviam liturgia própria, pontuada por hinos religiosos, leituras de fragmentos da Bíblia, rezas e cerimônias de iluminação de velas. Além disso, as vítimas depoentes eram assistidas, durante todo o tempo, por pessoas ligadas a igrejas. Deste modo, buscava-se criar um ambiente favorável à concessão genuína do perdão.

O Ubuntu era utilizado com abordagem tradicional e religiosa, que permitia o desenvolvimento de procedimentos próprios para a Comissão, por meio de liturgias e práticas religiosas para alcançar o conhecimento da verdade, por via dos testemunhos que eram realizados pelos acusados de violações e atos de violência, buscando o estabelecimento de discussões e das causas destas agressões, tudo em preparação para a promoção mútua do perdão entre os envolvidos.

5.1. Do Ubuntu

Um antigo pensamento ético africano, derivada das práticas dos povos zulu e xhosa, onde se exprime a ideia de correlação entre o indivíduo e a comunidade ao qual este pertence, sendo que Luz (2014) descreve como tal pensamento de “uma sociedade sustentada pelos pilares do respeito e da solidariedade faz parte da essência de Ubuntu, filosofia africana que trata da importância das alianças e do relacionamento das pessoas, umas com as outras.”

O termo Ubuntu pode ser traduzida como “eu sou porque nós somos”, na demonstração de uma consciência pessoal que é afetada quando seus semelhantes são diminuídos, oprimidos, o que impõe a ideia de que o ser humano não é uma ilha, sendo essencial da natureza humana agir com compaixão, partilha, respeito e empatia (LUZ, 2014).

A origem desta práxis é descrita por alguns como associada à África Subsaariana e às línguas bantos (grupo etnolinguístico localizado principalmente na África Subsaariana), como a ideia de prática do respeito mútuo como conduta social básica, sendo esta máxima absorvida pelos povos zulus no desenvolvimento de suas práticas religiosas e tradicionais.

Assim, o Ubuntu é um sistema de crenças africanas, que estabelece uma ética coletiva, pelo desenvolvimento de um pensamento humanista espiritual que se pauta por atitudes de altruísmo, fraternidade e colaboração entre os seres humanos, que devem se preocupar uns com os outros. Nas práticas dos povos xhosa, há uma premissa popular que descreve “Umuntu Ngumuntu Ngabantu”, que significa “uma pessoa é uma pessoa por causa das outras pessoas”, que é uma ideia que se relaciona diretamente com a ideia da filosofia Ubuntu.

Para o Ubuntu, os membros de uma comunidade devem pensar na comunidade em detrimento de suas vantagens pessoais, já que mais importante é bem-estar do grupo, pois para que “uma pessoa seja feliz será preciso que todas do grupo se sintam felizes. Estamos conectados uns com os outros e essa relação estende-se aos ancestrais e aos que ainda nascerão.” (DOMINGUES, 2015)

Este pensamento objetiva dar a noção de integração entre os povos de certas comunidades,

de forma que se estabeleça a compreensão de unidade e humanidade. Shutte (2001, p.10-11) discorre sobre isso ao dizer que

O conceito de UBUNTU tem se tornado para mim a chave para responder essas questões. A palavra UBUNTU significa humanidade. O conceito de UBUNTU encorpa um entendimento do que é ser humano e o que é necessário para que seres humanos cresçam e encontrem satisfação. É um conceito ético e expressa uma visão do que é valioso e do que vale a pena na vida.

Assim, Ubuntu parte do respeito mútuo, de forma geral e irrestrita, estando devidamente ligado ao sentimento de pertencimento da comunidade à sua terra e a sua preservação. Gera-se com isso um pensamento filosófico africano moderno de expressão viva de uma alternativa ecopolítica, partindo da vigilância ecológica, da dignidade humana e da unidade como elementos agregadores destas noções de Ubuntu. (DOMINGUES, 2015)

O Ubuntu é um pensamento holístico de reconhecimento da interconectividade e interdependência das relações humanas, a partir de diálogos inter-religiosos e tradicionais de vários povos daquela região, que vão descrever o respeito entre os indivíduos como condição para o desenvolvimento da comunidade, valorizando o consenso, mas também respeitando as particularidades e a ancestralidade dos indivíduos.

O Ubuntu se presta a promover a formação de uma filosofia, uma prática ética, humanista e humanitária, de respeito e valorização dos elementos tradicionais de religiosidade comunitária, para o desenvolvimento de práticas públicas de fraternidade, comunhão e reconciliação, que influenciam na religião, na política e nas condutas sociais.

Segundo o Arcebispo Desmond Tutu (2000, p.21-22)

Uma pessoa com Ubuntu está aberta e disponível para as outras, apoia as outras, não se sente ameaçada quando outras pessoas são capazes e boas, com base em uma autoconfiança que vem do conhecimento de que ele ou ela pertence a algo maior que é diminuído quando outras pessoas são humilhadas ou diminuídas, quando são torturadas ou oprimidas.

A partir desta ideia de abertura e disponibilidade das pessoas para com as outras se forma uma compreensão de responsabilidade coletiva a influenciar os seus praticantes no desenvolvimento das suas ações sociais.

5.2. Da importância do Ubuntu na Comissão da Verdade sul-africana

Shutte promovendo uma crítica a ampla utilização da filosofia Ubuntu como meio de incluí-la e várias discussões centradas na África do Sul, mas descreve a necessidade de que esta prática seja utilizada na compreensão da reconciliação e construção de uma nova sociedade sul-africana.

A ética, como um ramo da filosofia, é sempre crítica. Então o que estou apresentando é uma interpretação crítica de ambas as tradições, a africana e a europeia. Mas meu objetivo final é mais criativo do que crítico. Eu quero criar e aplicar uma ética de UBUNTU que seja baseada nas intuições universais genuínas dos pensamentos europeu e africano e, assim, como as próprias intuições podem ser reconciliadas, será possível reconciliar também os diferentes elementos de uma nova cultura sul-africana. (SHUTTE, 2001, p.11)

Assim, é bastante clara a importância da ideia Ubuntu para o processo pós-apartheid, pela sua utilização nos procedimentos de busca da verdade e estabelecimento da reconciliação e reparação dos

atos de violência realizados por aqueles que promoveram a política racial discriminatória naquele país.

No processo sul-africano se formou a Comissão da Verdade e Reconciliação, criada pela Lei da Promoção da Unidade e Reconciliação Nacional de 1995, que objetivava o registro dos casos de violações de Direitos humanos entre os anos de 1960 a 1994, para a promoção da reconciliação e os demais atos necessários. A Comissão era dividida em Comitê de Violação de Direitos Humanos, o Comitê de Anistia e o Comitê de Reparações e Reabilitação. (OLIVEIRA;CARMO, 2015)

Todos os comitês utilizaram o Ubuntu, importando na necessidade das comunidades onde estes estavam realizando os seus trabalhos apresentassem as suas reclamações, o que levava como que os acusados pela comunidade se apresentassem e, então, seriam ouvidos e descrevendo as suas razões das práticas realizadas, para só, então, poderem pedir perdão pelos atos cometidos, onde, caso os ofendidos aceitassem, ocorreria a anistia para aquelas acusações (ROSE;SSEKANDI, 2007). O pensamento sob o qual foi criada a Comissão era de uma Justiça restaurativa e de conciliação (BATISTA;BOITEUX;HOLANDA, 2010).

Neste sentido, Pinto (2007, p.405) descreve a ideia de que o Ubuntu foi utilizado nos procedimentos de Justiça de Transição na África do Sul, como a expressão da necessidade de se aplicar aos trabalhos realizados a compreensão do perdão, da harmonia e solidariedade com a implementação deste conceito, gerando um espírito coletivo de união e reconciliação entre todos.

Isso é corroborado por outros pensadores, que avaliaram o caso da África do Sul, onde foi descrita a nítida influência do Ubuntu no processo de reconciliação, por via da busca da verdade, da concessão do perdão e na promoção da paz e do bem-estar social a todos, como é descrito por Redonnet (2001, p.484).

Na tradição do sul-africano, a reconciliação é expressa através do ubuntu, que é um valor baseado na inquietação humanista e da partilha pela comunidade, o que orientou a Comissão da Verdade e Reconciliação, que serviu como referência para o objetivo nacional de reconstrução e reconciliação. J. Y. Mokgoro, juiz do Tribunal Constitucional da África do Sul, mostrou também que este princípio filosófico fundamental que é o ubuntu, marcou decisivamente a própria norma, já que a Constituição de 1993 trouxe a inclusão do direito aborígine ao novo quadro constitucional. Baseado na reconciliação, o ubuntu estava dentro do espírito buscado nas leis.

Assim, Pinto (2007, p.405) discorre sobre a questão da atuação daquela Comissão ao descrever como se deram os trabalhos e apontando que a noção de Ubuntu foi uma noção bastante utilizada neste processo de memorialidade e busca da verdade.

O arcebispo anglicano Desmond Tutu, um dos maiores defensores das comissões de verdade e da justiça restaurativa, ressaltou que esta visão é baseada não só em ideias cristãs de perdão para aqueles que reconhecem seus erros como também no conceito indígena africano de ubuntu. A definição de ubuntu, desenvolvida por Tutu, está ligada à busca por harmonia social.

A aplicação do Ubuntu fica nítida, já que muitos pareciam buscar saídas para a punição e da aplicação de sanções, se para os grupos ofendidos houvesse a reconciliação, já que tal prática transformava a sociedade sul-africana numa sociedade que buscava a unidade. Redonnet (2001, p.490-491) labora a questão de que a reconciliação pode parecer uma missão inacabada se não resultar de um aceite de todos, o que a aplicação desta ética tradicional pode permitir.

Em primeiro lugar, a reconciliação não parece provável que resulte, se não for aceita por todos. Alguns aspectos, algumas implicações além da compreensão são necessários. Wole Soyinka, por exemplo, está perplexo com a reconciliação baseada nos

limites extremos de memória, incluindo a remissão ele descreveu como, no caso da África do Sul, “o princípio sobre-humana e quase transcendental” (*o sobre-humana, transcendental na verdade, o princípio do perdão*). (...) a diferença de design da reconciliação expressa entre Desmond Tutu, para o qual “reconciliação marca o início de um processo de transformação”, em seguida, como Thabo Mbeki, a reconciliação é “o próximo passo depois de uma transformação total” (porque ele vai conciliar os interesses dos diferentes grupos étnico cultural).

O pensamento de Shutte (2001, p.11) bem demonstra que a função pensada pelo Ubuntu não se afasta das aplicações institucionais, mas sim devem se aplicar a tais instituições como representação dos elementos tradicionais da cultura sul-africana.

A ética, como um ramo da filosofia, é sempre crítica. Então o que estou apresentando é uma interpretação crítica de ambas as tradições, a africana e a europeia. Mas meu objetivo final é mais criativo do que crítico. (...) a ética de UBUNTU que seja baseada nas intuições universais genuínas dos pensamentos europeu e africano e, assim, como as próprias intuições podem ser reconciliadas, será possível reconciliar também os diferentes elementos de uma nova cultura sul-africana.

Por via da Comissão e da invocação dos pensamentos de Ubuntu em suas sessões, a África do Sul buscou um caminho de reconciliação por via de medidas que entendia adequadas à realidade social específica, sob uma perspectiva restaurativa e de conciliação, onde não se abriu mão da busca da verdade e do resgate da memória. (BATISTA; BOITEUX; HOLANDA, 2010)

6. A NECESSIDADE DE RESPEITO A ESTAS ABORDAGENS COMO IDEIA DE TRANSIÇÃO E RECONCILIAÇÃO

Este princípio descrito dentre os Princípios de Chicago giza respeitar as abordagens descritas tradicionalmente pelos povos durante a implementação de ações de justiça de transição a ser realizada pelo Estado violador com o intuito de criar condições para a reconciliação social e a implementação da superação.

A ideia é de que a justiça de transição objetiva a promoção da reconstrução social, para a sua redemocratização e o estabelecimento de um Estado de Direito, pela superação das violações e violências promovidas, por meio de reparações àqueles que sofreram tais ofensas e a implementação de medidas de reconciliação.

Portanto, a transição tem como intuito promover a reconciliação social, importando na superação dos fatos anteriores e o estabelecimento do Estado de Direito para todos, de forma que estas ideias se interconectam, onde é necessária uma abordagem diferente para as populações tradicionais, para que possam também passar pelos mesmos mecanismos de transição, porém com um tratamento dispare para a obtenção dos mesmos resultados, tendo em vistas as peculiaridades destas populações. (ALMEIDA; TORELLY, 2010)

Pinto (2007, p.406) deixa clara a importância destas medidas de reconciliação para o esclarecimento e a promoção da unidade social.

Na África do Sul, o Ato de Promoção da Unidade e Reconciliação Nacional, promulgado para cobrir o período de 1o de março de 1960, o mês do Massacre de Shaperville, até 5 de dezembro de 1993, estabeleceu como meta produzir a unidade e a reconciliação promovendo a investigação e o total esclarecimento das maciças violações aos direitos humanos cometidas no passado. Ele estava baseado no princípio de que reconciliação depende de perdão e que este pode ser alcançado somente se as violações aos direitos humanos forem esclarecidas. A revelação da verdade surge como o fundamento para a reconciliação.

Assim, somente a partir do pensamento de que todos são membros de uma mesma comunidade e de que os sofrimentos somente seriam vencidos com o perdão e o entendimento comunitário, é que a união da sociedade ocorreria, por alcançar a superação das agressões pelo conhecimento da verdade, não somente pela aplicação de penas, já que “enquanto os Aliados podiam fazer as malas e voltar para casa depois de Nuremberg, nós na África do Sul temos que conviver uns com os outros.” (TUTU, 2000, p. 21)

Neste mesmo sentido, Coube e Carvalho (2012, p. 64) ao abordar o tema, caminhando no mesmo sentido anteriormente descrito por Tutu, descrevem que “Mandela propõe o perdão e a superação de tudo que envolveu esse período funesto, para então, prosseguir em união entre o povo.”

Também no mesmo norte, Derrida (2005, p. 47) estabelece a análise da Comissão da Verdade e Reconciliação da África do Sul, asseverando que

Ora, uma iniciativa continua aqui, ao que eu saiba, sem exemplo similar na história da humanidade: essa constituição democrática moderna começa por um ato de arrependimento e por um apelo a uma cura de reconciliação. Por uma “palavra de reconciliação”. Vem abri-la um “nós”, apresentando-se como o sujeito de um reconhecimento da injustiça passada e do pesar necessário. Mandela lembra, portanto, as primeiríssimas palavras de constituição, o preâmbulo mesmo, que são “palavras de reconciliação”. Estas são, como em toda constituição, compromissos performativos, juramentos, atos de fé jurada, que excluem o perjúrio. O preâmbulo “reconhece as injustiças do passado” e faz apelo à “cura das divisões do passado”.

Os africanos tinham que continuar com o seu convívio, não sendo o melhor meio de superação das políticas discriminatórias a adoção de políticas eminentemente punitivas, mas sim do reconhecimento de que todos tinham de conviver, partindo da aplicação da ideia de justiça restaurativa, que se vale do diálogo entre os envolvidos no conflito, para se chegar ao consenso sobre a reparação a se dar no caso (BRANDÃO, 2010).

A percepção comunitária trazida pelo ideário Ubuntu auxiliou no convívio entre aqueles indivíduos, servindo de amalgama para a sedimentação da unidade numa sociedade que era caracterizada pela separação, já se respeitou as culturas imateriais destes povos. É possível ver a aplicação de tal percepção quando Pinto (2007, p. 4012) descreve ser “a restauração das relações quebradas, a reabilitação da vítima e do violador e a cura das feridas são as metas mais importantes.”

Em nome da convivência mútua e na reconstrução do país, assolado pela divisão causada pelo *apartheid*, a reconciliação em face das ofensas perpetradas durante o período de violações foi uma forma de superar os problemas anteriormente estabelecidos, na tentativa de unir aqueles povos por via do perdão, tendo o Ubuntu uma função importante dentro desta discussão, já que a reconciliação passava pela sua aplicação nos processos da Comissão da Verdade e Reconciliação.

Como estes povos têm culturas imateriais distintas, estes tratamentos diferenciados acabam por permitir um entendimento dos procedimentos realizados e seus objetivos, para que se obtenha os esclarecimentos necessários para a superação das ofensas. Portanto, estas abordagens diferenciadas acabam por importar na inclusão destes povos dentro do processo transicional, estabelecendo o exercício da igualdade entre os indivíduos por via destas ações diferenciadas.

7. CONCLUSÃO

Com este estudo, o papel destas abordagens diferenciadas para as populações tradicionais, indígenas e religiosas fica explanado, permitindo a integração destes povos dentro da sociedade que passa pela justiça de transição, possibilitando a realização de um conjunto de medidas para estabelecer o Estado de Direito, com a superação e reconciliação das violações ocorridas, a promoção de

uma justiça restaurativa e a promoção uma convivência democrática dentro do Estado. Pelas análises realizadas das utilizações destas abordagens dentro dos processos de reconciliação já promovidos, a experiência mais bem-sucedida da utilização de deste tipo de abordagem foi a do Ubuntu dentro do processo da Comissão da Verdade e Reconciliação da África do Sul, pelo menos com relação à aplicação de tal abordagem específica.

Com a utilização da ideia tradicional da filosofia africana do Ubuntu, foi possível a realização de um processo de transição na África do Sul por via do diálogo entre os grupos em conflito, a promoção da reconciliação e do perdão, em decorrência do espírito de união, fraternidade e humanitarismo que o Ubuntu carrega consigo, já que esta tradição holística importou na criação de um ambiente propício ao esclarecimento, à reconciliação e superação, pois somente com o reconhecimento da interconectividade e intersubjetividade entre os indivíduos foi possível gerar a ideia da formação de um ambiente profícuo à reconstrução e o restabelecimento de uma democracia e de um Estado de Direito.

A experiência sul-africana importou na implementação de uma justiça de transição não eminentemente punitiva, mas sim restaurativa, sem se olvidar da necessidade da busca da verdade e do resgate da memória, como elementos importante de direitos humanos e de reconstrução social, tendo o Ubuntu papel importante nesta transição.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Eneá de Stutz e; TORELLY, Marcelo. *Justiça de Transição, Estado de direito e Democracia Constitucional: Estudo preliminar sobre o papel dos direitos decorrentes da transição política para a efetivação do estado democrático de direito*. Volume 2. Número 2. Porto Alegre. Julho/dezembro 2010. p. 38.

BASSIOUNI, M.Cherif. *The Chicago Principles on Post Conflict Justice*. International Human Rights Law Institute, 2007.

BATISTA, Vanessa Oliveira; BOITEUX, Luciana; HOLANDA, Cristina Buarque de. Justiça de Transição e Direitos Humanos na América do Sul e na África do Sul. *Revista da OABRJ*, v. 25, n. 2, p. 55-75, 2010.

BRANDÃO, Delano Câncio. Justiça Restaurativa no Brasil: Conceito, críticas e vantagens de um modelo alternativo de resolução de conflitos. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIII, n. 77, jun. 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7946>. Acesso em: nov. 2016.

COUBE, Fabio Marchon; CARVALHO, Luiz Fernando Medeiros de. Sobre a Justiça Por Vir: Pensar para além do cálculo a partir de Jacques Derrida. *Confluências*, vol. 14, n. 2. Niterói: PPGSD-UFF, dezembro de 2012, páginas 56/67.

DERRIDA, Jacques "O perdão, a verdade, a reconciliação: qual gênero? IN.: Jacques Derrida: pensar a desconstrução / Evando Nascimento (org); São Paulo: Estação Liberdade, 2005.

DOMINGUES, Joelza Ester. "UBUNTU", O QUE A ÁFRICA TEM A NOS ENSINAR. Blog Ensinar História, 2015. Disponível em: <<http://www.ensinarhistoriajoelza.com.br/ubuntu-o-que-a-africa-tem-a-nos-ensinar/>>. Acesso em: 26 nov. 2016.

ICTJ. International Center for Transitional Justice. *Verdad e Memoria - Fortaleciendo los derechos indígenas a través de comisiones de la verdad*. 2013. Disponível em: <https://www.ictj.org/sites/default/files/ICTJ-FortaleciendoDchosIndigenas_Informe_2013.pdf>. Acesso em: 23 nov. 2016.

ICTJ. International Center for Transitional Justice. *¿ Qué es la Justicia Transicional?* 2016. Disponível em: <<https://www.ictj.org/es/que-es-la-justicia-transicional>>. Acesso em: 24 nov. 2016.

JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano; MIGUENS, Marcela Siqueira. Justiça de Transição: uma aplicação dos Princípios de Chicago à realidade brasileira. *Revista eletrônica de direito penal - AIDP GB*, ano 1, vol. 1, nº 1, junho 2013.

OLIVEIRA, Érica Patrícia Barbosa de; CARMO, Erinaldo Ferreira do. África do Sul: pós-apartheid e Comissão de Verdade e Reconciliação. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 20, n. 4215, 15 jan .2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/29685>>. Acesso em: 08 abr. 2017.

ONU, The rule of law and transitional justice in conflict and post-conflict societies. *Conselho de Segurança da ONU*, Report Secretary-General S/2004/616, 2004.

PINTO, Simone Rodrigues. Direito à memória e à verdade: comissões de verdade na América Latina. *Revista debates*, Porto Alegre, v.4, n.1, p. 128-143, jan.-jun. 2010.

PINTO, Simone Martins Rodrigues. Justiça Transicional da África do Sul: Restaurando o passado, construindo o futuro. *Contexto internacional*, Rio de Janeiro, vol. 29, nº 2, jul./dez. 2007, p. 393-421.

PIOVESAN, Flavia. Direito internacional dos direitos humanos e a lei de anistia: o caso brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da FMP*. n. 4. Porto Alegre: FMP, 2007.

REDONNET, Jean-Claude. L'idée de réconciliation dans les sociétés multiculturelles du Commonwealth: une question d'actualité? *Estudos Ingleses*, 4/2001 (Volume 54), p. 479-496. Disponível em: <<http://www.cairn.info/revue-etudes-anglaises-2001-4-page-479.htm>>. Acesso em: 20 nov. 2016.

ROSE, Cecily Rose; SSEKANDI, Francis M. A Procura da Justiça Transicional e os Valores Tradicionais Africanos: Um Choque Civilizações – O Caso de Uganda. Sur – *Revista internacional de Direitos Humanos*, nº 7, ano 4, 2007, p. 101-127.

SHUTTE, A. Ubuntu: *An ethic for a New South Africa*. Pietermaritzburg: Cluster Publications, 2001.

SWENSSON JUNIOR, Lauro Joppert. (Re) pensar o passado – Breves reflexões sobre a justiça de transição no Brasil. *Revista Brasileira de Estudos constitucionais*. Belo Horizonte: Editora Fórum, Ano 2. n.7. jul./set., 2008.

TEITEL, Ruti. *Transitional justice genealogy*. (Symposium: Human Rights in Transition) 16 In: Harvard Human Rights Journal, 2003, p.69.

TUTU, Desmond. *No future without forgiveness*. New York: First Image Press, 2000.

YASHAR, Deborah J. Derechos indígenas y comisiones de la verdad: Reflexiones para el debate. *Verdad e Memoria - Fortaleciendo los derechos indígenas a través de comisiones de la verdad*. 2013. Disponível em: <https://www.ictj.org/sites/default/files/ICTJ-FortaleciendoDchosIndigenas_Informe_2013.pdf>. Acesso em: 23 nov. 2016.

Recebido em: 04/06/2017

Aprovado em: 27/09/2017

Como citar este artigo (ABNT):

LE MOS, Walter Gustavo da Silva. Justiça de Transição e Ubuntu: A Utilização de Elementos Tradicionais Como Meio de Reconciliação. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.32, p.45-58, maio/ago. 2017. Disponível em: <<http://blog.newtonpaiva.br/direito/wp-content/uploads/2017/10/N.32-03.pdf>>. Acesso em: dia mês. ano.

A LIBERDADE ARTÍSTICA É “SAGRADA”? UMA ANÁLISE ACERCA DOS LIMITES DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO ARTÍSTICA

IS ARTISTIC FREEDOM A SACRED THING? AN ANALYSIS ON THE LIMITS OF FREEDOM OF ARTISTIC EXPRESSION

CRISTIANO PADIAL FOGAÇA PEREIRA ¹

RESUMO: Trata-se de uma análise a respeito da liberdade de expressão artística no mundo atual, percorrendo possíveis confrontos, em especial, com a religião, discurso de ódio e preconceito, bem como examinando-se a função do Estado como alocador de recursos e como regulador das manifestações culturais. Será examinada uma decisão proferida por um Magistrado da Comarca de Goiânia, Goiás, que proibiu a produção, venda e distribuição de obras de arte, por entender que feririam a fé Católica. A análise da decisão perpassará pela aplicação do princípio da proporcionalidade, na busca de uma melhor solução ao caso, de forma que verificaremos se haveria um desfecho mais adequado e que não coloque em risco a liberdade de expressão artística.

Palavras-Chave: Liberdade de expressão artística; princípio da proporcionalidade; religião.

ABSTRACT: This is an analysis about the freedom of artistic expression in today's world, covering possible confrontations, especially with religion, hate speech and prejudice. In addition, this article will examine the State function as resources allocator and as regulator of cultural manifestations. Further, this essay will analyze a judgment given in a lawsuit that prohibited the production and sale of sculptures that allegedly offended Catholic faith. The verdict's examination runs through the application of principle of proportionality, in the search for a better solution to this case, in order to verify if is there a more appropriate outcome and which do not endanger the freedom of artistic expression.

Keywords: Freedom of artistic expression; principle of proportionality; religion.

¹ Mestrando em Direito Comercial pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Especialista em Processo Civil pelo COGEAE - PUC/SP. Advogado. E-mail: cristiano@fmsassociados.com.br

1. INTRODUÇÃO

O escopo do presente artigo é realizar uma exposição acerca da liberdade de expressão artística no mundo atual, perquirindo os possíveis embates, em especial, com a religião, preconceito e discurso do ódio, e utilizando-se como vetor de análise do tema o teor de decisão judicial proferida por MM. Juiz de primeira instância da comarca de Goiânia/Goiás, a respeito da proibição de produção e venda de esculturas pela artista Ana Smile.

O primeiro ponto elementar consiste no fato de examinar se eventual limitação ao direito fundamental da liberdade artística pode ser realizada mediante ação proibitiva e preventiva do Estado, ou se somente por meio de ação judicial que persiga a condenação ao ressarcimento dos danos civis causados a eventuais ofendidos.

Independentemente do suposto abuso praticado pelo artista, será de relevo analisar se permitir a ideia de uma espécie de censura prévia, mesmo que em casos extremos, contrariaria as noções de Estado Democrático de Direito ou se seria meio legítimo à prevenção de danos.

A expressão artística compreende as artes plásticas, teatro, literatura, desenho, humor, entre outras formas de arte, o que deixa a questão, a ser examinada aqui, sobremaneira palpitante, dado os caracteres desafiador, subversivo e construtivo da arte para a sociedade. O choque entre a liberdade artística e o sentimento religioso cria, muitas vezes, uma árdua questão jurídica que deve ser resolvida à luz do direito constitucional.

Também serão estudados os papéis do Estado, como alocador de recursos e como regulador do discurso artístico.

A metodologia utilizada neste estudo partirá de uma reflexão feita a partir de artigos e obras de autores consagrados, que já trataram sobre o tema, a fim de que se possa partir ao exame da decisão judicial em si, por meio do princípio da proporcionalidade.

2. LIBERDADE DE EXPRESSÃO: BREVES CONSIDERAÇÕES

O estudo a respeito da liberdade de expressão artística não poderia ter início, sem uma breve análise da liberdade de expressão no Brasil.

Consoante assegurado pelo art. 5º., incisos IV e IX, de nossa Lei Fundamental, o conceito de liberdade de expressão consiste no direito de todo e qualquer indivíduo de manifestar seu pensamento, opinião, atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, sem censura, conforme assegurado pelo art. 5º., incisos IV e IX, da Constituição Federal. Convém transcrever:

IV: é livre a manifestação do pensamento.

IX: é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença.

Diversos países da Europa no pós-Guerra e o Brasil, no recente período pós ditadura, detalharam de forma intensa a proteção cultural da liberdade de expressão. (BARROSO, 2012, p. 03). No caso da Carta Magna brasileira, a liberdade de expressão passa a ser compreendida como um conjunto de liberdades culturais, que envolve liberdade de opinião, de imprensa, artística e científica.

Assim, nota-se que a Constituição Federal de 1988 fez abranger sob a mesma rubrica de "liberdade de expressão", diversos aspectos que compõem o espectro de abrangência da livre manifestação do pensamento, seja este cultural, acadêmico, científico ou na área da comunicação.

Antes da Constituição Federal de 1988, a liberdade de expressão no Brasil era tutelada pela chamada lei de imprensa, Lei nº. 5.250, de 9 de fevereiro de 1967, editada no auge da ditadura militar. Tal diploma legal tinha por escopo regular a liberdade de manifestação do pensamento e da informa-

ção. Essa lei impunha diversos limites e era justamente reputada como autoritária, porquanto o livre pensar restava subordinado à conveniente interpretação de um censor.

A fim de agravar ainda mais a limitação que se tinha à época da ditadura, a Constituição Federal de 1969, passou a disciplinar a liberdade de pensamento, subordinando-a à moral e aos bons costumes. Ora, não é difícil imaginar o quão subjetivo era o conceito de moral e bons costumes ao tempo dos Generais, em que o exercício da democracia do país estava seriamente comprometido.

Nos Estados Unidos da América, a Primeira Emenda à Constituição norte-americana estabeleceu que o Congresso fica proibido de editar qualquer lei no sentido de limitar a liberdade de expressão.

Para o jusfilósofo estadunidense Ronald Dworkin, o Direito é um conceito moral, baseado na interpretação dos princípios, por parte de Magistrados, que exercem o devido processo legal e promovem a integridade de seu entendimento. (DWORKIN, 2014, p. 04-06)

Para ele, a jurisprudência – da qual o Direito norte-americano decorre substancialmente, pois consuetudinário – é tecida, da mesma forma como romancistas escrevem, em conjunto, uma obra coletiva. Cada qual redige um capítulo da jurisprudência, mas mantendo uma lógica, um enredo que evolui paulatinamente.

Nesse sentido, defende o citado autor (DWORKIN, 2014, p.07-09), que os princípios constitucionais expressam considerações de justiça, equidade e moral. Assim, ele contradiz o que sustentavam os positivistas puros, porquanto entende que direito e moral são indissociáveis.

Por essa lógica, a liberdade de expressão é um direito moral abstrato, interpretado à luz da teoria da integridade do Direito. Para que, ao endossar esse entendimento, nossa opinião não soe como “moralizadora”, na acepção pejorativa do termo, importante esclarecer a relação entre Direito e Moral.

Direito e Moral podem caminhar juntos. Isso sem que se advogue pela construção do Direito apegado a costumes tradicionais de uma sociedade, tais como inclinações religiosas e dogmas conservadores, o que nos aproximaria dos conceitos autoritários de 1969. A teoria da integridade do Direito defendida por Ronald Dworkin professa que, na interpretação do Direito, os Juízes levem em consideração as circunstâncias do caso concreto, o fundamento das leis, a moral política da comunidade e as instituições jurídicas.

Assim, o autor norte-americano (DWORKIN, 2014, p.228) preconiza sobre a integridade do Direito:

Mostrarei que uma sociedade política que aceita a integridade como virtude política se transforma, desse modo, em uma forma especial de comunidade, especial num sentido de que promove sua autoridade moral para assumir e mobilizar monopólio de força coercitiva. Este não é o único argumento em favor da integridade, ou a única consequência de reconhecê-la que poderia ser valorizada pelos cidadãos. A integridade protege contra a parcialidade, a fraude ou outras formas de corrupção oficial, por exemplo.

Tal integridade deve ser buscada mediante interpretação de normas não necessariamente positivadas, como os princípios constitucionais.

Em suma, a hermenêutica das normas jurídicas deve ser realizada buscando-se os princípios que inspiraram e regem nosso ordenamento jurídico. Nesse sentido, é que a liberdade de expressão deve ser encarada.

3. LIBERDADE DE EXPRESSÃO ARTÍSTICA

Antes de tudo, importante nos socorrermos do conceito de arte.

Segundo José Afonso da Silva, a arte é, por essência, uma manifestação de vanguarda, de modo que (SILVA, 2001, p. 58), em princípio, não poderia estar subordinada a nada. A função da arte é, muitas vezes, subverter os costumes da época.

O autor destaca que, por essa razão, a Constituição Federal de 1969 deixou de tratar da liberdade de expressão artística no art. 153, § 8º, a fim de não impor limites expressos à arte. Ou seja, até mesmo a Constituição não democrática preocupou-se em não submeter a manifestação artística ao conceito retrógrado de moral e bons costumes.

No entanto, os limites eram implícitos e foram impostos, na prática, mediante censores que restringiam a veiculação de peças teatrais, filmes, músicas de protesto e livros.

Na Constituição Federal de 1988, as diferentes liberdades de expressão são tratadas conjuntamente. O art. 5º., IX, da CF, já citado, impede que haja censura contra a expressão artística.

O art. 220, da Carta Constitucional estabelece: "a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição."

Tanto é assim que a solução encontrada pela Constituição Federal, em seu art. 5º., X foi o ressarcimento ao dano moral causado, em razão da manifestação artística, que venha a ofender terceiros. Ou seja, a reparação ao dano eventualmente causado e não a censura prévia.

O art. 215, por sua vez, prevê que o Estado garantirá o exercício dos direitos culturais, o acesso às fontes de cultura nacional e incentivará a difusão das manifestações culturais.

Importante, a respeito do tema do livre exercício das manifestações artísticas, refletimos sobre o direito à prática de atividade cultural, antes mesmo de se pensar se haverá suposto abuso desse direito ou não.

O Supremo Tribunal Federal, ao examinar o Recurso Extraordinário 414.426-SC, (BRASIL, STF, 2011) interposto pela Ordem dos Músicos do Brasil - OMB, compulsou questão similar. A ação foi proposta por Associação que questionava a necessidade de músicos estarem registrados perante a OMB, para que pudessem exercer a profissão no país.

Para a relatora Ministra Ellen Gracie, a liberdade artística é quase absoluta e somente se justificará qualquer restrição, para a proteção do interesse público. A nosso ver, embora o julgado em comento tenha caminhado para uma escorreita decisão, a justificativa final ao se referir meramente a "interesse público" açambarcou um conceito amplo, fluido e abstrato, que acaba por dar um "cheque em branco" ao hermeneuta que pretenda ceifar a liberdade artística.

No caso, como não haveria esse risco de afronta ao interesse público, a Ministra relatora votou pela desnecessidade de licença de músico.

Segundo o Ministro Celso de Mello, no bojo do julgado em questão, algumas profissões não dependem de regulamentação, porquanto não expõem os destinatários de seus serviços a risco:

Não é qualquer atividade profissional que poderá ser validamente submetida a restrições impostas pelo Estado. (...) Profissões, empregos ou ofícios cujo exercício não faça instaurar situações impregnadas de potencialidade lesiva constituem atividades insuscetíveis de regulação normativa por parte do Poder Público. (grifou-se)

Ao contrário de outras profissões, como médico, dentista, engenheiro e advogado, cujo exercício é carregado de potencialidade lesiva.

Conclui o aludido Ministro:

A liberdade de expressão artística não se sujeita a controles estatais, pois o espírito humano, que há de ser permanentemente livre, não pode expor-se no processo de criação, a mecanismos burocráticos que imprimam restrições administrativas, que estabeleçam limitações ideológicas ou que imponham condicionamentos estéticos à exteriorização do sentimento.

Em outras palavras, para tocar um instrumento e realizar uma apresentação que emocione o público, o músico não precisa ser registrado na Ordem dos Músicos do Brasil. No entanto, se pretender se tornar professor de música e lecionar teoria musical, certamente necessitará de registro, dada a potencialidade lesiva: ensinar equivocadamente a um aluno.

Particularmente, concordamos com o fundamento utilizado pelo Ministro Celso de Mello.

O fato de a liberdade de expressão artística não ser tratada em dispositivo isolado na nossa Constituição não retira desta sua importância autônoma.

A consagração da liberdade artística é uma forma de se garantir o pluralismo cultural. Pluralidade, aliás, deve ser tema central de nossa sociedade, seja no que concerne à liberdade de expressão em sentido amplo, seja no que pertine à constituição de família, identidade sexual etc.

Liberdade de expressão artística envolve o livre exercício da criação, produção e divulgação de obras de arte, sem submeter-se a censura.

Deve ser respeitada, ainda, a liberdade de iniciativa econômica nos campos das artes, o que perpassa pelo mecenato, patrocínio, venda e exploração econômica das obras de arte. Mesmo porque a veiculação é o objetivo final da arte, vez que manifestação artística que não dialogue com as pessoas tem seu intuito esvaziado.

3.1 Limites à liberdade artística

Seria de se questionar se existe um direito à liberdade artística sem limites. A resposta é negativa obviamente, pois, no Direito, não há direitos absolutos.

Dimitris Christopoulos e Dimitri Dimoulis afirmam que os artistas reivindicam uma liberdade de expressão quase absoluta para sua manifestação, ou seja, uma tutela privilegiada para seu direito, se comparado com os demais direitos. Todavia, claramente não apontam para uma falta de limitação. (CHRISTOPOULOS; DIMOULIS, 2009, p.02)

Embora a Constituição Federal não permita a censura, há pleitos postulados por quem defende que pessoas ofendidas por manifestações artísticas, poderiam requerer a proibição de sua veiculação e não somente a reparação por danos morais.

A nosso sentir, esses pleitos afiguram-se bastante temerários, pois assim agindo o Estado poderia caminhar para a formação de jurisprudência, que provavelmente acabaria por aniquilar os ideais democráticos.

Não é possível impedir a veiculação artística, sem se recair em censura. Sendo certo que a arte, como destacado acima por José Afonso da Silva, é um instrumento hábil a subverter os costumes da época, não se vislumbra legítimo ceifar esse instrumento via censura.

Por essa razão, os artistas, como cunhado por Dimitris Christopoulos e Dimitri Dimoulis, gozam de um direito de liberdade de expressão aparentemente mais amplo que os demais, dada a essência da arte, mas não se trata de direito absoluto.

Importante asseverar, portanto, que há limites ao direito de liberdade de expressão artística. Todavia, em vista do sistema de nossa Constituição Federal, as consequências para o suposto abuso seriam aplicadas *a posteriori*, mediante condenação à reparação por perdas e danos.

A aplicação de limites depende da análise de duas teorias, a saber, a teoria externa e a interna.

A teoria externa é aquela segundo a qual, os limites aos direitos fundamentais não estão expressos no texto constitucional, nem mesmo em normas infraconstitucionais. Assim, quando os direitos fundamentais entrarem em colisão, deve-se aplicar o princípio da proporcionalidade, considerando que cada direito fundamental emana de um princípio, o qual consiste em um mandamento de otimização.

O princípio da proporcionalidade surgiu com muita força nos julgados do Tribunal Constitucional Alemão e foi desenvolvido por diversos autores, dentre eles, Robert Alexy.

O jurista alemão assim preconiza (ALEXY, 2012, p 117):

Princípios são mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas e fáticas. A máxima da proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, a exigência de sopesamento, decorre da relativização em face das possibilidades jurídicas. Quando uma norma de direito fundamental com caráter de princípio colide com um princípio antagônico, a possibilidade jurídica para a realização dessa norma depende do princípio antagônico. Para se chegar a uma decisão é necessário um sopesamento nos termos da lei de colisão. Visto que a aplicação de princípios válidos- caso sejam aplicáveis- é obrigatória, e visto que para essa aplicação, nos casos de colisão, é necessário um sopesamento, o caráter principiológico das normas de direito fundamental implica a necessidade de um sopesamento quando elas colidem com princípios antagônicos, isso significa, por sua vez, que a máxima da proporcionalidade é dedutível do caráter principiológico das normas de direito fundamental.

Assim, de acordo com doutrina cunhada pelo citado autor alemão (ALEXY, 2012, p. 586), princípios são mandamentos de otimização, eis que “*são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes*”. Por outro lado, regras são de aplicação absoluta, já que ou se enquadram ao caso concreto ou não.

A teoria externa, portanto, prega que, na hipótese de colisão entre direitos fundamentais, representados por princípios, como o direito à liberdade, direito à vida, direito à dignidade da pessoa humana, direito à privacidade, estes sejam submetidos às três subcritérios da proporcionalidade, quais sejam, adequação, necessidade e ponderação. Ao final, o hermeneuta poderá concluir qual direito fundamental deve prevalecer.

Sobre a adequação e a necessidade, Robert Alexy (2012, p.588-590) leciona que esses critérios da adequação e da necessidade expressam a exigência, contida na própria definição de princípio, de uma máxima realização em relação às potencialidades fáticas. Significa dizer que, com o quesito da adequação busca-se excluir meios inadequados e, com o da necessidade escolhe-se o meio menos gravoso aos demais princípios envolvidos.

Por outro lado, o critério de sopesamento ou ponderação assim é definido por: “Quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro”. (ALEXY, 2012, p. 593)

Por outro lado, a chamada teoria interna é aquela segundo a qual a liberdade individual é ordenada e conformada com outros direitos fundamentais. Assim, analisando à luz da Constituição, os limites não seriam externos, mas sim fronteiras próprias de cada direito, de forma que existiriam delimitações dentro do direito fundamental, a dividir o alcance de cada norma.

Interpretamos que a ideia central da teoria interna seria representada pela imagem de um painel em mosaico, no qual cada peça é uma norma, de modo que seus limites estão previamente estabelecidos. Isto é, haveria fronteiras visíveis entre os direitos.

A teoria interna não permite a concepção de limitações externas, bem como a colisões entre os direitos (PULIDO, 2008, p. 44). Segundo Carlos Bernal Pulido, há várias teorias internas, sendo que a proposta por Jürgen Habermas, se destacaria, inclusive como crítica à fórmula de pesos proposta por Robert Alexy. Na lógica da teoria interna os limites são chamados de limites imanentes, ou seja, fronteiras que fixam os contornos do âmbito de proteção constitucional do direito fundamental.

Segundo a teoria interna, portanto, não seria necessário ponderar-se os bens jurídicos envolvidos em determinado confronto de interesses, pois cada qual já teria, previamente, seus limites demarcados, que dariam a pronta solução ao caso concreto.

Para se compreender melhor, a distinção que ambas as teorias proporcionam, importante mirar um caso hipotético. O exemplo extremo seria a situação pela qual um ator de uma peça teatral

é obrigado pelo *script* a ser crucificado em cena, durante 30 minutos, correndo o risco de agonizar e, até, de morrer asfixiado.

Analisando-se o caso pela teoria externa, percebe-se que existem direitos fundamentais em rota de colisão: a liberdade de manifestação artística, a apoiar o produtor e o diretor da peça; e o direito à vida, à integridade física e à dignidade da pessoa humana, a ampararem o ator que seria pregado à cruz.

Realizando-se a ponderação dos valores em jogo, por meio do princípio da proporcionalidade, com toda a cautela que a questão requer, chegar-se-ia à conclusão de que os direitos fundamentais que socorrem o ator devem prevalecer em detrimento do direito à liberdade artística do autor ou diretor da obra teatral. Mesmo que o ator a ser crucificado, concordasse e renunciasse a seu direito à vida, à integridade e à dignidade, haveria que se questionar a respeito do direito à liberdade religiosa e à dignidade da plateia, que poderia incomodar-se com a crucificação e com a agonia do ator, bem como acerca da prática de crime, como a tortura, por exemplo, caso a crucificação fosse involuntária.

Examinando-se a mesma questão, sob a teoria interna, a decisão exigiria um ônus argumentativo muito menor, uma vez que, diriam os adeptos dessa corrente, que o direito à liberdade de expressão artística já possui limites imanentes, que impedem que se arrisque a vida de alguém em cena. "Arte não pode atentar contra a vida", diriam em uma única frase sintética possivelmente.

Como se infere dos parágrafos acima, pode-se atingir conclusões idênticas lançando-se mão das duas teorias distintas, mas o ônus argumentativo empregado será sempre muito diverso.

Filiamo-nos, portanto, à teoria externa, haja vista que a colisão de direitos fundamentais deve ser resolvida mediante ponderação e não por meio de limites supostamente pré-existentes aos próprios direitos. Até porque a criação de limites imanentes pode levar a uma incorreta hierarquização *a priori* de direitos fundamentais (como: vida em primeiro lugar, liberdade em segundo etc.) ou à análise de que os limites podem ser, em certos casos, obscuros.

Não se olvide, porém que os limites à liberdade artística serão sempre aplicados *a posteriori*, sem censura, assim como, de que não existem direitos fundamentais absolutos ou previamente mais relevantes que outros.

Uma liberdade absoluta aproximaria o indivíduo do anarquismo, que seria o extremo oposto ao autoritarismo ou à falta total de liberdade. Assim preconiza Norberto Bobbio (BOBBIO, 1992, p.22-27):

O termo anarquismo, ao qual frequentemente é associado ao de anarquia, tem origem precisa do grego *anarcia*, sem governo. (...)

O anseio pela liberdade absoluta é próprio de todas as épocas históricas.

(...) As concepções libertárias só tiveram desfecho irrevogável no mundo político no século XVIII, como primeira forma de reação e união simultânea em relação ao racionalismo iluminista, provocando e aprofundando a discussão sobre o conceito de autoridade.

3.2. Discurso do ódio

O discurso do ódio, expressão decorrente da doutrina norte-americana (*hate speech*), consiste na utilização da liberdade de expressão para inferiorizar ou humilhar determinado grupo de pessoas, já estigmatizado em razão de sua origem social, orientação sexual, cor da pele, crença etc.

Tal manifestação de vontade, eivada de ódio, não contribui com a formação coletiva do pensamento humano, uma vez que não avança questões a serem debatidas, além do que somente faz agravar o preconceito já existente contra algumas pessoas ou grupos.

Infelizmente, há na história recente, vários exemplos de *hate speech*, perpetrados cruelmente pelos seres humanos, tais como manifestações promovidas pela Klu Klux Klan no sul dos Estados Unidos da América, entre 1870 a 1960, ou seja, desde a fase de reconstrução daquele país, pós-guer-

ra civil, até a luta pelos direitos civis dos negros.

A forma de atuar da Ku Klux Klan consistia em intimidar os negros, impondo uma cultura do medo, chegando em alguns casos a utilizar bombas em escolas de crianças negras e outros atentados graves.

Pela via da intimidação, os integrantes desse grupo costumavam marchar com suas roupas brancas, com capuz cobrindo os rostos, ostentando tochas acesas. Muitas vezes, eles cravavam uma cruz de madeira no solo para colocá-la em chamas, como símbolo da “ideologia” daquela espécie de seita, que representavam. Uma manifestação dessa espécie feita em uma praça de um bairro de maioria sabidamente afrodescendente configuraria discurso do ódio, mesmo que não houvesse derramamento de sangue ou ameaça expressa.

A mensagem transmitida pelo grupo era clara: “cuidado, negros, estamos bem próximos de vocês”. Saliente-se que há relatos (de acordo com Daniel Sarmiento) de cruzes em chamas instaladas no quintal da casa de famílias afrodescendentes, com o evidente intuito de intimidar ou assustar aquelas pessoas, cujos direitos civis ainda sequer eram garantidos. Ou seja, essas manifestações configuram, sob nossa visão, discurso do ódio. (SARMENTO, 2006, p. 215)

Importante examinarmos doravante o discurso do ódio e a arte. Os liberalistas defendem que essas manifestações agressivas, em verdade, poderiam propiciar o debate de ideias, de forma que as pessoas ofendidas poderiam, mediante exposição de todos os lados da questão, demonstrar as falhas de argumentação de quem criou e divulgou determinada obra de arte.

O liberalismo clássico foi defendido por John Stuart Mill, filósofo britânico do século XIX (MILL, 2000, p. 35 e 78), segundo o qual, sendo certo que o conhecimento humano é construído coletivamente, não se poderia calar nenhuma parte envolvida no debate de ideias, de sorte que se determinada ideia for mal fundamentada ou inverídica, somente por meio do debate, que esta será infirmada e desvelada.

Para Owen Fiss, jurista norte-americano (FISS, 2005, p. 40 e 46), no entanto, o discurso do ódio provoca o *efeito silenciador do discurso* do grupo afetado, em vista da diminuição de autoestima e da afronta à imagem deste na sociedade – já estigmatizada, o qual acaba por não conseguir ser ouvido ou, até mesmo, não conseguir mais reagir, debatendo. Para o autor, o Estado não deve proibir o discurso de ódio, mas deve promover meios para que o grupo afetado manifeste-se com robustez.

Tendemos a compreender a questão, filiando-nos à opinião de Owen Fiss, isto é, no sentido de que em nada contribui ao salutar debate de ideias, a manifestação de ódio, pura e simples, a qual somente irá provocar ainda mais ódio, discriminação e estigmatização.

Todavia, sendo certo que a Constituição Federal de 1988 e nosso ordenamento jurídico optaram pelo modelo da posterior indenização e pela eventual responsabilização criminal do artista, e não pela censura, não é de se aceitar a atuação do Estado na hipótese de discurso do ódio na arte, na direção de proibir sua veiculação. A vedação de sua exposição seria censura.

A regulação do Estado, neste caso, deve ser no intuito de dar espaço aos grupos que se sentiram ofendidos, a fim de que se manifestem.

Não concordamos com o entendimento dos liberalistas clássicos, como John Stuart Mill, portanto, de que o debate se resolveria por si. Entretanto, da mesma forma, a censura também não pode ser a solução. O caminho do meio, apontado por Owen Fiss, afigura-se o mais adequado.

Nessa linha, há de se ponderar os valores e contravalores envolvidos. Os contravalores que se opõem ao discurso do ódio, mesmo que de cunho artístico, são: a própria liberdade de expressão e a dignidade da pessoa humana, que guarnecem as vítimas.

Para Owen Fiss: “se liberdade é importante, pois pelo debate livre se atinge a igualdade, o contrário também é verdadeiro, somente em ambiente de igualdade, somos livres.” (FISS, 2005, p. 48)

A invocada igualdade perpassa pela atuação do Estado, de promover palco de atuação aos grupos minoritários, atingidos pelo *hate speech*, isto é, dar voz a eles.

Manifestações artísticas que promovam uma real discussão sobre questões relevantes refe-

rentes a determinado grupos, nacionalidades, religiões etc., não configuram discurso de ódio, mesmo que venham a ferir suscetibilidades.

Fundamental, assim, analisar-se algumas manifestações artísticas, a fim de perquirir se houve ou não abuso por parte dos artistas que as conceberam.

A charge dinamarquesa que retratava Maomé, publicada no jornal Jyllands-Posten que atrelava a imagem do profeta muçulmano a terroristas é um interessante caso a ser examinado. Como se sabe, os muçulmanos ortodoxos não toleram a publicação da imagem de Maomé, por entenderem que os dogmas de sua religião devem ser professados por palavras e não por imagens religiosas.

Assim, além de publicar uma imagem de Maomé, a charge dinamarquesa associa essa representação ao terrorismo, pois o turbante usado pelo profeta confunde-se com uma bomba, cujo pavio está aceso.

Não configura discurso do ódio, pois, sob nossa ótica, a charge teve a intenção de despertar a todos para o debate a respeito da interpretação questionável que muçulmanos fundamentalistas conferem ao Alcorão. Não foi intuito do desenhista afirmar que todo muçulmano é terrorista, eis que isso seria um absurdo. Parece ter sido sua intenção dizer que os terroristas se utilizam da religião para tentar dar fundamento à barbárie. Entretanto, há de se convir que o desenho em questão – e os que se seguiram a ele publicados pela revista francesa Charlie Hebdo – pecam pela falta de sutileza e por tocarem em assuntos extremamente delicados, de forma nua e crua, assumindo certos riscos, portanto.

Outro exemplo interessante aparece na clássica obra de Monteiro Lobato, *O Sítio do Picapau Amarelo*, em especial, no livro *Memórias de Emília* (LOBATO, 1978, p. 125), em que a personagem Emília mostra-se bastante preconceituosa para com Tia Nastácia:

“(Emília) - Perdemos o anjinho só por sua culpa. Burrona! Negra beijuda! Deus, que te marcou, alguma coisa em ti achou. Quando ele preteja uma criatura é por castigo. Tia Nastácia rompeu em choro alto – tão alto que Dona Benta veio ver o que era. (...) – Emília! Respeite os mais velhos! Não abuse! (...) – Como está ficando insolente! – murmurou Dona Benta.”

Fundamental, nessas situações, analisar se as falas em questão configuram o caráter do personagem que as disse, bem como se a tônica do livro depende desse diálogo. Ou seja, a personagem Emília é uma pessoa racista e assim seguidamente age durante a obra? O enredo do livro trata da atuação de uma pessoa racista? A par disso, se o autor manifesta-se racista.

Não é o caso. Trata-se de falas isoladas de uma determinada personagem, conhecida por sua rebeldia, tanto que chamada de “torneirinha de asneiras” por Dona Benta e que não podem ser consideradas a opinião do autor ou, mesmo, a tônica da obra. Nessa condição, não se trata de discurso do ódio na arte e a manifestação cultural - de tão importante quilate - não deve sofrer qualquer reparo.

Daniel Sarmiento estabelece que os direitos que o discurso do ódio afrontam (dignidade da pessoa humana) e a liberdade de expressão artística devem ser ponderados, por meio da teoria da proporcionalidade, a fim de sabermos qual deve prevalecer. Ou seja, aponta para a direção que sustentamos acima, de acordo com a teoria externa dos limites a direitos fundamentais. (SARMENTO, 2006, p. 223).

Ainda, segundo Daniel Sarmiento, na tentativa de tornar a ponderação o mais objetiva possível, deve-se dar um peso maior a determinadas situações entre as quais, destacam-se (SARMENTO, 2006, p. 260-262):

- Excessos comunicativos de membros hegemônicos contra minorias estigmatizadas, tem peso maior de expressões idênticas feitas por essas minorias contra os membros

hegemônicos – capacidade de causar efeito silenciador do discurso.

- Quando a arte afetar a liberdade religiosa deve-se ter um peso maior. No entanto, não se pode admitir censura de uma manifestação artística que, em tese, ofenda expressões religiosas, pois o Estado laico não pode ser árbitro da legitimidade dos dogmas de fé.

- Se a arte aparentemente veicular hate speech, deve-se analisar com ponderação essa questão, para não se recair em levianas desconstruções subjetivas da obra, dando-lhe outra interpretação. Além disso, deve-se levar em conta o valor artístico da obra. Ex.: “Mercador de Veneza” (acusado de antissemitismo) de William Shakespeare.

- Dor psíquica e a angústia que a manifestação de ódio e intolerância provoca em suas vítimas.
- Meio empregado para o discurso, se por mídia de massa ou livros, por exemplo.

No tocante à relação entre arte e religião, certamente, como ressaltam os constitucionalistas Dimitris Christopoulos e Dimitri Dimoulis, os artistas reivindicam uma liberdade extrema e os religiosos defendem um respeito sagrado a suas crenças. Como equacionar essa tensão? (CHRISTOPOULOS; DIMOULIS, 2009, p. 02)

O fato de o Estado brasileiro ser laico, certamente, não o impede de proteger determinada religião de sofrer ofensas injustificadas. Cabe ao Estado, mesmo laico, garantir a prática de todas as religiões e credos do país.

Os autores citados sustentam que a razão para certos Estados coibirem afronta a religiões não seria pelo fato de se tratar de questão de fé ou de foro íntimo, mas sim por conta de ser presumível que esse aviltamento a assuntos religiosos provocaria, na maioria das vezes, reações incontroláveis, por vezes, muito violentas.

De todo modo, embora, no Brasil, a afronta a alguma religião cause uma pena mais grave do que a injúria comum (injúria racial pelo Código Penal) ou eventualmente motive uma indenização cível também acentuada, o cerne religioso não justifica cerceamento de manifestação artística, sequer sob fundamento de interesse público.

Como ensina Ronald Dworkin, não há garantia, na democracia, de que não seremos ofendidos. Voltamos a realçar que o Estado Democrático de Direito situa-se no intermédio entre o anarquismo e o autoritarismo. (DWORKIN, 2006, p. 414)

A obra *Piss Christ* do fotógrafo Andrés Serrano, que consiste em fotografia de um crucifixo submerso em pote de vidro com urina, foi altamente contestada à época de sua divulgação. O autor da obra defendeu, em entrevista ao jornal *Huffington Post*, que é católico e que a intenção era demonstrar de que forma o crucifixo perdeu seu significado original, ao longo do tempo. Passou de símbolo do horror e da intolerância a sinônimo de paz e de compaixão. (HUFFINGTON POST, 2014)

Ao dizer “símbolo do horror”, entendemos que André Serrano tenha desejado dizer que a crucificação representa toda a barbárie, intolerância e estupidez que Jesus Cristo sofreu em sua condenação. Pretendeu destacar, ainda, como é curioso observar que esse símbolo de agonia e tortura tenha se transformado em símbolo da paz.

Embora a descrição fria da obra feita acima faça parecer de que se trate de algo de mau gosto, relevante dizer que a fotografia cuidadosamente sacada pelo artista destaca toda a luz do momento, por meio da qual o crucifixo parece estar envolto a partículas de ouro, que não deixa de transmitir um conceito de arte.

Por mais que se deva considerar o que preleciona Daniel Sarmiento de que a religião merece uma atenção especial dos artistas em face da sensibilidade que existe por parte dos dogmas de fé, sendo a obra apreciável do ponto de vista da arte e podendo provocar um debate saudável na sociedade, não deve ser considerada ofensiva, pois não pretendeu aviltar os cristãos. Além do que, a obra pretende provocar um debate sobre o símbolo do crucifixo.

Exemplo de manifestação artística que não promove discurso saudável e que se afigura como

discurso do ódio é a obra de um artista alemão, que consiste na transcrição do Alcorão em um papel higiênico. Mesmo que não passível de censura, essa expressão artística poderia ser interpretada como injúria (simples ou qualificada), haja vista a evidente e rasa intenção de desqualificar a crença muçulmana. (CHRISTOPOULOS; DIMOULIS, 2009, p. 09)

Como se vê, a análise a respeito dos limites da liberdade artística funda-se em terreno aparentemente movediço, pois deve-se ter cautela para não se recair em interpretações sobremaneira subjetivas acerca dos fatos.

3.3 A arte e o insulto intencional

Segundo Ronald Dworkin, há uma importante distinção entre a ofensa deliberada e a insensibilidade culposa, de forma que, no caso da primeira, se houver ofensa e prática de discriminação, o autor deve responder civil e criminalmente como, por exemplo, no caso da injúria racial. Já na hipótese de ato não intencional, mas que não levou em consideração a "sensibilidade" dos interlocutores, deve haver mera reparação civil, pois estaríamos diante da culpa em sentido estrito. (DWORKIN, 2006, p. 407)

Suponhamos uma situação em que se trate de voluntária ofensa à honra de determinada pessoa, que puder, no caso concreto, causar um efeito devastador na imagem desta na sociedade e em sua autoestima e esfera psíquica, de forma que o dano seja de difícil e incerta reparação. Poderá determinada obra ou manifestação artística ter sua veiculação proibida, por decisão judicial?

Entendemos que não pode haver regulação nesses casos, devendo o ofendido obter ressarcimento por danos morais ou ainda valer-se de ação penal por crime contra a honra.

Exemplo concreto dessa situação são as charges feitas nas portas dos banheiros do bar do ex-jogador Romário, na Barra da Tijuca, Rio de Janeiro, que retratavam Zico e Zagalo, membros da comissão técnica da Confederação Brasileira de Futebol em 1998. Enquanto Zagalo é retratado sentado no vaso sanitário, Zico o aguarda, de forma submissa, segurando um rolo de papel higiênico. As charges foram encomendas por Romário como crítica à atuação da equipe técnica, após a Copa do Mundo de Futebol de 1998, para a qual o mesmo não foi convocado.

O ex-jogador Romário foi condenado em ações cíveis por reparação de danos propostas por cada um dos atingidos. Deve-se levar em conta, ainda, a grande repercussão do caso à época e a finalidade econômica que as charges tiveram, no sentido de promover o bar de Romário, que passou a receber enorme quantidade de pessoas, não só em homenagem à figura ilustre de seu sócio proprietário, mas em função da satírica crítica que todos os frequentadores já sabiam que iriam encontrar no banheiro.

Obviamente a capacidade de provocar algum debate acerca do tema que a aludida charge possui torna-se bastante diminuída diante da força deletéria que tem no sentido de denegrir voluntariamente a reputação das duas figuras públicas retratadas no desenho.

A questão assemelha-se à injúria, como destacado por Ronald Dworkin acima, de forma que a gratuidade da agressão e a falta de profundidade da discussão, a nosso ver, equiparam o desenho a um xingamento.

Mesmo assim, o ato não merece vedação, mas deve submeter-se à possibilidade de reparação por danos morais e quiçá a uma ação penal.

3.4 Estado Alocador e Regulador

O Estado dispõe de dois importantes papéis frente à liberdade de expressão: a saber, o papel alocador de recursos e o papel regulador. O primeiro consiste na possibilidade de empregar recursos

públicos às manifestações artísticas, promovendo a arte. No segundo caso, cabe ao Estado regular o discurso, ou seja, equalizar as vozes de um debate para que este seja livre e democrático.

Para que haja liberdade e igualdade, o debate público deveria poder garantir que todos os indivíduos ouvissem todas as vozes dissonantes da sociedade. É preciso impedir que o discurso dos mais poderosos abafe o dos mais fracos.

Para Owen Fiss, como já dito, a fim de propiciar a igualdade em todo e qualquer debate, não basta que o Estado propicie meios aos menos favorecidos no debate, deve ainda regular, ou seja, reduzir, as vozes dos mais poderosos. (FISS, 2005, p. 50)

A questão que se coloca é se regular as vozes dos mais poderosos, no caso da arte, não seria uma espécie de censura?

Para o aludido autor, o contravalor em questão não seria a ordem pública ou a igualdade, mas a própria democracia. Apreciamos essa interpretação, sobretudo na medida em que apelar para o bem comum ou ordem pública é, no mais das vezes, prestigiar um discurso fluido e vazio, como já dito.

Por essa razão, o Estado, na função de regulador, pode sim diminuir a força das vozes daqueles que apregoam o discurso do ódio, por exemplo. Para permitir que o Estado aja como regulador, nos Estados Unidos da América, foi necessário afastar o entendimento do liberalismo clássico e interpretação clássica da 1ª Emenda à Constituição estadunidense.

Da mesma forma, para que possa atuar como alocador do discurso (nas hipóteses em que o Estado financia a arte), é preciso afastar-se do liberalismo clássico também. Owen Fiss demonstra que isso não afronta a Primeira Emenda à constituição norte-americana, pois consiste em moderna interpretação.

O que se questiona é se poderia o Estado escolher entre um artista (agente de discurso) e outro. E se, dessa forma, não estaria ele tomando um "partido" e elegendo a manifestação que considera correta.

O debate público deve ser livre e plural. Deve fomentar uma discussão robusta, no sentido de ser quantitativo, mas também qualitativo, isto é, optar pelo artista que traga questões relevantes e enriqueça o debate, além logicamente de incentivar a arte de excelência.

Não pode o Estado alocador escolher por fomentar apenas debates "neutros"; ou de temas polêmicos, mas sempre pelo aspecto conservador, pois, nesse caso, estaria influenciando a capacidade das pessoas tomarem suas conclusões.

Em suma, para ser democrático, o Estado não pode direcionar o discurso, calando posições menos ortodoxas. Deve garantir a pluralidade.

No Brasil, a crítica que se faz à lei federal de incentivo à cultura (Lei Rouanet, Lei no. 8.313-91), reside na questão de que o fomento à cultura nacional seria questionável, uma vez que o Ministério da Cultura aprovaria projetos culturais que, em tese, não precisam de recursos, pois já consagrados pelo grande público.

Exemplo disso seriam os shows da cantora e compositora Rita Lee e do jovem e consagrado cantor sertanejo Luan Santana e o blog de poesia na internet de Maria Betânia, que receberam recentemente apoio da Lei Rouanet. Ademais, tal projeto de incentivo apoiou manifestações artísticas consideradas duvidosas, com o filme sobre a vida de Leonel Brizola, em ano eleitoral.

Em suma, não caberia ao Estado, por meio da chamada Lei Rouanet, fomentar apenas temas neutros ou posições majoritárias na sociedade, mas sim estender a mão a artistas novos ou que ainda vivem à margem do grande público, bem como ajudar a financiar artistas que tragam discussões pouco vistas na sociedade.

Esse seria a função do Estado alocador. Não se pode confundi-la com o papel de alguém que escolhe e determina o que é arte de qualidade. Caso contrário, estaríamos diante de um Estado censor, às avessas.

4. CRÍTICA À DECISÃO JUDICIAL DO MAGISTRADO DE GOIÂNIA, A QUAL PROIBIU A PRODUÇÃO DE ESCULTURAS E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Uma artista plástica, conhecida como Ana Smiles, produzia e comercializava esculturas de personagens da cultura pop, como super-heróis, Minnie, Frida Khalo, Galinha Pintadinha entre outros, em formato de imagens de santos. A Arquidiocese de Goiás ajuizou ação a fim de proibir a produção e comercialização das tais esculturas, uma vez que essas aviltariam a fé cristã.

O Magistrado da 9ª Vara Cível de Goiânia, Dr. Abílio Wolney Aires Neto, deferiu tutela antecipada, com o fito de impedir que a aludida artista fabrique e venda as esculturas. A decisão ordena, ainda, que se retire da *internet* um perfil no *facebook* mantido pela artista denominado "Santa Blasfêmia."

O Juiz de Direito considera que há um "conflito" entre direitos fundamentais, a saber, o direito à liberdade artística ao lado da artista Ana Smiles; e "dignidade pessoal, à honra, e à vida privada, que no caso a Igreja Católica, a Santa Sé, é pessoa jurídica de direito público por constituir um país soberano, o Vaticano, logo goza da proteção Constitucional por possuir personalidade jurídica". (BRASIL, Tribunal de Justiça de Goiás, 2016)

Há diversos pontos a serem destacados da decisão judicial sob comento.

Primeiramente, não há que se falar em conflito entre direitos fundamentais. Conforme demonstrado no presente arrazoado, trata-se de colisão entre princípios que representam direitos fundamentais. O conflito ocorre entre regras, isto é, a chamada antinomia.

A par disso, Sua Excelência ao relatar os direitos fundamentais em colisão, aloca a dignidade da pessoa humana, vida privada e honra como direitos fundamentais dos religiosos. Ora, quer nos parecer que os direitos ofendidos seriam a liberdade religiosa. De fato, no núcleo dessa liberdade supostamente aviltada está a dignidade humana.

Em terceiro lugar, denota-se grave falha na argumentação da decisão, qual seja, mesmo identificando valores em colisão, o Magistrado não realiza ponderação ou aplicação do princípio da proporcionalidade. Simplesmente, define que a liberdade artística, neste caso, afrontaria a Santa Sé.

Dá-nos a impressão de que o Magistrado adotou a teoria interna de limitação aos direitos fundamentais, considerando que os limites imanentes da liberdade artística impedem que se flerte, por meio de ironias, com dogmas religiosos, qualquer que seja a circunstância. Ora, isso seria hierarquizar *a priori* os direitos fundamentais, fato que o Magistrado expressamente diz não ser possível. Daí decorre um contrassenso.

Similar ao exemplo dado neste estudo, no sentido de que a prevalecer a teoria interna, um ator não poderia ser crucificado em cena, mesmo se concordasse, pois a arte não aceita o sofrimento humano. Da mesma forma, aplicando esse subterfúgio retórico de que lançou mão o MM. Magistrado, equivaleria a dizer que a religião não admite ofensas, mesmo que artísticas.

Outra questão que salta aos olhos foi o fato de a decisão determinar a vedação da própria produção ou fabricação das esculturas. Importante seria a distinção entre produção e venda ou cessão gratuita. No entanto, o Magistrado foi além e violou de morte o direito à liberdade artística e, até mesmo, à intimidade da artista. Isso porque, a prevalecer esse entendimento, caso a artista produza novas esculturas dentro de seu estúdio de trabalho, para deleite próprio e haja uma denúncia anônima, tal poderia ser reputado como ato de desobediência à ordem judicial, resultando em crime, até mesmo.

Também foi vedada pela referida decisão a doação, ou seja, cessão gratuita das obras de arte. A artista não pode, a prevalecer a decisão, sequer fabricar novas peças ou doar a um familiar, peças já produzidas.

O derradeiro ponto a se salientar na decisão - antes de ingressar-se àquilo que entendemos ser o raciocínio correto sobre a questão -, é a alusão à Igreja Católica como pessoa jurídica de direito público, pois representada pelo Estado do Vaticano, como se Arquidiocese de Goiânia fosse uma

sucursal de uma empresa multinacional.

Com o devido respeito, é equivocada essa colocação, eis que a Igreja Católica não é titular de direito sobre imagens santas, nem mesmo da fórmula estética de fabricação artística destas.

Ademais, tivesse o douto Magistrado adotado a teoria interna, teria o mesmo que anunciar a metodologia empregada na decisão, bem como deveria fazer referências apropriadas ao uso da aludida corrente.

De fato, conforme dito algumas vezes neste artigo, a liberdade artística por definição deve ter poucas restrições e essas, quando cabíveis, devem ser realizadas mediante ressarcimento por perdas e danos e não por meio de vedação à produção e comercialização. Realmente, a colisão ora examinada é de difícil ponderação, eis que os religiosos também reivindicam uma proteção especial a seus dogmas de fé.

Para situações como a presente, aplica-se o "princípio dos princípios" (GUERRA FILHO, 2001, p. 153) ou princípio da proporcionalidade. Os princípios em colisão, no caso concreto, são a liberdade artística, o direito ao desenvolvimento da personalidade e a livre iniciativa de um lado e, de outro, a liberdade religiosa e a dignidade da pessoa humana.

Paulo Bonavides assim leciona (BONAVIDES, 2006, p. 434):

Em nosso ordenamento constitucional não deve a proporcionalidade permanecer encoberta. Em se tratando de princípio vivo, elástico, prestante, protege ele o cidadão contra os excessos do Estado e serve de escudo à defesa dos direitos e liberdades constitucionais. De tal sorte que urge, quanto antes, extraí-lo da doutrina, da reflexão, dos próprios fundamentos da Constituição, em ordem a introduzi-lo, com todo o vigor, no uso jurisprudencial.

A aplicação da proporcionalidade perpassa pela análise de adequação, necessidade e, por fim, a ponderação ou proporcionalidade em sentido estrito, de sorte que cada requisito é subsidiário do outro, vale dizer, somente se passa a analisar os demais requisitos se a resposta for afirmativa ao anterior.

Inicia-se com o teste de adequação, ou seja, se o ato é capaz de fomentar o princípio que visa proteger (SILVA, 2002, p.15). Assim: a produção e comercialização de esculturas é suficiente para proteger a liberdade artística? A resposta é positiva.

A intenção da artista plástica, sob nossa ótica, com a criação e venda das esculturas parece ser questionar a capacidade da cultura pop atual em criar mitos e imagens de culto por parte de fãs e seguidores (para utilizar termo típico das redes sociais), que ironicamente se assemelham às imagens santas do catolicismo. A reflexão artística que as obras propõem parece caminhar para uma espécie de iconoclastia metafórica, ou seja, quebra do caráter superior dado a ícones da cultura mundial. A intenção não é ofender o sentimento religioso, ao contrário, é valer-se da força desse sentimento para ironizar a cultura pop, que remete a objetos de adoração.

A par disso, questiona-se se a proibição que a Arquidiocese de Goiânia visa obter é suficiente para proteger a liberdade religiosa. Sim, pois a proibição incluiria até a produção artística de Ana Smile, isto é, garantiria a proteção do sentimento religioso que estaria supostamente em risco.

A próxima verificação trata da necessidade, ou seja, examinar se dentre os meios possíveis, este é o meio menos gravoso para se atingir o fim. Assim, dentre os possíveis meios de expressão artística, o meio escolhido pela artista atinge o fim colimado (expressão de arte) com uma razoável e abstrata capacidade de ofensa à liberdade religiosa, sob hipótese. No entanto, o meio de proteção escolhido pela Arquidiocese de Goiânia tenta ferir de morte a liberdade artística, para se proteger, não sendo o meio menos gravoso.

A Arquidiocese poderia ter movido ação indenizatória por danos morais, postulando alto valor,

de modo a desestimular a artista a prosseguir com o trabalho.

Pretender proibir a produção e circulação de obras de arte equivale a violar a liberdade de expressão em sentido amplo e afronta o direito ao desenvolvimento da personalidade de forma livre e autônoma, calando a artista e impedindo que esta faça aquilo que dá sentido à sua vida. Além disso, veda-se também a livre iniciativa, eis que a artista não poderá comercializar suas esculturas, exercendo, assim, seu ofício.

Destarte, o meio escolhido pela "Igreja" não foi *necessário*, de modo que a análise da proporcionalidade termina nesse ponto, pois não passa sequer pelo teste da necessidade, sendo, portanto, dispensável o exame da ponderação propriamente dito.

O outro meio possível à preservação do sentimento religioso apontado acima (ação indenizatória) seria considerado *adequado e necessário*, ou seja, fomentaria seu interesse com menor onerosidade ao bem em colisão? Sem dúvida que sim, porquanto o libelo por uma condenação a ser postulada ao Magistrado poderia incluir o caráter reparador e punitivo/pedagógico.

Em outras palavras, uma ação de indenização poderia objetivar, ao menos em tese, a condenação da artista em danos morais que considerassem a suposta dor das pessoas afetadas pelas imagens, bem como um valor punitivo (*punitive damages*), a fim de desestimular a repetição da conduta.

A nosso ver, provavelmente não seria cabível a condenação em *punitive damages* no caso em análise, no entanto, a pretensão nesse sentido fere em medida sobremaneira menos onerosa os direitos fundamentais da artista, do que a proibição de produção e circulação das obras de arte.

O conceito de *punitive damages* decorre do *Common Law*, desde o século XIII, na Inglaterra (STOCCO, 2011, p. 1.923-1.924), em que há registros de casos de lesões pessoais causadas intencionalmente, nos quais, o Magistrado poderia condenar o réu a um ulterior pagamento a título de condenação punitiva, ou seja, além do caráter de reparação ou compensação do dano experimentando, já havia a tentativa de desencorajar novas condutas no mesmo sentido no futuro, é o âmago pedagógico da condenação.

Os *punitive damages* têm sido aplicados nos Estados Unidos com desenvoltura e vêm ganhando força aos poucos no Brasil, nos casos de danos morais, como relata Silvio de Salvo Venosa (VENOSA, 2001, p. 340):

Não se trata, portanto, de mero ressarcimento de danos, como ocorre na esfera dos danos materiais. Esse aspecto punitivo da verba indenizatória é acentuado em muitas normas de índole civil e administrativa. Aliás, tal função de reprimenda é acentuada nos países do Common Law.

Não há que se falar em enriquecimento sem causa, uma vez que além de desestimular a conduta do agente, a condenação punitiva tem condão de servir de exemplo aos demais. Essa condenação pedagógica, no entanto, somente seria possível, caso houvesse elementos, na prática, que fossem comprobatórios da intenção da artista em ofender terceiros. Não parece ser o que ocorre no caso sob comento.

Superado o exame de adequação e necessidade, passa-se a examinar se o meio menos gravoso (pedido de indenização) é proporcional. O pleito indenizatório tem o condão de proteger a liberdade religiosa em nível consideravelmente forte, ao passo que fere o direito fundamental à livre expressão artística de forma moderada, pois provoca desestímulo indireto.

Um pedido indenizatório seria, portanto, um meio proporcional, pelo menos hipoteticamente, eis que promove mais ganhos do que perdas. Conclui-se, assim, que o meio empregado pela Arquidiocese de Goiânia e acolhido, por antecipação de tutela, pelo MM. Juiz de Direito não é um meio proporcional. A bem da verdade, como dito, sequer é necessário.

Com efeito, a decisão em análise não é adequada e, por consequência, não é proporcional. À luz da teoria dos direitos fundamentais proposta por Robert Alexy, claramente pode-se afirmar que a decisão é equivocada, sob vários aspectos.

Em que pese o exercício realizado a título de análise da proporcionalidade, o qual inclui a análise de meios menos gravosos, é de se salientar que, a nosso sentir, não seria cabível sequer a condenação em indenização por danos morais, com base na análise das fotografias das esculturas e dos relatos contidos nos autos. Como dito acima, a reflexão artística provocada pelas obras de arte consubstancia uma observação legítima e valiosa acerca da cultura de massa produzida mundo afora, a chamada cultura pop, bem como propicia uma reflexão acerca dos objetos de adoração, católicos ou não; religiosos ou não.

Sendo certo que o pedido feito pela Arquidiocese era pela condenação em obrigação de não fazer, o MM. Juiz deveria ter julgado improcedente a ação de plano, em razão da desproporcionalidade do pedido (ou até por sua *desnecessidade*).

Em suma, a decisão judicial padece de uma argumentação sólida que utilize um método consistente de análise dos direitos fundamentais; reconhece uma legitimidade da Arquidiocese de Goiânia sob o fundamento equivocado de ser esta *longa manus* do Vaticano; proíbe a produção, venda e cessão gratuita das obras de arte, o que é temerário e inconcebível, pois assemelha-se à censura do próprio direito ao desenvolvimento pessoal e parece reconhecer a existência de titularidade da Igreja Católica sobre esculturas de gesso. Ou seja, uma sucessão de erros.

De outro giro, não há que se obter, ao contrário do que alguns poderiam pensar, de que o Estado-Juiz ao realizar alguma ingerência em questões religiosas feriria o Princípio da Laicidade. Isso porque o princípio da liberdade de religião e de culto preconiza que todos os credos podem ser professados no país, ficando garantida a pluralidade, sem que o Estado adote uma religião oficial. Interferir em questões de suposta ofensa a uma religião não significa que o Estado irá adotar uma religião oficial, ao contrário, quer dizer que protege a todas igualmente.

5. CONCLUSÃO

A intenção deste artigo foi examinar a liberdade de expressão artística, à luz da Constituição Federal e da doutrina nacional e internacional, a fim de refletir-se a respeito dos limites que o Direito poderia vir a impor a esses direitos fundamentais.

Para ilustrar as análises, este trabalho enfrentou alguns casos concretos, sendo o mais emblemático destes, a decisão de um MM. Juiz da Comarca de Goiânia que proibiu a produção, venda ou cessão gratuita de esculturas feitas pela artista plástica, Ana Smile, por entender que ofende a Igreja Católica.

Importante compreender, portanto, como são detectados os eventuais excessos praticados pelos artistas, bem como esclarecer como se dá a imposição de limites às manifestações culturais, em sentido amplo.

A análise da atuação do Estado, nesse contexto, também é de suma relevância. Para garantir a igualdade e a liberdade no debate, nem sempre a melhor postura estatal é a inércia. É fundamental a concepção de que o Estado deve regular as vozes envolvidas no debate – mesmo quando este partir de manifestação artística - para que este seja amplo, plural e livre, evitando-se o efeito silenciador, descrito por Owen Fiss.

A aplicação do princípio da proporcionalidade a casos em que ocorre grave colisão entre o direito fundamental da livre expressão artística e a liberdade religiosa é o método de interpretação mais acertado, que poderá, como demonstrado neste estudo, apontar para o meio mais equânime a fomentar o valor que esse direito persegue, com a menor onerosidade aos direitos que caminham em rota de colisão.

De fato, os artistas reivindicam uma liberdade quase absoluta, como destacam Dimitris Christopoulos e Dimitri Dimoulis, mas tal pode encontrar limites. Da mesma forma, o peso que deve ser atribuído ao sentimento religioso que se coloca em polo contrário a essa expressão, também deve ser especial, como destacado por Daniel Sarmento. A finalidade dessa criteriosa ponderação deve ser evitar a dissipação do ódio na sociedade, bem como a estigmatização de certos grupos sociais, sem, entretanto, ceifar a expressão artística, que é uma das molas propulsoras da evolução cultural e social da humanidade.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, tradução Virgílio Afonso da Silva da 5ª Edição alemã, 2ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros.

BOBBIO, Norberto. *Dicionário de política*. Brasília: Ed. UNB, 11. Ed., 1992.

BRASIL, Tribunal de Justiça de Goiás, Ação de Obrigação de Não Fazer, processonº. 201600958448 (95844-36.2016.8.09.0051), MM. 9ª Vara Cível de Goiânia, 2016.

CHRISTOPOULOS, Dimitris; DIMOULIS, Dimitri. *O direito de ofender. Sobre os limites da liberdade de expressão artística*. Belo Horizonte: Revista Brasileira de Estudos Constitucionais, 2009.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 3ª edição, 2014.

DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

FISS, Owen M. *A ironia da liberdade de expressão*. Rio de Janeiro: Renovar. 2005.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria da Ciência Jurídica*. São Paulo: ed. Saraiva, 2001.

HUFFINGTON POST. Entrevista. Disponível em: <http://www.huffingtonpost.com/udoka-okafor/exclusive-interview-with-_18_b_5442141.html>. 2014.

LOBATO, Monteiro, *O Sítio do Picapau Amarelo: Memórias de Emília*, 1978.

MILL, John Stuart. *A liberdade*. São Paulo, Martins Fontes, 2000.

SARMENTO, Daniel. *Livres e iguais: Estudos de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SILVA, José Afonso. *Ordenação constitucional da cultura*. São Paulo: Ed. Malheiros, 2001.

SILVA, Virgílio Afonso da. *O proporcional e o razoável*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

Recebido em: 03/04/2017

Aprovado em: 10/08/2017

Como citar este artigo (ABNT):

PEREIRA, Cristiano Padial Fogaça. A Liberdade Artística é "Sagrada"? Uma Análise Acerca dos Limites da Liberdade de Expressão Artística. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.32, p.59-75, maio/ago. 2017. Disponível em: <<http://blog.newtonpaiva.br/direito/wp-content/uploads/2017/10/N.32-04.pdf>>. Acesso em: dia mês. ano.

A QUESTÃO DA INFÂNCIA E DA ADOLESCÊNCIA NO PROCESSO JUSTRANSICIONAL BRASILEIRO

THE CHILDHOOD AND ADOLESCENCE QUESTION IN THE BRAZILIAN JUSTICE PROCESS

FERNANDO DA SILVA CARDOSO¹
MARIANE IZABEL SILVA DOS SANTOS²

RESUMO: O presente estudo tem o objetivo de discutir sobre graves violações de direitos humanos a crianças e adolescentes no período ditatorial brasileiro, e, paralelamente, sobre como o totalitarismo demarca a construção jurídica deste campo. Trata-se de parte dos resultados das investigações desenvolvidas no âmbito do Projeto de Iniciação Científica “*Direitos humanos, violência e diversidade humana no período ditatorial, no agreste pernambucano (1964-1985)*”, que tem como intuito apurar a realidade vivenciada durante o militarismo brasileiro. Os principais autores utilizados foram: Brasil (2014), São Paulo (2014), Frota (2007) e Leite (2011). Este estudo de cunho documental, metodologicamente foi instrumentalizado a partir do método dialético, com uma abordagem qualitativa, e através de uma pesquisa bibliográfico-exploratória. As conclusões alcançadas com essa pesquisa permitem-nos depreender que a formação jurídica do direito da criança e do adolescente, no Brasil, guarda relação com a perspectiva repressora e violenta que regeu a graves violações de direitos humanos a crianças e adolescentes no militarismo brasileiro. Ainda, que as graves violações de direitos humanos a esse grupo mantinham relação com a convivência com: a morte e a separação de familiares, o exílio, negação de suas identidades, além de, em muitos casos, violências diretas (físicas e psicológicas).

Palavras-chave: Adolescência; Brasil; direitos humanos; ditadura; infância.

ABSTRACT: The present study has the objective of discussing serious human rights violations against children and adolescents in the Brazilian dictatorial period and, at the same time, on how totalitarianism demarcates the legal construction of this field. This is part of the results of the research carried out within the scope of the Scientific Initiation Project “*Human Rights, Violence and Human Diversity in the Dictatorial Period, in the Pernambuco Region (1964-1985)*”, which aims to ascertain the reality experienced during militarism Brazilian. The main authors used were: Brazil (2014), São Paulo (2014), Frota (2007) and Leite (2011). This documentary study was methodologically instrumentalized using the dialectical method, with a qualitative approach, and through a bibliographic-exploratory research. The conclusions reached with this research allow us to understand that the legal formation of the right of children and adolescents in Brazil is related to the repressive and violent perspective that led to serious violations of human rights to children and adolescents in Brazilian militarism. Moreover, the serious violations of human rights to this group were related to the coexistence with: death and separation of family members, exile, denial of their identities, and, in many cases, direct violence (physical and psychological).

Keywords: Adolescence; Brazil; human rights; dictatorship; childhood.

¹ Doutorando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Mestre em Direitos Humanos pela Universidade Federal de Pernambuco. Professor Assistente do Curso de Direito da Universidade de Pernambuco (Campus Arcoverde) e do Centro Universitário do Vale do Ipojuca/PE. Coordenador do Grupo de Estudos e Pesquisas Interdisciplinares sobre Direitos Humanos (GEPIDH-UNIFAVIP).

² Graduada em Direito pelo Centro Universitário do Vale do Ipojuca/PE. Pesquisadora no Projeto de Iniciação Científica: Direitos humanos, violência, e diversidade humana no período ditatorial, no agreste pernambucano (1964-1985). Extensionista no DHíálogos: Ciclo de debates sobre sociedade e direitos humanos. Pesquisadora do Grupo de Estudos e Pesquisas Interdisciplinares sobre Direitos Humanos (GEPIDH-UNIFAVIP).

1. INTRODUÇÃO

Este trabalho foi desenvolvido a partir de discussões fomentadas no Projeto de Iniciação Científica: Direitos humanos, violência e diversidade humana no período ditatorial, no agreste pernambucano (1964-1985).

Busca-se, nesta pesquisa, apresentar o cenário de violências sofridas por crianças e adolescentes durante a ditadura militar do Brasil, com o intuito de dar maior visibilidade sobre como esse grupo foi tratado nesse período, e, também, acerca das dimensões jurídicas das normas nessa época.

Dessa forma, buscamos catalogar dados bibliográficos de modo a responder o seguinte problema de pesquisa: Qual o cenário das violências sofridas pelas crianças na Ditadura Militar brasileira? E, enquanto questão secundária: A formação jurídica acerca da infância e adolescência no Brasil guarda relação com o imaginário jurídico do militarismo?

De forma a responder esse questionamento, a pesquisa direcionou-se a partir de um objetivo geral, qual seja: apresentar o cenário das violências sofridas pelas crianças na Ditadura Militar brasileira. De modo a alcançá-lo, essa pesquisa se propôs, de início, a mapear e analisar as legislações existentes sobre os direitos das crianças na época do militarismo no Brasil, bem como identificar quais violências marcam o contexto de crianças e adolescentes nesse período, e, por fim, apresentar o cenário de violências sofridas na Ditadura Militar brasileira por crianças e adolescentes, a partir de narrativas de vida.

A metodologia utilizada nesta pesquisa deu-se a partir do método dialético, tendo em vista que esse instrumento possibilita uma melhor apropriação da realidade (LAKATOS, 2003). A abordagem desta pesquisa é qualitativa para que se tenha uma visão do fenômeno estudado (a partir das histórias de crianças e adolescentes que viveram naquele período) de forma a construir sentidos e significados sobre ele. Além disso, trata-se de uma pesquisa bibliográfico-exploratória, que fez uso da técnica análise de conteúdo (BARDIN, 2009), buscando interpretar as histórias de algumas crianças que viveram o militarismo no Brasil, selecionadas a partir de pesquisa documental.

Assim, esta pesquisa se justifica por ser observada a invisibilidade histórica que esse grupo carrega na formação democrática do país, assim como acerca das lacunas jurídicas presentes na legislação nacional, as quais remontam o imaginário de repressão e violência vivido naquele período. Dessa forma, espera-se que esse estudo contribua para que o “nunca mais” se consolide, e que a história sobre a ditadura militar seja conhecida. Afinal, o debate justransicional³, especialmente após os trabalhos da Comissão Nacional da Verdade, têm se intensificado e ganhado espaço nas pesquisas jurídicas.

2. FORMAÇÃO DAS LEGISLAÇÕES SOBRE CRIANÇAS DURANTE A DITADURA MILITAR BRASILEIRA

A ditadura militar é lembrada, na maioria das vezes, pelas violações e cassações aos direitos das pessoas, até mesmo as mais vulneráveis⁴. Dessa forma, se faz necessário analisar as normativas vigentes nesse período para que entendamos, de certo modo, qual o lugar das normas instituídas na

3 A justiça transição dimensiona a problematização acerca das bases totalitárias que antecederam os processos de consolidação da democracia. Os debates construídos neste campo do direito significam, a nosso ver, na apresentação da ideia de que nesses quadros – de superação de graves violações aos direitos humanos e reafirmação da institucionalidade política –, quando o Direito não vai além de suas funções habituais, interligando-se à gênese dos direitos humanos (SANTOS, 2003), da história (TEITEL, 2003) e da política (REÁTEGUI, 2011), não se consegue romper, na/a partir de mecanismos justransicionais, com a violência totalitária

4 Povos do campo, indígenas, homossexuais, mulheres, moradores de rua, negros, povos tradicionais, etc.

complacência a certas violações.

De todo modo, surge nas primeiras décadas do século XX a primeira legislação internacional a tratar dos direitos da criança e do adolescente. Trata-se da Declaração de 1924, conhecida como Declaração de Genebra, na qual surge a expressão “direitos da criança”, e que se começa a se referir, mesmo que implicitamente, sobre o tratamento com absoluta prioridade que temos hoje, também assegurado na legislação brasileira. Albuquerque (2001, p. 01) cita que:

A primeira referência a “direitos da criança” num instrumento jurídico internacional data de 1924, quando a Assembleia da Sociedade das Nações adotou uma resolução endossando a Declaração dos Direitos da Criança promulgada no ano anterior pelo Conselho da União Internacional de Protecção à Infância (Save the Children International Union), organização de carácter não-governamental.

É a partir desse momento da história que as nações começam a se preocupar com as condições especiais inerentes às crianças e adolescentes, em decorrência do seu estado e estágio de desenvolvimento. Outras Declarações internacionais foram promulgadas, bem como, começaram a surgir legislações internas, como no caso brasileiro, em decorrência do compromisso em se cumprir o que fora ratificado naqueles documentos.

Nesse ínterim, no Brasil, observa-se que o Código Penal – ainda atual – foi promulgado, em 1940, preocupando-se, apenas, naquele momento, com a punição dos agressores que causassem mal à criança (BRASIL, 1940), por exemplo.

Com efeito, em 1959 surge a primeira Declaração Internacional voltada, unicamente, para esses sujeitos, entendidos como um grupo em desenvolvimento, a conhecida Declaração dos Direitos da Criança (ONU, 1959)⁵. Indicando-se, neste importante documento, direitos que devem ser respeitados e assegurados pela família e Estados, sendo, inclusive, ratificada pelo Brasil com a promulgação da Constituição da República de 1988.

O princípio 9º, consignado na Declaração anteriormente citada, chama a atenção, pois assim preceitua: “A criança gozará de proteção contra quaisquer formas de negligência, crueldade e exploração. Não será jamais objeto de tráfico, sob qualquer forma” (ONU, 1959). Vê-se, claramente, a intenção do legislador em abarcar as principais formas de violência a esse grupo, ao ponto que prenuncia a necessidade de engajamento estatal em sua superação.

Ainda, ao interpretarmos esse princípio, percebe-se que a Assembleia Geral da ONU já indicava o cuidado para com a criança (e, futuramente, adolescente) no que tange a violência em sentido amplo, pois visava protegê-las da crueldade e da exploração que, por ventura, pudessem ser vítimas.

No Brasil, no ano em que foi instaurada a ditadura militar, foi promulgada a Lei nº 4.513/64, que tratava sobre a Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor – FUNABEM, que, na verdade, tinha como objetivo “ser a grande instituição de assistência à infância, cuja linha de ação tinha na internação, tanto dos abandonados e carentes como dos infratores, seu principal foco” (LORENZI, 2007, p. 2).

Seguindo essa linha histórica é promulgada, em 1969, a Convenção Americana de Direitos Humanos (OEA, 1969), conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, a qual trouxe em seu art. 19: “Toda criança terá direito às medidas de proteção que a sua condição de menor requer, por parte da sua família, da sociedade e do Estado”. Observa-se que esse não é um documento voltado unicamente para as crianças, pois trata de liberdades e justiça social, bem como dos direitos humanos de forma ampla. No entanto, teve a preocupação de trazer um artigo tratando sobre esses sujeitos,

5 O pós-totalitarismo tem significado, na história, a abertura a perspectivas democráticas. Não se trata de uma coincidência, por exemplo, o fato de o conceito de justiça de transição ter sido sedimentado no século XX, após a Segunda Guerra Mundial.

reconhecendo sua vulnerabilidade social.

A Constituição, ou Emenda Constitucional, de 1969 – há controvérsias se o texto de 1969 trata-se de uma nova constituição ou apenas uma Emenda Constitucional da Constituição de 1967 – nesse mesmo ano, seria considerada por Coelho (1998, p.107) como “a mais autoritária da história constitucional brasileira, pois, apesar de conter uma longa enumeração dos direitos individuais (art. 153), detinha poderes de supressão desses mesmos direitos”.

Dessa forma, percebe-se que apesar de já existirem normativas que regulassem direitos da criança, a Ditadura Militar suprimiu muitos deles, como será visto nos próximos tópicos.

Pode-se afirmar que, durante o militarismo brasileiro, as normativas sobre infância estiveram praticamente em desuso, sufocadas e inutilizadas pela repressão instalada. Certamente, essa lacuna foi decisiva nas dificuldades posteriores em se institucionalizar uma política efetiva para esses sujeitos.

3. INFÂNCIA E ADOLESCÊNCIA: DO PERCURSO HISTÓRICO AO MILITARISMO

Ao observar a estrutura física, psicológica e intelectual de uma criança, poderíamos afirmar que elas não apresentavam perigo a Segurança Nacional, na época da Ditadura Militar. No entanto, elas foram vítimas de toda sorte de violências, tendo suas vidas marcadas pela dor da separação e da morte (BRASIL, 2014).

Antes de se falar sobre as graves violações de direitos, é importante fazer um levantamento histórico da concepção de infância que permeou aquele período o imaginário social.

É fato que, na história⁶, o entendimento sobre o que viria a ser a infância passou por vários processos e transformações. Por longos anos, a criança foi vista como um “pequeno adulto”, fora inserida, desde muito cedo, na vida adulta e tinha as responsabilidades de um sujeito com idade avançada e personalidade formada.

Ariès (1978, p. 3), sobre esse aspecto aduz que:

A duração da infância era reduzida a seu período mais frágil, enquanto o filhote do homem ainda não conseguia bastar-se; a criança então, mal adquiria algum desembaraço físico, era logo misturada aos adultos, e partilhava de seus trabalhos e jogos. De criancinha pequena, ela se transformava imediatamente em homem jovem, sem passar pelas etapas da juventude, que talvez fossem praticadas antes da Idade Média e que se tornaram aspectos essenciais das sociedades evoluídas de hoje.

Desse modo, percebe-se que a concepção de infância varia de acordo com a época, bem como a cultura de cada povo, ou melhor, a existência ou não da concepção de infância varia conforme as estruturas de poder e sociais que mantêm a hierarquização entre determinados grupos. Do mesmo modo, para uma melhor compreensão do assunto, é necessário ter em mente que a evolução histórica da criança, enquanto um ser em desenvolvimento, está intimamente ligada a concepção e mudanças da família. Assim,

[...] a defesa de uma educação iniciada no lar, tendo como objetivo o preparo para o exercício futuro da cidadania e o acesso ao conhecimento. A criança, na condição de dependente e subordinada ao adulto não era percebida como capaz de valorar as situações por si mesmo, mas deveria ser preparada, educada moralmente pelos adultos (SILVA, 2005, p.16).

⁶ A família medieval, na qual as mulheres e crianças eram consideradas propriedades do patriarca, assim como um imóvel, por exemplo, não era baseada na afetividade, como ocorre atualmente, pelo contrário, existia para produzir bens e propagar a honra daqueles patriarcas, do sobrenome da família.

Ariès (1978) revela que nesse período (séculos X-XI) não havia noção de infância, e consequentemente, nenhuma preocupação com o indivíduo enquanto ser em si mesmo.

Após a Revolução Francesa, começaram as maiores conquistas quanto a esses seres em desenvolvimento, especialmente no que tange aos ideais iluministas e toda visão pedagógica de Rousseau, que “[...] propôs uma educação infantil sem juizes, sem prisões e sem exércitos” (NASCIMENTO; BRANCHER; OLIVEIRA, 2008, p. 53). Esse filósofo vem romper com a ideia de sociedade adultocêntrica que foi construída até então, de forma a destacar que a infância inicia com o nascimento e que deve ser tratada com afeto.

Já no final do século XIX e início do XX começa a era da Infância de Direitos, que é a que vigora atualmente, de forma que a família é instrumento decisivo nessa conquista. Surge um grupo familiar preocupado com a sua prole, que se dedica a construção de afeto na família e direcionado especificamente à criança. Frota (2007, p.06) assim diz:

A partir de então, o conceito de infância se evidencia pelo valor do amor familiar: as crianças passam dos cuidados das amas para o controle dos pais e, posteriormente, da escola, passando pelo acompanhamento dos diversos especialistas e das diferentes ciências (Psicologia, Antropologia, Sociologia, Medicina, Fonoaudiologia, Pedagogia, dentre outras tantas).

Entretanto, foi um longo caminho a ser percorrido para que a infância, como se tem hoje, fosse reconhecida. Socialmente, até se começou a ter um olhar para a criança, mas, em um primeiro momento, e, por muitas décadas, a criança e o adolescente foram vistos como os “menores”⁷. Leite (2011, p. 20), assim comenta sobre o surgimento dessa figura de linguagem:

A infância passa a ser “visível” quando o trabalho deixa de ser domiciliar e as famílias, ao se deslocarem e dispersarem, não conseguem mais administrar o desenvolvimento dos filhos pequenos. É então que as crianças transformam-se em “menores”, e como tal rapidamente congregam as características de abandonados e delinquentes.

Observa-se que com a necessidade da saída dos pais para o trabalho, inclusive da mulher, que era a cuidadora oficial das crianças, esses sujeitos em desenvolvimento começam a ser enquadrados na categoria dos excluídos, os seres marginalizados da sociedade. “Abandonados, mendigos e infratores frequentemente foram confundidos sob o nome de ‘menor’, que nunca designa filhos de famílias das camadas médias e altas, e tem conotações negativas desqualificantes” (LEITE, 2011, p. 21).

Desse modo, essa estigmatização era designada às crianças que pertenciam as famílias pobres, até porque eram esses grupos sociais que precisavam sair de suas casas para trabalhar e garantir o sustento do lar.

Ainda nessa perspectiva, Frota (2007, p. 12) acrescenta:

O “menor” foi entregue à alçada do Estado, que tratou de cuidar dele, institucionalizando-o, submetendo-o a tratamentos e cuidados massificantes, cruéis e preconceituosos. Por entender o “menor” como uma situação de perigo social e individual, o primeiro código de menores, datado de 1927, acabou por construir uma categoria de crianças menos humanas, menos crianças do que as outras crianças, quase uma ameaça à sociedade.

7 Essa ideia ainda advém do Código de Menores, lei que regulamentou a vida de crianças e adolescentes abandonados entre 1924 e 1979. Crianças e adolescentes, a partir do Código, passam a ser vistas/os não apenas como ameaça social, mas também como infratores e delinquentes oriundos de camadas pobres da sociedade. O Código analisava a criança e o adolescente apenas sob o olhar penal, no qual não se tinha nenhum amparo assistencial, e, por serem incapazes, necessitavam da intervenção do Estado ou de seus representantes (RIZZINI; PILOTTI, 2008).

Como exemplo dessa estigmatização temos algumas instituições brasileiras que levaram o nome “menor” em suas próprias denominações, como o Serviço de Assistência a Menores – SAM, tão difundido na Era Getúlio Vargas, antes da Ditadura, bem como a FUNABEM que veio em substituição a SAM, na Ditadura Militar (RIZZINI; RIZZINI, 2004). Acerca das características dessas instituições, tem-se que: “Sob o arbítrio inquestionável da autoridade judicial, os chamados à época ‘menores’ eram submetidos a toda a sorte de violações dos Direitos Humanos” (BRASIL, 2009, p. 18). Dessa forma, a própria linguagem já aponta as violações que as crianças sofreram antes, e, principalmente, durante a Ditadura Militar.

As vítimas certamente tiveram suas vidas marcadas e até mesmo foi preciso reiniciá-las após os sofrimentos vividos. A infância é um período de desenvolvimento da pessoa, de muitas descobertas. Ocorre que muitas vidas foram marcadas por descobertas nada saudáveis e/ou cidadãos, nem um pouco saudosas.

Muitas pessoas cresceram em meio ao medo e aprenderam a conviver com essa sombra por toda uma trajetória de existência. As marcas ao presenciar a morte de seus pais ou de vê-los torturados, e até mesmo a dor da separação em vida, foram a realidade de muitas crianças, como relata a Comissão Nacional da Verdade (BRASIL, 2014).

O discurso prolatado pelos adultos, que eram crianças naquele momento, demonstram que o período ditatorial vivido pelo Brasil não deixou um legado positivo. Como se vê nas palavras de Ernesto Carlos Dias do Nascimento, que tinha apenas um ano e três meses quando foi exilado para Argélia: “Tinha medo de contato social, com as pessoas. Quando chegava gente em casa, tinha aquele pavor. Eu não deixava ninguém me pegar, eu mordida as pessoas.” (BRASIL, 2014, p. 428).

Uma criança, que pela sua idade, possivelmente, falava poucas palavras, foi arrancado dos braços da sua mãe, sendo lançado em outro país, com pessoas totalmente desconhecidas, certamente teve muitas dificuldades de socialização.

Dessa forma, podemos elencar alguns tipos de violações sofridas pelas crianças daquele período, como por exemplo: aprender a lidar com a morte, separação familiar, exílio, exclusão social, liberdade de expressão, etc.

A morte foi algo comum a muitas famílias daquele período. Crianças de um, quatro e seis anos presenciaram a morte da sua mãe ou do seu pai. Tiveram que viver enlutados e acompanhados pelo medo.

Assim como na fala de Ernesto, trazida acima, muitas crianças foram exiladas, algumas tiveram oportunidade de estarem com algum de seus pais, porque fugiram, outros foram expulsos oficialmente e sozinhos. Não só tiveram o vínculo familiar quebrado, como tiveram que viver em outra cultura e em meio ao um povo desconhecido.

Ademais, tem-se a exclusão social. O Relatório realizado pela Comissão Nacional da Verdade – CNV (BRASIL, 2014) traz as inquietações vividas pelos filhos/as/crianças da época, perguntas como: “por que nossa família vive assim, perseguida pelo Departamento de Ordem Política e Social – DOPS?” ou mesmo “por que os meus pais não têm uma profissão?” foram muito pensadas naquele período. A vida das famílias perseguidas pelo governo era muito diferente para aquelas “normais” da época. Ou seja, a perturbação psicológica por comparar a sua vida com a de outras também foi algo marcante.

Assim, não há dúvidas, das violações sofridas pelas crianças nesse período difícil da história brasileira. No próximo tópico far-se-á a análise de narrativas de vida de duas crianças que tiveram que conviver com graves violações de direitos e com suas consequências pós-militarismo.

4. INFÂNCIAS ROUBADAS: NOTAS SOBRE GRAVES VIOLAÇÕES DE DIREITOS HUMANOS

No livro “*Infância Negada: crianças atingidas pela Ditadura Militar no Brasil*” (SÃO PAULO, 2014) tem-se um importante repositório de relatos de pessoas – naquela época, crianças e adolescentes – que tiveram suas vidas marcadas pelas violências totalitarismo instalado pelo regime militar.

Tendo em vista as análises a serem realizadas, neste estudo, selecionou-se uma narrativa de

vida do livro acima, bem como outra história presente nos documentos apresentados pela Comissão Estadual de Memória e Verdade de Pernambuco, como forma de analisarmos os marcadores das políticas de segurança e repressão que perfazem a infância e a adolescência neste período.

A narrativa de vida de Luis Carlos Max do Nascimento⁸ é uma, dentre tantas outras vidas, marcadas pelo militarismo no Brasil. O objetivo traduzido neste estudo não é o de, simplesmente, relatar a sua história, como feito pela Comissão Estadual de São Paulo, mas de articular a partir de sua história de vida, elementos para pensar a condição de crianças e adolescentes naquele período.

A narrativa de Luis Carlos Max do Nascimento é marcada por elementos de clandestinidade, de uma infância construída “no mato”, desde os 5 anos de idade. Vê-se em sua história a vida de um nômade, “exilado” pela repressão da época. A ausência de um lar e de lazer desenham o trajeto de fala por ele assumido. Percebe-se esses marcadores da clandestinidade no seu próprio discurso: *“Desde criança nós tínhamos noção do perigo, éramos preparados para isso, vivíamos nessa tensão. Não éramos crianças comuns que podiam brincar na rua”* (SÃO PAULO, 2014).

O fato de viverem sob constante perigo – e perseguição – forçava as famílias, inclusive as crianças, mudarem de nome constantemente. Esse é um dado importante que perfaz o relato analisado. O nome, a identidade do sujeito, perfaz a subjetividade humana, é o codinome pela qual nos reconhecemos. A necessidade de mudá-lo de forma impositiva gera, automaticamente, a negação ao quê e a quem se é. A ditadura traduzia a marca permanente de violência psicológicas a esses sujeitos.

Esse contexto explicita que a ditadura militar trouxe, sobretudo, certa violência psicológica e identitária a crianças e adolescentes, uma espécie de exclusão pela negação da subjetividade dessas pessoas. Sobre esse aspecto, a narrativa analisada, de Luis, aponta que: *“Nós tínhamos um problema de identidade muito grande. [...] e estávamos com muita vontade de voltar para o Brasil e reencontrar as nossas identidades. Até hoje eu não achei minha identidade”* (SÃO PAULO, 2014, p. 137).

Dessa forma, percebe-se que, além de trazer a morte física, o militarismo trouxe e constituiu um cenário no qual a infância e adolescência foram subalternizadas a partir da negação social⁹ desse grupo. É fato que as pessoas precisaram se reinventar, buscar se reconhecer e lutar por sua própria identidade, principalmente com a retomada da democracia. Acerca da ideia de identidade, Ciampa *apud* Silva (2009, p.188) aponta que:

[...] identidade é identidade de pensar e ser [...]. O conteúdo que surgirá dessa metamorfose deve subordinar-se ao interesse da razão e decorrer da interpretação que fazamos do que merece ser vivido. Isso é busca de significado, é invenção de sentido. É autoprodução do homem. É vida.

A partir desse conceito, podemos afirmar que a ditadura buscou retirar a identidade das pessoas, especialmente daqueles mais vulneráveis, como crianças e adolescentes, pois não poderiam se fazer ouvir, nem lutar por suas próprias condições sociais. Punia-se, desse modo, crianças e adolescentes, enquanto sujeitos despersonalizados.

A narrativa de Luis também sofreu com a separação familiar. Foi apartado da avó ainda no DOPS, depois seguiu para o juizado de menores, até que foi exilado para Argélia, e posteriormente seguiu para Cuba, onde ficou até a adolescência.

8 Um dos quatro netos da Tia Tercina [Dias de Oliveira], que, na época da greve de Osasco, tinha 5 anos. Logo em seguida, sua minha avó teve que entrar na clandestinidade, junto com seu tio, que era sindicalista e foi cassado. Nessa época, a vó era do Partido Comunista – que também foi cassado.

9 Esse processo de exclusão é reforçado durante o período de repressão militar. A realidade social de crianças e adolescentes no Brasil – historicamente e especialmente nesta época – é marcada pelo reforço dos estigmas. Crianças e adolescentes são excluídos/as das políticas e ações estatais, marcados/as, duplamente, por uma cultura anterior de negação de direitos e de aceitação.

Além de todas essas violações vividas, Luis Carlos Max do Nascimento, assim como a maioria das vítimas, sofreu com a invisibilidade durante muito tempo. A inquietação e insatisfação com esse fato ficam nítidas no discurso dele: *“Porque nos livros, nas escolas, as crianças não sabem que isso aconteceu. Eu e minha irmã, assim como muitas outras crianças, somos a prova viva do que realmente aconteceu”* (SÃO PAULO, 2014, p. 137).

Após analisar aspectos-chave que demarcam a condição de crianças e adolescentes, a partir da narrativa de vida de Luis Carlos Max do Nascimento, tem-se a noção de que a política de repressão militar à infância e a adolescência atuou, principalmente, a partir da subalternização desse grupo, pela repressão a parentes e na despersonalização de suas identidades.

Passaremos a analisar a segunda história de vida eleita, que é trazida no arquivo de “mídias” da Comissão Estadual de Memória e Verdade de Pernambuco, recentemente disponibilizado à sociedade.

Carlos Eduardo Azevedo era filho do jornalista Dermi Azevedo e foi preso e torturado na Ditadura Militar, quando tinha apenas um ano e oito meses. Teve algumas agressões físicas, que geraram também violência psicológica e o adoeceu por toda sua vida. Carlos não conseguiu superar, ou “superar”, o momento de violência vivido, o que culminou no seu suicídio quando tinha apenas 37 anos. Essa morte ocorreu em 2013 e foi noticiada em diversos jornais nacionais. Representa as marcas do militarismo na vida de crianças e adolescentes.

Através de informe feito pela Comissão Estadual de Memória e Verdade de Pernambuco nos é explícito que a violência sofrida na infância e/ou adolescência, devido a condição peculiar desses sujeitos, também demarca a dimensão mais nefasta do militarismo: a usurpação da condição humana¹⁰.

Vê-se que a vivência de Carlos compreende as dimensões de saúde mental, tão latentes na subjetividade daqueles/as que vivenciam períodos de graves violências, como as que foram vividas por crianças e adolescentes durante a ditadura militar brasileira.

Os documentos analisados demarcam a condição e o tratamento instrumentalizado militares a crianças e adolescentes, marcado, posteriormente, pela presença de fobias sociais, tratamentos com medicamentos antidepressivos e antipsicóticos, como no caso de Carlos (PERNAMBUCO, 2016).

Assim como na vida de Luis Nascimento, não é difícil perceber o legado negativo que a ditadura militar deixou para Carlos, este, dessa vez, muito mais marcado e sentido. O legado do militarismo, para crianças e adolescentes, na maioria dos casos, repercute matando-os pouco a pouco, especialmente em suas subjetividades.

Através de análises como as aqui realizadas constata-se a importância de Comissões da Verdade, de forma que se exibam seus resultados e consiga-se que outras pessoas que foram atingidas por esses processos de violência contêm as suas histórias. Luis e Carlos foram apenas duas crianças dentre milhares que tiveram a sua existência extremamente marcada pelo militarismo.

Dessa forma, observa-se através dessas histórias de vida que a violência¹¹, em todas as suas facetas, foi algo muito presente, naquele período, no cotidiano de crianças e adolescentes. Através desses relatos também pode-se verificar os principais tipos de violações vividos na época. Crianças e adolescentes simplesmente não tinham uma história de vida como as outras de sua idade.

10 Nessa conjuntura, ao se referir à função do Direito, em se tratando de períodos transicionais e/ou de graves violações de direitos, Teitel (2003) discute que a lei, nesses quadros, não se perfaz enquanto mero produto. As circunstâncias políticas moldam a instrumentalidade jurídica, ao passo que constroem a noção de democracia e de superação de graves violações de direitos humanos.

11 Enunciar as conotações das violações de direitos humanos envolvendo crianças e adolescentes durante o militarismo brasileiro e o modo pelo qual esses/as foram vistos/as e tratados/as durante o regime, caminha para o desvelar de outras facetas de uma história da democracia brasileira, hegemonicamente masculina, branca, de posses, adultocêntrica e violenta em relação ao outro.

Assim se esclarece que:

Nenhum dos que tiveram os pais assassinados, clandestinos ou encarcerados, teve direito a desfrutar da convivência familiar e escolar ou mesmo comunitária. Eles não viajavam nas férias, não participavam de jogos nem de festinhas do colégio, relacionavam-se com restrições e por pouco tempo com os vizinhos, conviviam permanentemente com o segredo. Incontáveis fins de semanas eram passados nas cadeias, únicas ocasiões em que podiam ver os pais (BRASIL, 2014, p. 30).

A separação familiar e o exílio eram muito comuns às crianças e adolescentes filhos de militantes que resistiram a ditadura militar. Por consequência, as marcas que esses fatos deixaram a cada vida foi muito devastador, como viu-se nas duas histórias acima.

Ademais, vemos que as crianças tiveram, desde muito cedo, que aprender a lidar com a morte, principalmente de pessoas próximas. Muitas delas presenciaram a morte de um dos pais, ou mesmo da família inteira. Viram a morte “olho a olho” muitas vezes, ao longo da condição de crianças e adolescentes.

Além disso, “a maioria dos filhos dos perseguidos políticos não sabia sequer como se chamavam os pais, obrigados a usar nomes falsos devido à clandestinidade” (BRASIL, 2014, p. 31). Assim, vemos que outra forma violenta de resguardar esses sujeitos, perpetrada pelos próprios familiares, como forma de defesa: a mudança de nomes. Crianças e adolescentes não podiam atender e chamar umas as outras pelo seu nome verdadeiro. Ao longo do tempo poderiam ter várias denominações. A princípio, parece-nos algo simples, mas, como demonstrado na história de Luis e Carlos, isso causou sérios problemas de identidade e de reconciliação com consigo mesmo.

Por fim, pode-se elencar ainda a violência física sofrida por crianças e adolescentes. Alguns também sofreram na própria pele o legado da ditadura. É importante frisar que a violência física nunca aparece sozinha, ela sempre traz outras consigo outras formas de subalternização, especialmente psicológicas.

Enfim, o legado e a atuação do militarismo sempre estiveram extremamente ligados a questões de subjetividade e identidade, mas também atingiram aspectos relacionados a violências físicas e psicológicas contra crianças e adolescentes.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo chega a seu fim na busca por respostas a seguinte problemática: Qual o cenário das violências sofridas pelas crianças na Ditadura Militar brasileira?

Resolveu-se buscar resultados a partir de duas histórias, a de Luis Carlos Max do Nascimento e a de Carlos Eduardo Azevedo, de modo que podemos fazer as seguintes análises e/ou apresentar os achados a seguir.

O quadro representacional, alcançado a partir da análise das narrativas eleitas (re)dimensiona o *modus* – violento e repressivo – pelo qual a infância e a adolescência foram/são situadas na história e no pós-conflito. Desenha uma narrativa de graves violações de direitos humanos e de violências simbólicas praticadas contra esses sujeitos no período totalitário. Permeadas, negativamente, por marcadores de infantilização e subalternização de crianças e adolescentes, balizados por práticas hegemônico-autoritárias, pela diferenciação biológica e geracional.

Crianças e adolescentes foram atingidas principalmente a partir das violências direcionadas as suas famílias. A condição de nômades, e, por consequência, das crianças e adolescentes, guardava relação com as práticas de resistência. A infância fora uma forma de segregar aqueles/as que ousaram enfrentar o militarismo.

Vê-se, também, que crianças e adolescentes cresceram marcados por questões de identidade, ligadas ao campo da saúde mental. A negação de suas subjetividades (utilização de vários nomes

ao longo de sua vida, e muitas vezes, nem sabiam os nomes verdadeiros de seus pais), foram determinantes nas violações a esses sujeitos.

Ademais, a infância de muitos foi caracterizada pela separação familiar e o exílio, os quais viveram, por muito tempo, com pessoas desconhecidas e em uma cultura totalmente diferente, devido à perseguição política.

Por fim, percebe-se que a maioria dessas crianças conviveram com a invisibilidade, a partir da negação de suas histórias. Vê-se ser preciso continuar a dar visibilidade a todas essas crianças e adolescentes que foram vítimas de graves violações de direitos humanos, como forma de se poder contribuir o “nunca mais” e a afirmação da democracia, hoje.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Catarina. *Os Direitos da Criança: as Nações Unidas, a Convenção e o Comitê*. Brasil, 2001.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848 de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Presidente da República. Brasília, DF, 1940.

BRASIL. Presidência da República. Secretaria Especial dos Direitos Humanos Direito à Memória e à Verdade: histórias de meninas e meninos marcados pela ditadura. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2009.

BRASIL. Comissão Nacional da Verdade. Relatório da Comissão Nacional da Verdade: Textos temáticos. v.2. Brasília: CNV, 2014.

COELHO, Bernardo Leôncio Moura. A proteção à criança nas constituições brasileiras: 1824 a 1969. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 35, nº 139, p. 93-108, jul./set. 1998.

FROTA, Ana Maria Monte Coelho. Diferentes concepções da infância e da adolescência: a importância da historicidade para a sua construção. *Estudos e Pesquisas Em Psicologia*, 7(1), p.144-157, 2007.

LAKATOS, Eva Maria. *Fundamentos de metodologia científica*. 5. ed., São Paulo: Atlas, 2003.

LEITE, Miriam L. Moreira. A Infância no século XIX segundo memórias e livros de viagem. In: Marcos Cezar de Freitas (Org.). *História Social da Infância no Brasil*. São Paulo: Cortez, 2011, p. 20-52.

LORENZI, Gisella Werneck. *Uma Breve História dos Direitos da Criança e do Adolescente no Brasil*. Paraná, 2007.

NASCIMENTO, Cláudia Terra do; BRANCHER, Vantoir Roberto; OLIVEIRA, Valeska Fortes de. *A Construção Social do Conceito de Infância: algumas interlocuções históricas e sociológicas*. Rio Grande do Sul, ano 23, nº 79, p. 47-63, jan./jun 2008.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos da Criança*. 1959.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção Americana de Direitos Humanos (“Pacto de San José de Costa Rica”)*, 1969.

REÁTEGUI, Félix (org.). *Justiça de transição: manual para a América Latina*. Brasília: Comissão de Anistia, Ministério da Justiça; Nova Iorque: Centro Internacional para a Justiça de Transição, 2011.

RIZZINI, Irene; RIZZINI, Irma. *A institucionalização de crianças no Brasil: percurso histórico e desafios do presente*. Edições Loyola, 2004.

SANTOS, Boaventura de Souza. Poderá o direito ser emancipatório? *Revista Crítica de Ciências Sociais*. nº 65, maio, 2003, p. 03-76.

SILVA, Adriano Sales dos (org.). *Fundamentos teóricos e metodológicos da educação infantil*. Belém: Ed. UFPA, 2005.

SILVA, Flávia Gonçalves da. *Subjetividade, individualidade, personalidade e identidade: concepções a partir da psicologia histórico-cultural*. *Psicol. educ.*, São Paulo, n.28, p.169-195, jun. 2009.

RAPOSO, Hélder Silva et al. Ajustamento da criança à separação ou divórcio dos pais. *Revista de Psiquiatria Clínica*, v. 38, n. 1, p. 29-33, 2011.

RIZZINI, Irene; PILOTTI, Francisco. *A arte de governar crianças: a história das políticas sociais, da legislação e da assistência à infância no Brasil*. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2009.

TEITEL, Ruti. *Transitional Justice Genealogy*. *Harvard Human Rights Journal*. vol. 16, nº 69, 2003, p. 70.

Recebido em: 07/02/2017

Aprovado em: 27/09/2017

Como citar este artigo (ABNT):

CARDOSO, Fernando da Silva; SANTOS, Mariane Izabel Silva dos. A Questão da Infância e da Adolescência no Processo Justransicional Brasileiro. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.32, p.76-86, maio/ago. 2017. Disponível em: <<http://blog.newtonpaiva.br/direito/wp-content/uploads/2017/10/N.32-05.pdf>>. Acesso em: dia mês. ano.

RESTRIÇÕES, PRIVAÇÕES E VIOLAÇÕES DE DIREITOS CONSTITUCIONAIS FUNDAMENTAIS

RESTRICTIONS, DEPRIVATIONS AND VIOLATIONS TO CONSTITUTIONAL RIGHTS

CARLOS LUIZ STRAPAZZON¹
ADRIANA INOMATA²

RESUMO: Um dos mais graves problemas das democracias constitucionais são os casos de privação de direitos fundamentais. Este artigo discute o alcance da hipótese de que ninguém pode ser privado de seus direitos fundamentais. A tese central do artigo é que direitos fundamentais podem sofrer três tipos de intervenções: restrições (intervenção relativa), privações e violações (intervensões absolutas), dadas certas condições. Decorre disso a tese de que restrições, privações e violações são categorias analíticas diferentes e decisivas para a linguagem do controle de constitucionalidade. O tema foi abordado a partir de pesquisa analítica de conceitos teóricos, apoiada em testes de consistência lógica e funcional dos termos, com base na teoria dos princípios de Robert Alexy. A pesquisa se apoia também em análise do direito constitucional nacional e estrangeiro e revisa, seletivamente, a crítica teórica e jurisprudencial sobre o tema. A partir das evidências encontradas, o artigo sugere um refinamento do vocabulário básico da teoria constitucional para que se estabeleça o significado e as condições de possibilidade das privações (intervensões absolutas) em direitos fundamentais. As principais conclusões apontam que, se por um lado o direito internacional dos direitos humanos, o direito constitucional nacional de muitas democracias, a doutrina e a jurisprudência admitem situações legítimas de privação de direitos fundamentais, é imperativo não confundir as situações de restrição, privação e de violação desses direitos.

Palavras-chave: Direitos fundamentais; violações a direitos; democracia

ABSTRACT: One of the most challenging issues for constitutional democracies is the so-called deprivation of fundamental rights. This article addresses the hypothesis according to which in democracies no one might be deprived from fundamental rights. The main thesis of the article is that fundamental rights can undergo three types of interventions: restrictions (relative intervention), deprivations and violations (absolute interventions), given certain conditions. It follows that restrictions, deprivations and violations are different and decisive analytical categories for the language of *judicial review*. The theme was approached from an analytical research of theoretical concepts, supported by tests of logical and functional consistency of the terms, based on Robert Alexy's theory of principles. The research also relies on analysis of national and foreign constitutional law and selectively reviews the theoretical and case law upon the subject. From the evidences found, it is recommended a refinement of the basic vocabulary of constitutional theory to establish the meaning and conditions of possibility of deprivations (absolute interventions) in fundamental rights. Given that international human rights law, as well as national constitutional law across many democracies admit legitimate situations of deprivation of fundamental rights, it is imperative not to confuse circumstances of restriction, deprivation from those attached with violation of those rights.

Keywords: constitutional rights; violations; democracy

1 Pós-Doutorado em Direitos Fundamentais pela PUC-RS. Doutorado em Direito pela UFSC. Professor do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito (Mestrado) da UNOESC (Chapecó/SC). Professor de Direito Constitucional da Escola de Direito da Universidade Positivo (Curitiba/PR). Email: strapazzon.carlos.luz@gmail.com

2 Mestre em Direito pela Unibrasil/PR. Professora de Direito Constitucional da Escola de Direito da Universidade Positivo (Curitiba/PR). Email: adrianainomata@yahoo.com.br

1. INTRODUÇÃO

É sempre delicado discutir hipóteses de privações e violações de direitos fundamentais. Só o fato de suscitar a existência do fenômeno já levanta resistências, temores e, em alguns casos, aborrecimentos. Contudo, se por um lado é indispensável proteger os direitos fundamentais na maior medida possível, por outro, o trabalho científico deve estar firmemente comprometido com o esclarecimento da existência de fenômenos reais, mesmo que desagradáveis. Crucial, nesses casos, é que a discussão seja realizada em bases aceitáveis. Ou melhor, que seja possível compreender os fatos, o modo de analisá-los e as consequências possíveis. Estamos convencidos de que a análise das situações de privação (intervenção absoluta) e o discernimento das diferenças relevantes com outras situações semelhantes, como as de restrições e violações, é uma forma útil de aprimorar o objetivo de garantir a melhor proteção possível dos direitos fundamentais e avançar o desenvolvimento teórico.

No Brasil, Virgílio Afonso da Silva (2011, p. 199) admitiu a possibilidade de restrições a direitos fundamentais passarem pelo teste da proporcionalidade e nada restar de um direito fundamental. Para ele, restrições respeitam o conteúdo essencial de um direito se são proporcionais (SILVA, 2011, p. 206). Carlos Bernal Pulido afirma que “toda lei vulnera o direito fundamental em que intervém se seu conteúdo é incompatível com o conteúdo normativo da disposição que tipifica o direito”, e a seguir, em nota de rodapé, afirma que “a vulneração de um direito fundamental é um caso específico de inconstitucionalidade da lei” (PULIDO, 2007, p.90). Quanto a Robert Alexy, ainda que se possa derivar uma resposta a partir de seu sistema teórico completo, parece que não enfrentou, analiticamente o problema das intervenções absolutas, nem reconheceu explicitamente casos de privações legítimas e ilegítimas.

O texto constitucional do Brasil oferece muitos casos de aplicação desses termos com implicações diretas na linguagem dos direitos individuais. Há, por exemplo, o caso do *caput* do Art. 5º, que estabelece a *inviolabilidade* de seis princípios: vida, liberdade, igualdade, segurança e propriedade. O Art. 5º ainda tem algumas regras bem específicas, como a *inviolabilidade* da liberdade de consciência e crença (Art. 5º. VI), da *inviolabilidade* intimidade, da vida privada, da honra e da imagem (Art. 5º, X), da *inviolabilidade* da casa (Art. 5º.XI), da *inviolabilidade* do sigilo de correspondência (Art. 5º. XII), da *inviolabilidade* da imunidade parlamentar por opiniões, palavras e votos (Art. 29, VIII, Art. 53), da *inviolabilidade* dos atos e manifestações de advogados no exercício profissional (Art. 133). O texto constitucional também adota o vocábulo *privação* para dizer o que parece ser, à primeira vista, a mesma coisa que *inviolabilidade* de direitos. Assegura, por exemplo, que *ninguém será privado* de seus direitos por motivo de crença religiosa, convicção filosófica ou política (Art. 5º. VIII), que ninguém pode ser *privado* da liberdade ou bens sem o devido processo legal (Art. 5º. LIV).

Se olharmos de outro ângulo, veremos que o mesmo texto constitucional abre a possibilidade para que sejam estabelecidas *restrições* e *privações* a direitos reconhecidos como *invioláveis*. Vejam-se, por exemplo, os casos do *caput* do Art. 5º, que diz que os princípios são *invioláveis*, porém, *nos termos desta Constituição*. O que isso significa? Que são *invioláveis*, mas que em certos casos podem ser *violáveis*? Veja também o casos do Art. 136 § 1º.I, que agora prevê *restrições* ao direito de reunião, sigilo de correspondência, comunicação telegráfica e telefônica, ou do Art. 139, III, que admite *restrições* até mesmo para a liberdade de imprensa, que tem a seu favor a regra geral do Art. 220, onde se lê que *a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação ... não sofrerão qualquer restrição*, porém, nos termos do texto constitucional. Ou no caso do Art. 133, ao estabelecer que a *inviolabilidade* dos advogados se dá *nos limites da lei*, ou mesmo a redação dada ao Art. 5º. XLVI, que autoriza a existência de penas de *privação* ou de *restrição* da liberdade. Então, direitos *invioláveis* podem sofrer *privações*? *Restrições*? Quando o tema é analisado mais de

perto, nota-se a falta de uma teoria das intervenções absolutas para guiar a interpretação.

Uma importante tese da teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy é que todas as colisões entre princípios constitucionais só podem ser solucionadas se restrições e sacrifícios forem admitidos. A questão mais importante é saber como essas restrições serão feitas de modo a impedir violações (ALEXY, 2011, p.62). Afinal, “se uma ação viola um direito fundamental, isso significa que, do ponto de vista dos direitos fundamentais, ela é proibida” (ALEXY, 2008, p. 98).

Este artigo aborda particularmente o alcance dessa última afirmação. Discutirá como abordar o problema das privações e violações de direitos constitucionais a fim de avaliar se (1) existem hipóteses de intervenções absolutas em direitos fundamentais admitidas pelo ordenamento constitucional do Brasil e quais são elas, e se (2) a avaliação da constitucionalidade dessas hipóteses depende, ou não, de uma abordagem estritamente orientada pela teoria dos princípios e da análise da proporcionalidade.

2. DIREITOS CONSTITUCIONAIS E DIREITOS HUMANOS E A DUPLA DIMENSÃO DO DIREITO

Admitiremos, com Robert Alexy, que violações de direitos constitucionais são proibidas. Ao final explicaremos porque essa afirmação é necessária. Para seguir adiante, admitiremos também que o direito constitucional³ têm dupla natureza (ALEXY, 2011, p.39): positiva e ideal — aliás, como o direito em geral⁴ — e que, por isso, a interpretação do direito constitucional sempre deve ser guiada pela pretensão de realização, na maior medida possível, dessas duas dimensões. Isso implica dizer que a interpretação do direito constitucional, e do direito em geral, orienta-se pela necessidade de realizar, na maior medida possível, os ideais de segurança (dimensão positiva) e de justiça (dimensão ideal, ou moral). Fica estabelecido, então, que este artigo não pretende explicar os casos de privações e violações de direitos constitucionais por aspectos exclusivamente positivos e formais, nem por uma abordagem tradicional de coerência interna de dispositivos do direito positivo, mas pela abordagem dos princípios e pela necessidade de realizar, na maior medida possível, os princípios da segurança e da justiça.

3 Tendo em vista que a discussão toma, em primeiro lugar, o caso do direito constitucional do Brasil, então direitos fundamentais serão definidos, aqui, como uma categoria especial de direitos constitucionais. Assim, à primeira vista, direitos fundamentais são direitos constitucionais especiais porque estão formalmente destacados no texto das Constituições (da República ou dos Estados). Esse critério formal, porém, não explica toda a extensão do termo “direitos fundamentais do Brasil”. Além disso, é preciso dizer que são direitos que recebem uma proteção especial, mais rígida (proibição de revogação e meios especiais de proteção) do sistema constitucional. Ocorre que esse critério da proteção mais rígida não contempla adequadamente outro fator crucial: a importância de um direito para realizar os preceitos constitucionais mais relevantes do projeto constitucional do Brasil. Uma adequada definição do termo requer a composição dos critérios anteriores. O aspecto formal, a rígida proteção e a importância para realizar os preceitos fundamentais do sistema constitucional. Assim, “direitos fundamentais no Brasil” devem ser definidos como os direitos constitucionais escritos no Título II da Constituição da República ou em capítulo especial das Constituições dos Estados. Além desses direitos formalmente estabelecidos como fundamentais, outros direitos podem ser declarados como constitucionais fundamentais, mesmo que não escritos nos textos constitucionais, e mesmo que não sejam escritos em qualquer documento jurídico (Art. 5o§ 2o.). Direitos fundamentais do Brasil, portanto, são os direitos constitucionais originariamente reconhecidos como tais pela Assembleia Nacional Constituinte (Título II da CRFB) ou pelo Poder Constituinte dos Estados, acrescidos de outros que autoridades competentes (Judiciais ou Legislativas) podem evolutivamente reconhecer, observados a) o caráter necessário para realizar as finalidades, objetivos, princípios e fundamentos estabelecidos no Capítulo I, no Art. 60§4, e no Art. 34, VII do texto constitucional da República, e b) os limites criativos estabelecidos no Art. 5o. § 2o, da Constituição da República. Esses direitos constitucionais, escritos e não escritos, atuais ou futuros, por causa da função especial que desempenham no projeto constitucional, recebem a mais rígida proteção do sistema constitucional do Brasil. Ver, quanto significado de preceitos fundamentais, a ADPF n. 33/2005, julgada pelo Supremo Tribunal Federal. Para outras definições, ver Sarlet (2012), Silva (2011).

4 Sobre a tese da dupla dimensão do direito, ver Alexy (2004, p.6 e seguintes). Ver tb. Dworkin (2007, p.36 e ss)

Admitiremos que a discussão orientada apenas pelas preocupações de coerência interna⁵, que incorpora as abordagens sistemáticas do direito, são insuficientes para realizar os ideais de segurança e justiça. Este artigo amplia suas ambições para admitir que problemas jurídicos bem resolvidos reclamam, por um lado, um resultado seguro e, por outro, um resultado *plausível, razoável, comedido, isto é, justo*. Conciliar os elementos da segurança (direito positivo) e de justiça (dimensão moral do direito) é uma exigência política e moral do raciocínio jurídico em democracias constitucionais ocidentais, e isso não será aprofundado aqui, apenas admitido como pressuposto de nosso estudo.

Para adentrar na conjugação entre a dimensão ideal e positiva do direito constitucional, tomemos uma categoria de direitos constitucionais fundamentais: os direitos da pessoa humana⁶, mas só os que correspondem a direitos humanos⁷. Esses direitos constitucionais, pela finalidade que os justifica, fortalecem a proteção dos direitos humanos de dois modos: a) por repetição, na medida em que institucionalizam a existência, no âmbito interno, de direitos estabelecidos em documentos internacionais⁸, b) por

5 A abordagem do direito orientada pela coerência interna explora a validade dos enunciados normativos a partir de três grupos de contradições literais: (a) de hierarquia, dividida em dois subgrupos, (a.1.) contradições literais verticais, sendo que o primeiro contempla análises diretas de hierarquização normativa, como o conflito substantivo direto que ocorre entre uma regra de direito constitucional e uma regra de direito infraconstitucional, até (a.2) conflitos indiretos, como os que ocorrem entre uma regra constitucional de competência e uma regra de direito infraconstitucional. Este último caso é visível quando o texto constitucional distribui competências legislativas compartilhadas a entes federativos. O segundo grupo explora (b) contradições literais horizontais de tipo: (b.1) cronológicas e de (b.2) especialidade. O terceiro grupo explora (c) contradições literais de tipo (c.1) sistêmico, e (c.2) genético. O pressuposto básico dessa abordagem discutir a validade dos enunciados normativos a partir de uma análise do significado literal dos mandamentos. Não é uma abordagem que oferece uma técnica para avaliar a justiça dos enunciados do direito. Sua atenção, entretanto, é extremamente concentrada na avaliação da segurança lógica dos enunciados normativos. Esse conflito metodológico é frequentemente apresentado como conflito entre teorias positivistas e não positivistas do direito. Ver: Dworkin (1967), Alexy (2002). Ver também Bobbio (1999).

6 Tais como o direito de não sofrer tratamento desumano ou degradante, o direito à vida, à saúde, à igualdade de gênero, ao trabalho decente, à cultura etc.

7 Isso não equivale a dizer que todos os direitos fundamentais da Constituição do Brasil sejam direitos humanos. O direito constitucional pode ter muitos tipos de direitos fundamentais. No entanto, um desses tipos são os direitos humanos. Além desses, o direito constitucional pode reconhecer direitos fundamentais que se aplicam exclusivamente a cidadãos de um Estado, como é o caso do direito ao 13o. salário no Brasil (Art. 7º, VIII da CR), ou o direito de estabelecer escolas privadas, na Alemanha (Basic Law, Art. 7º, 4). Mais ainda, o direito constitucional pode até reconhecer direitos fundamentais de pessoas jurídicas: como é o caso do direito de proteção do nome comercial, de signos distintivos (Art. 5º, XXIX), ou o direito dos partidos políticos de receber recursos do fundo partidário (Art. 17º, § 3º). Para aprofundamentos neste último ponto, ver Sarlet (2012, p.223 e ss).

8 Bastaria considerar os 9 mais importantes tratados internacionais de direitos humanos para notar a forte correspondência entre o que prescreve a Constituição do Brasil para direitos constitucionais fundamentais das pessoas humanas e esses direitos humanos:

1. Convenção Internacional dos direitos civis e políticos (1966);
2. Convenção Internacional dos direitos econômicos, sociais e culturais (1966);
3. Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial (1969);
4. Convenção contra a tortura e outras formas de tratamento ou punição cruel, degradante ou desumanos (1984);
5. Convenção dos direitos das crianças (1990);
6. Convenção Internacional para a proteção de todos os trabalhadores migrantes e suas famílias (1990);
7. Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher (1991);
8. Convenção Internacional para a proteção de todos contra desaparecimentos forçados (2006);
9. Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiências (2007).

O direito constitucional do Brasil reconhece, formalmente, a maior parte desses direitos humanos (excetuam-se os direitos de trabalhadores migrantes e a proteção contra desaparecimento forçado). No Título I da CRFB reconhece-se o princípio fundamental à dignidade da pessoa humana (Art. 1º, III), no Título II, o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança, à propriedade, (todos no caput do Art. 5º). Depois os direitos políticos (Art. 14 e seguintes), direitos do trabalho (Art. 7º), direito à saúde, à previdência, à assistência, e direito à educação (todos no Art. 6º); além desses, há o direito ao não tratamento degradante (Art. 5º, III), a proibição de discriminação racial (Art. 5º, XLIII); e a proibição de discriminação contra a mulher (Art. 5º, II e Art. 5º, XLI); o direito constitucional do Brasil também é sensível aos direitos das pessoas com deficiência, por conta da recepção da referida Convenção de New York, de 2007, com status de Emenda à Constituição.

determinação, na medida em que os textos constitucionais podem não apenas repetir, mas especificar detalhes quanto ao sentido e alcance de um direito humano inespecífico estabelecido em documentos internacionais⁹. Desse modo, seja quando coincidem perfeitamente com o conteúdo dos direitos estabelecidos em tratados de direitos humanos, seja quando ocorre de não coincidir perfeitamente, mas de o direito constitucional realizar, por si, a melhor proteção de um direito humano, nesses dois casos, o direito constitucional realiza os objetivos morais dos direitos humanos.

Então, direitos constitucionais que protegem direitos humanos (universais, morais, fundamentais e prioritários) têm uma dimensão ideal muito evidente: são enunciados normativos que existem no direito constitucional para proteger os seres humanos contra o risco de tratamentos degradantes e para proteger e promover as condições básicas de livre desenvolvimento das pessoas humanas. Esses são ideais morais universais. Mas se forem estabelecidos no direito constitucional, servem de critério constitucional, portanto, de âmbito interno, para avaliar a qualidade substantiva dos direitos e deveres de uma ordem jurídica positiva.

Para negar a tese da conexão entre o direito constitucional e ideais morais universais seria preciso negar que as condutas humanas são, em última *ratio*, orientadas por princípios gerais (HARE, 1960, posição 63, item 4.1, DWORKIN 2007, p. 36). Além disso, seria preciso admitir que os direitos humanos mais elementares, como vida, liberdade, igualdade, não discriminação, saúde, cultura, não têm natureza de princípio moral. E mais, que quando positivados no texto constitucional perderiam a natureza de princípio moral universal que lhes fundamenta, só porque se converteram em direitos positivos de um Estado. Entretanto, as coisas não se passam assim. A positivação constitucional de direitos humanos não tem autoridade para anular a natureza moral universal desses direitos, seja quando são repetidos, seja quando são refinados pelas Constituições dos Estados.

Mas esse é só um aspecto da dimensão ideal dos direitos fundamentais. O outro é que todos os direitos constitucionais são estabelecidos com vistas à realização de fins constitucionais, sejam biológicos, morais, ambientais, políticos, sociais e econômicos que podem ser qualificados como a moralidade básica (e, oficial) de uma sociedade nacional. Esses fins, paradoxalmente, são também chamados de *princípios constitucionais* pela doutrina do direito.

3. DOS PRINCÍPIOS, DAS REGRAS

Princípios do direito constitucional são ideais normativos positivados. Para guardar coerência com essa abordagem podemos afirmar que princípios constitucionais são valores morais substantivos de uma sociedade, convertidos em normas jurídicas positivas. Por isso, princípios constitucionais podem ser formais, isto é, escritos. Ou podem ser não escritos. Contudo, os princípios constitucionais, por serem também normas jurídicas, podem ser ideais de organização ou de competência que precisam de determinação substantiva posterior (caso dos princípios de separação de poderes, democracia, república, federação, soberania, etc).

9 O direito constitucional pode especificar um determinado direito humano. Um exemplo ocorre quando a Constituição do Brasil estabelece no Art. 5o XVIII que a criação de associações e, na forma da lei, a de cooperativas, independe de autorização, sendo vedada a interferência estatal em seu funcionamento. Essa é uma regra que especifica o direito humano de associação, prevista, entre outros, no Art. 22 do Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos. Além disso, o direito constitucional pode melhorar a proteção de um dado direito humano. Um exemplo é o direito de não ser condenado à pena de morte, que no Brasil vem estabelecido no Art. 5o, XLVII. Este é um direito derivado do direito humano à vida (Art. 6o do Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos). Todavia, neste último caso o direito constitucional melhora as condições de proteção do direito tal como previsto no direito internacional. É que a regra constitucional do Brasil é mais protetiva do que as regras do direito internacional dos direitos humanos, uma vez que a orientação geral do Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos é admitir a privação do direito à vida, desde que observado o *due process*.

Uma vez incorporados aos textos constitucionais, os princípios assumem a natureza de normas jurídicas, e como todas as normas jurídicas, os princípios são mandamentos. Mas não são mandamentos de obrigação, proibição, permissão ou de competência, como são as regras. São padrões da moralidade básica de uma sociedade, só que oficializados na medida em que se integram ao direito constitucional. E como todos, e porque são muitos e diferentes, os princípios constitucionais devem ser realizados de maneira ótima (ALEXY 2008, p.104). É por isso que seus enunciados mandam que a liberdade, ou a paz, ou a segurança, o a propriedade, ou a igualdade, por exemplo, sejam realizadas na maior medida possível, ou que a competência legislativa de uma autoridade seja realizada na maior medida possível. Os princípios são mandamentos de otimização.

Abstratamente visualizados, os princípios devem ser reconhecidos como um tipo particular de enunciado normativo. Eles têm uma aparência e um conjunto de possibilidades antes de entrar em colisão com os outros princípios e uma outra aparência depois que entram em colisão com outros princípios (ALEXY 2008, p. 277). Quer dizer, o direito “a princípio” é aquele que ainda não sofreu quaisquer restrições por outros direitos. Já o direito depois das colisões é o direito com restrições, ou seja, o *direito definitivo*. Assim são as regras. Todas as regras são o produto de uma colisão de princípios e elas determinam sujeitos, objetos, tempo, modo, procedimentos, lugares, finalidades. Regras boas têm muitas informações. Por isso conferem segurança as relações jurídicas. Mas regras jurídicas, necessariamente, precisam ser válidas. E a validade das regras depende de como elas se relacionam com outras regras e com os princípios da ordem jurídica.

Se os direitos “a princípio” podem sofrer *restrições* de seu alcance a medida que colidem com outros, é porque direitos e restrições são fenômenos diferentes. Essa abordagem dos direitos e de suas restrições como dois tipos diferentes de normas é chamada de *teoria externa* das restrições. Assume-se com ela que uma coisa é um enunciado que veicula um direito; outra, bem diferente, as normas que colidem com o direito e que, por isso, produzem restrições. Entendemos que essa forma dual de análise dos direitos é decisiva para desenvolver o problema das privações e violações de direitos fundamentais. É uma abordagem que não reconhece limites imanentes a um direito constitucional¹⁰. Ou seja: um direito constitucional sempre é restringido por normas externas a ele e toda restrição a qualquer direito “a princípio”, sempre é o resultado de uma antinomia (SILVA, 2011, p.140).

Se princípios constitucionais são restringíveis (ou excepcionáveis, no caso de assumirem a forma de regras), é porque colidem com outros princípios constitucionais. No entanto, restrições à força normativa de princípios precisam ser comedidas. Isso supõe que devem ser restrições compatíveis com a força normativa de princípios constitucionais que, nos casos concretos, apresentam-se como contrapostos.

Restrições a direitos constitucionais decorrem da própria Constituição, expressa¹¹ ou implicitamente¹², ou são autorizadas pela constituição e, assim, são restrições indiretas¹³. Importante reiterar que, tanto no caso da reserva legal simples como no da reserva legal qualificada, o exercício dessa

10 Diferentemente da teoria externa, a teoria interna propõe que só os direitos fundamentais seriam “não limitáveis (BOROWSKI, 2000, p. 32). “O conceito de restrição é substituído pelo conceito de limite” (ALEXY, 2008, p.277). Segundo essa teoria, ao definir um direito, estamos identificando seus limites, o que significa afirmar que a definição da extensão do direito não depende de fatores externos a ele (SILVA, 2011, p. 128).

11 Como as condições restritivas para o exercício do direito de reunião, expressas no Art. 5º, XVI, da CRFB

12 Uma restrição implícita não equivale ao conceito de restrição imanente. Por exemplo, a invocação da necessidade de interpretação sistemática do texto constitucional, umas das mais frequentes no âmbito da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, é uma limitação implícita do alcance de certos direitos constitucionais, em nome da necessária harmonização dos enunciados do texto constitucional. (RHC – 126763, Informativo n. 803; Pet – 3240, Informativo n. 768)

13 As restrições indiretamente constitucionais são estabelecidas quando a Constituição autoriza alguém a regulá-las. Tratam-se, neste caso, das chamadas reservas legais (simples e qualificadas), ou seja, das situações em que a própria Constituição estabelece que determinada norma será restringida pelo legislador infraconstitucional.

competência para restringir um direito constitucional é limitado tanto por questões formais (competência, procedimento), como por questões materiais, ou seja, pelo conteúdo do direito bem como pela proporcionalidade da restrição. É que, ao estabelecer uma restrição em abstrato no texto constitucional, ou num texto de lei, a autoridade legislativa faz um cálculo de proporcionalidade. Em qualquer caso, restrições a princípios só podem ser válidas se atenderem aos imperativos da proporcionalidade, em caso contrário são violações (SILVA, 2011, p. 181)

4. EM ÚLTIMA *RATIO*, OS PRINCÍPIOS

Agora se vê melhor que o debate sobre direitos constitucionais e sobre inconstitucionalidades não é só um debate sobre ideais, ou seja, sobre princípios. No entanto, é uma questão de princípios, em última análise. Quando o conflito entre regras constitucionais parece ser inevitável, o conflito se resolve, necessariamente, a partir da ponderação dos princípios (substantivos ou formais) que fundamentam a validade das regras constitucionais antinômicas e pelo teste da proporcionalidade das restrições.

Isso poderia ser colocado de outro modo para dizer que é preciso ter em conta, em primeiro lugar, que o texto constitucional é um articulado de princípios implícitos e explícitos¹⁴. E também, que o legislador constituinte ponderou a partir desses princípios e, com base em princípios políticos e morais oficiais formulou regras constitucionais a fim de fixar obrigações, proibições, imunidades, competências e, obviamente, compor e harmonizar um certo número de interesses conflitantes com que se deparava.

Essa atividade normativa é semelhante no plano infraconstitucional, ou seja, no plano legislativo. O resultado da ponderação política (de uma assembleia nacional constituinte ou de um legislador ordinário) pode gerar uma longa lista de princípios explícitos e de regras explícitas¹⁵. Importante é ver que até mesmo as regras constitucionais explícitas, precisam ser harmônicas entre si e com os princípios constitucionais. Se esse não for o caso, até mesmo a eficácia de regras constitucionais originais pode ser suspensa pelos órgãos competentes para o controle de constitucionalidade¹⁶.

Então podemos repetir: direitos constitucionais não são apenas ideais (princípios). Mas um sistema de mandamentos (normas) com natureza de princípios e regras. Todavia, em última análise, é um sistema de princípios. E direitos com natureza (ou fundamento) em princípios, são direitos relativos e, também, restringíveis, pois não são mandamentos de obrigação, proibição, permissão ou competência, são mandamentos de otimização. Direitos constitucionais, portanto, sejam especiais como os direitos fundamentais, sejam expressos em forma de regras ou de princípios, precisam ser compreendidos como direitos redutíveis, em última *ratio*, à condição de mandamentos de otimização, pois todo enuncia-

14 A rigor, não é só o direito constitucional. Todos os ordenamentos jurídicos são assim.

15 Esse é o caso, por exemplo, das seguintes regras do Art. 5º. LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais; V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

16 Foi isso, exatamente, o que se passou quando o STF julgou o caso do Depositário Infiel, (STF. RE 466.343. Tribunal Pleno, DJe 5.6.2009). Nesse caso, a Suprema Corte entendeu que a privação de liberdade individual em favor do direito de propriedade, baseada em não cumprimento de acordo civil de depósito de bens, na forma da regra estabelecida no Art. 5o. LXVII, era inconciliável com a extensão do direito fundamental de liberdade individual previsto no ordenamento jurídico do Brasil. A Suprema Corte decidiu, portanto, que uma regra formalmente estabelecida pela Assembleia Nacional Constituinte não era compatível com o sistema de princípios da Constituição brasileira. Dada a impossibilidade formal de declará-la inconstitucional, o STF decidiu que os Tratados de Direitos Humanos – em expressão cunhada pelo Min. Gilmar Mendes, paralizam a eficácia das normas infraconstitucionais conflitantes. Não se trata, propriamente, de paralização de eficácia, mas de “suspensão da eficácia”. E o que gerou a suspensão da eficácia da regra constitucional foi a decisão da Suprema Corte, ainda que isso não tenha sido admitido formalmente. Mas esse é um problema de justificação da Corte, não das características da decisão.

do normativo (todo enunciado de dever ser) pode ser reduzido a um princípio que o fundamenta.

Reconhecer a existência de uma dimensão ideal num ordenamento jurídico ou numa constituição em nada prejudica o reconhecimento de que o direito constitucional pode ser também um sistema institucionalizado de normas oficiais. Aliás, a teoria dos princípios admite que a dimensão concreta e objetiva do direito tem uma relativa prioridade em relação à dimensão ideal, por conferir *segurança* aos ideais. O argumento de Robert Alexy (2008, p.105) parece definitivo quanto a isso. É que os princípios escritos e as regras constitucionais expressas, além de serem dispositivos constitucionais que realizam o princípio da *segurança*, têm sua autoridade reforçada pelo princípio formal da autoridade conferida a representantes políticos para editá-las. Portanto, a teoria dos princípios sustenta que as *regras* (e poderíamos acrescentar também os *princípios escritos*) tem preferência (não absoluta, porém) para serem aplicadas nos casos concretos (ALEXY 2008, p. 106). E, mais, quanto mais importância têm os princípios formais de competência para criar regras, numa dada ordem constitucional, tanto mais importância tem as regras em face dos princípios (ALEXY 2008, p. 105). Nem tudo se resolve, portanto, com a simples redação ou alegação baseada em princípios escritos ou em regras constitucionais: “[S]e a regra [constitucional] for ambígua, vaga, ou semanticamente aberta, os princípios substantivos que lhe dão base imediatamente entram em cena” (ALEXY, 2014, p. 63; ALEXY, 2008, p. 558).

Isso é melhor compreendido quando se admite que duas regras estabelecidas no texto constitucional podem ser conflitivas e que a superação do conflito exige uma interpretação baseada nos princípios que servem de fundamento para cada uma dessas regras. Assim, a superação do conflito das regras constitucionais exigirá uma avaliação serena da importância de realizar cada um dos princípios fundamentais e contrapostos. A única forma transparente, racional, democrática de superar o conflito real (não é conflito aparente!, pois o conflito realmente existe no caso concreto) entre duas regras constitucionais, sendo impossível criar uma regra de exceção a uma delas, é encontrar uma solução equilibrada de realizar, na maior medida possível, os princípios constitucionais colidentes de onde derivam essas regras.

Colocadas as coisas assim, pode-se ver que o conflito constitucional entre princípios ocorre quando é preciso interpretar dispositivos constitucionais que têm natureza de princípio, ou quando eles assumem natureza de regra. No primeiro caso, o conflito de princípios é direto. No segundo, indireto. Nos dois casos, porém, caso seja desejável adotar um modo discursivo e racional de responder ao conflito, será necessário recorrer ao teste da proporcionalidade (ALEXY, 2014, p. 63), posto que todos os princípios são, igualmente, mandamentos de otimização.

É preciso reconhecer, então, que diante de uma colisão de princípios constitucionais (a dimensão ideal do direito) ou de princípios e regras (envolvendo a dimensão ideal e regulamentar do direito), uns devem ceder mais do que outros. Tendo em vista a natureza discursiva da interpretação dos direitos, devem prevalecer os princípios que recebem mais razões fáticas e jurídicas para resolver o caso concreto com segurança e justiça.

Mas como estabelecer a precedência de princípios constitucionais colidentes sem arbitrariedade, ou melhor, de modo a controlar racionalmente, ao máximo possível, as preferências subjetivas implicadas na solução de um caso concreto? É preciso um tipo de teste de qualidade da solução, isto é, um teste de justiça e de segurança da decisão. À primeira vista, um conflito de direitos constitucionais não se resolve só com base nas informações detalhadas do caso concreto. É preciso considerar também a ordem abstrata de valores que o próprio ordenamento constitucional estabelece. Isso quer dizer que a própria ordem constitucional pode estabelecer que certos princípios devem ter mais peso na solução de qualquer caso. Assim, pode ser que alguns princípios constitucionais tenham mais importância *abstrata* em face dos demais. De todo modo, será necessário eleger princípios e regras, e definir em que medida cada um(a) se aplica ao caso. A experiência internacional com direitos humanos e também com direitos constitucionais recomenda que a solução de equilíbrio de segurança, em

casos de antinomias, se dê a partir de uma avaliação da proporcionalidade dos efeitos da decisão. A análise da proporcionalidade das restrições impostas a uns e da extensão ampliada da eficácia de outros constitui um mecanismo valioso da interpretação constitucional preocupada em realizar justiça e segurança. Não é por outra razão que o teste de proporcionalidade se tornou tão relevante como instrumento discursivo de aferição da legitimidade das restrições¹⁷ impostas a direitos constitucionais.

5. A JUSTA MEDIDA DAS COISAS

O teste de proporcionalidade não deve ser confundido com o resultado proporcional de uma decisão. A primeira é uma técnica argumentativa para controlar a validade (fins e meios), a intensidade (necessidade) e a justeza (proporcionalidade em sentido estrito) de uma medida que afeta direitos fundamentais. O outro é o resultado, justo ou injusto em termos de efeitos, de uma colisão de princípios.

Bastaria citar o clássico brocardo latino *suum cuique tribuere*, “dar a cada um o que é seu”¹⁸ para lembrar como a preocupação em distribuir justamente bens e direitos não é recente. Um exemplo moderno dessa preocupação com as soluções proporcionais no campo das decisões jurídicas pode ser encontrada em Cesare Beccaria, no célebre Capítulo XXIII, do livro *Dos delitos e das penas*. Ali ele afirmava sua tese central, que foi consagrada pela legislação penal posterior, segundo a qual:

[D]evem ser mais fortes os obstáculos que afastam os homens dos delitos na medida em que são contrários ao bem público, e na medida dos incentivos que levam a delinquir. Deve haver, portanto, uma proporção entre os delitos e as penas (BECCARIA, 1858, p.329, tradução nossa)

Além da Roma antiga ou da Itália moderna, o tema se desenvolveu também entre os franceses. Se observarmos o modo como o *Conseil d'Etat* francês decidiu o famoso caso Benjamin, em 1933, notaremos que a jurisprudência, além de se preocupar com a ordem pública, deveria respeitar também a liberdade de reunião. Naquele caso, o *Conseil d'État*¹⁹ discutiu sobre se as medidas policiais tomadas se justificavam em razão das circunstâncias, e se foram adequadas e proporcionais às ameaças que realmente pesavam sobre a ordem pública. E firmou o entendimento de que *a liberdade é a regra geral, enquanto que a restrição pela polícia deve ser a exceção*. A preocupação com soluções proporcionais, portanto, não é nenhuma originalidade do pensamento jurídico contemporâneo.

Muito embora não se possa dizer que a repercussão internacional da técnica argumentativa sobre a proporcionalidade seja algum tipo de “transferência de um princípio germânico” (SCHLINK, 2012, p.296), foi na Alemanha, da fase prussiana, que o modo de deliberar sobre a proporcionalidade foi intensamente adotado. Particularmente pelo desenvolvimento de técnicas argumentativas muito preocupadas em avaliar se os atos da administração pública realizavam fins constitucionais por meios adequados e se impunham restrições desmedidas aos direitos e liberdades individuais. De acordo com Schlink, o modelo prussiano de controle formal da legitimidade das restrições a direitos parece estar diretamente associado ao surgimento do ideal de *Rechtsstaat* e das novas funções que deveriam ser exercidas pela Suprema Corte Administrativa da Prússia (PSAC).

17 A partir do vocabulário proposto por Robert Alexy, intervenções relativas serão denominadas aqui de restrições, e podem ser gravíssimas, graves, moderadas, leves ou levíssimas. Quanto à gradação das restrições, ver Alexy (2008, Posfácio).

18 *luris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*. In. The Institutes of Justinian. Chicago, Callaghan & Co., 1876, D.i.1.10.2, p. 68, disponível em: <<https://archive.org/stream/institutesjusti00hammgoog#page/n4/mode/2up/search/suum>>.

19 Ver, Le Conseil d'Etat et la Jurisdiction Administrative. Contrôle des atteintes portées par le pouvoir de police à la liberté de réunion. 19 mar. 1933, Disponível em: <www.conseil-etat.fr/Decisions-Avis-Publications/Decisions/Les-decisions-les-plus-importantes-du-Conseil-d-Etat/19-mai-1933-Benjamin>.

Nas últimas décadas do século XIX, a Suprema Corte Administrativa da Prússia desenvolveu ... uma norma que não fazia nada além de definir as atribuições da polícia no âmbito de uma jurisprudência da proporcionalidade. A Polícia foi autorizada a usar apenas os meios que eram adequados, necessários e proporcionais. Os meios deveriam ser funcionais, e era preciso não haver outros meios que fossem igualmente efetivos e menos invasivos, e os fins deveriam ser suficientemente importantes para justificar intervenções (SCHLINK, 2012, p.728, tradução nossa).

Esse contexto político da Prússia do século XIX, somado aos debates sobre a ciência do direito — em especial os desenvolvimentos da Jurisprudência dos Conceitos e da Escola Livre — foi decisivo para o surgimento do exame da proporcionalidade em termos de análise de fins-e-meios (COEHN;PORAT, 2013, p.26-27). Ainda que sem menção expressa a um suposto “teste da proporcionalidade”, a análise da finalidade de uma restrição a direitos, bem como a análise da adequação jurídica dos meios adotados para restringir, parecem ter prevalecido nas decisões daquela Suprema Corte. Mais até do que o debate doutrinário, foi a adoção dessa técnica argumentativa pela jurisprudência da Suprema Corte Administrativa - que enfrentava um cenário carregado de práticas abusivas da Monarquia e de um Parlamento - que disseminou a técnica de controle de meios e fins.

De fato, quando a distribuição de bens resulta em justas porções para as partes em conflito, a decisão pode ser qualificada de comedida, equilibrada, ajustada ou “proporcional”. Se a distribuição de bens se dá em porções injustas, então a decisão pode ser qualificada como desajustada, desequilibrada, desmedida ou “desproporcional”. Isso é tema muito antigo na tradição do direito. Mas a análise formal da proporcionalidade em etapas argumentativas de um teste racional teve suas origens no direito público germânico. E essa ideia foi progressivamente conciliada com o ideal de balanceamento de interesses, que teve origens no direito privado germânico, mais propriamente, por influência da escola livre do Direito (*Freirecht*), capitaneada por Rudolf Von Jhering (COEHN; PORAT, 2013, p.28-32).

Hoje, é bem estabelecido na doutrina germânica que o teste da verificação da proporcionalidade deve ser feito em quatro²⁰ etapas argumentativas. As duas primeiras etapas são perguntas sobre a validade de fins e adequação de meios. As duas últimas são perguntas sobre a intensidade e proporcionalidade do grau de restrição²¹. Vamos a elas, pois entender essa etapa é condição para o que virá a seguir.

A primeira etapa é um teste de *finalidade* constitucional da medida interventiva. A primeira coisa a saber é se a medida que intervém no âmbito de proteção de um direito fundamental realiza, ou não, uma finalidade constitucional. Essa primeira etapa pode ser resumida na pergunta: a norma que afeta o direito fundamental visa, ela mesma, realizar fins constitucionais? Se a resposta for positiva, então a intervenção passou na primeira fase do teste. Se os fins visados não são admissíveis pelo

20 O estudo das etapas do exame de proporcionalidade pode ser apresentado em 4 ou 3 etapas. Depende de como se explica a relação entre fins e meios. Por ser mais específico, apresentaremos as 4 etapas, em linha com a descrição proposta por Bernard Schlink (2012, p. 722); Aharon Barak (2012, p. 743) e Klatt-Meister (2012, p. 8-9). Esse modelo em 4 etapas é também reconhecido pela Constituição da África do Sul, Art. 36. Para discussões ainda mais aprofundadas sobre o controle de finalidade (ainda que entendida como parte inerente da fase da “adequação”), ver Pulido (2007, p. 694 e ss). Robert Alexy não analisa a etapa da finalidade como uma etapa particular do teste. Se os fins não são constitucionais, não é preciso discutir a relação entre meios e fins. Ver Alexy (2008, p.588; 2011, p.110; 2014, p.6). Essa tese de Alexy é correta para uma teoria, como a dele, que se concentra em discutir os elementos da proporcionalidade em sentido estrito, pois é ali que estão os casos de restrições graduais, desmedidas ou não. Agora, se se quer compreender o teste, tal como aceito na maioria das Cortes constitucionais, então é preciso reconhecer a importância autônoma do teste da finalidade, pois essa etapa condiciona todas as demais. Condiciona, claro, em termos de validade e adequação, não de proporcionalidade. Uma versão ligeiramente diferente desse teste existe no Canadá, onde também se exige que o objetivo do governo seja importante o suficiente para sobrepor-se ao direito constitucional (COHEN-ELIYA; PORAT, 2011, p. 463).

21 Sobre a importância de realizar as diferentes etapas sucessivamente, ver Virgílio A. Silva (2002, p.34).

direito constitucional, então a intervenção é inconstitucional, por desvio de finalidade. Nessa hipótese final, não é preciso analisar as etapas seguintes.

A segunda etapa é um teste dos *meios adequados* para realizar os fins constitucionais. Poderia ser resumida na seguinte pergunta: os meios eleitos realizar os fins constitucionais são adequados? Se a resposta for positiva, então a intervenção passou na segunda fase do teste. Se a medida interventiva não foi realizada por um meio juridicamente válido e adequado, então a intervenção é inconstitucional, e não será preciso ir adiante. Nessa etapa não se analisa se o meio é o mais eficiente (i.e, se é o “mais” adequado). Apenas se o meio é suficientemente adequado para realizar o fim já reconhecido como constitucional²². É uma análise de natureza predominantemente fática. Isso quer dizer que nesta fase se analisam se o meio eleito (entre muitos possíveis) é (1) válido; e mais, se, de um ponto de vista prático, é (2) adequado para realizar o objetivo almejado. O meio eleito deve ser uma grande ou pequena contribuição para realizar o fim; deve ser óbvio ou consensual; pode ser até polêmico e aberto ao debate. Agora, como diz Schlink (2012, p.723), se o meio eleito for completamente descabido, ainda que juridicamente válido, nesse caso não será um meio idôneo.

Como se vê, a análise dos meios adequados para realizar um fim reclama boa verificação empírica. Saber, por exemplo, se perfurar o crânio para retirar líquidos cerebrais é um meio adequado para determinar a capacidade mental de alguém é uma questão diferente de saber se a perfuração craniana é uma medida juridicamente válida. Envolve um juízo sobre a adequação da medida diante da experiência acumulada sobre o tema. Nessa fase, pretende-se eliminar os meios inadequados e, assim, otimizar as possibilidades fáticas de realizar os fins propostos. A fase da adequação, portanto, é essencialmente *negativa*, posto que visa eliminar os meios inadequados, ou seja, inúteis e inefetivos para realizar os fins constitucionais. E é por isso, também, que raramente se declara a inconstitucionalidade de normas por serem inadequadas (ALEXY, 2014, p.53).

A terceira etapa do teste da proporcionalidade de uma medida restritiva corresponde à análise da *necessidade*. Indaga-se da necessidade do grau de restrição estabelecido a um direito constitucional. Poderia ser resumida na seguinte pergunta: não é possível realizar os fins propostos adotando medida menos intensa contra direitos constitucionais? Como direitos constitucionais derivam de princípios que são mandamentos de otimização, e como todos os direitos constitucionais devem ser protegidos na maior medida possível, nesta etapa verifica-se a gravidade possível da restrição. Afinal, não é porque uma medida é adequada e realiza fins constitucionais que ela é a única medida possível. Sempre há a possibilidade de a pena, a multa, a indenização, a cláusula contratual, o critério de seleção, a entrega de uma prestação, enfim, de a medida interventiva colidente com direitos fundamentais ser excessiva. E tendo em vista a força normativa dos direitos constitucionais, particularmente dos direitos humanos fundamentais, toda interpretação de direitos constitucionais precisa garantir equilíbrio entre as demandas de interesse geral e as exigências de proteção de direitos individuais fundamentais²³. As medidas restritivas, portanto, devem ser as menos graves possíveis (ALEXY, 2008, p. 590).

A terceira e a quarta etapa tem algo em comum: ambas questionam o equilíbrio das restrições impostas a direitos fundamentais. Mas a quarta etapa se torna indispensável se na etapa da análise da *necessidade* for constatado que o grau de intervenção no direito fundamental não é o menos grave, e

22 Não é uma análise da medida “mais adequada” porque deve ter sido elaborada por uma autoridade constitucionalmente competente. E diante da competência para eleger os meios (i.e, diante do princípio formal que ampara a pessoa para decidir), não será competência do Poder Judiciário controlar o “meio mais adequado”.

23 Essa exigência de equilíbrio constante entre interesses gerais e direitos individuais perpassa todos os direitos constitucionais. Analogamente, pode-se ver que a Corte Europeia de Direitos Humanos reconheceu, em vários julgados, que essa é uma característica inerente da Convenção Europeia dos Direitos Humanos. Ver, quanto a isso, o § 89 do caso *Soering v. The United Kingdom* ECHR, 07.Jul. 1989, disponível em: <<https://h2o.law.harvard.edu/collages/42817>>.

que poderia ser outro. Agora, se a medida interventiva é o único meio de realizar o fim proposto e se a adoção da medida é urgente, então essas serão razões muito importantes a favor de sua adoção (PULIDO, 2007, p.783). Mas isso precisa ser aferido no caso concreto. Na quarta etapa se deve analisar a qualidade da medida interventiva em termos de distribuição equitativa de custos e benefícios, isto é, da justa medida, ou do equilíbrio, de restrição dos bens jurídicos implicados no caso concreto. Essa quarta fase é denominada de *proporcionalidade em sentido estrito*²⁴. Isso quer dizer que é a etapa em que, estritamente, será avaliada a distribuição proporcional das restrições. Não é mais uma discussão sobre a validade dos fins, nem adequação de meios. Nem de excessos. Agora é preciso corrigir os excessos da etapa anterior, se o caso exigir.

Como se viu, o desenvolvimento da técnica argumentativa que serve para examinar e testar a proporcionalidade de restrições impostas a direitos é algo que evoluiu a partir da jurisprudência e da teoria do direito na Alemanha. Não é possível afirmar que os Tribunais de Direitos Humanos ou que as Cortes Constitucionais apliquem a fórmula do teste de proporcionalidade homogeneamente. Na realidade, ainda parece haver importante distância entre a evolução teórica e científica em relação ao teste e, de outro lado, o modo como os Tribunais se valem dele, com exceção para o caso da Justiça do Canadá e da Alemanha (GERARDS, 2013, p.469)

Uma etapa particularmente importante, e recente, do esforço teórico para elucidar o tema se deve a Robert Alexy. Ele formulou a mais detalhada abordagem analítica para essa tradicional técnica de argumentação sobre a justiça e a segurança das medidas interventivas que afetam direitos constitucionais.

Alexy estabeleceu a existência de duas leis teóricas que regem a ponderação de princípios que se realiza, particularmente, na quarta fase do teste. A primeira lei afirma que: “Quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro” (ALEXY, 2008, p.593). Essa lei confirma que o peso de um princípio constitucional é relativo, nunca absoluto, e só pode ser dimensionado em colisão com outros. A segunda lei afirma que: “Quanto mais pesada for a interferência em um direito fundamental, tanto maior terá de ser a certeza das premissas nas quais essa intervenção se baseia” (ALEXY, 2008, p. 617). Essa lei da segurança epistêmica leva em conta se as restrições se baseiam em eventos futuros, hipóteses ou prognósticos, suficientemente certos para autorizar restrições de direitos constitucionais. Sempre que eventos futuros entram em cena, o grau de restrição deve ser proporcional ao grau de segurança das premissas adotadas.

Com o propósito de refinar ainda mais o exame de proporcionalidade, especificamente na quarta fase, Alexy propôs uma escala triádica (ou até duplo-triádica) de graus de restrição a direitos constitucionais e atribuiu, a cada qual, o ônus argumentativo correlato. A consequência prática dessa inovação é que hoje se pode razoavelmente admitir que restrições a direitos constitucionais podem ser levíssimas ou leves (reduzidas ou fracas); podem também ser moderadas (média, intermediária); e podem ser também graves ou gravíssimas (elevada, séria, forte). Isso não quer dizer que os direitos podem ser pesados, como objetos que tem massa, pois não podem. Quer dizer, sim, que a importância dos princípios e, portanto, das razões para protegê-los, pode ser comparada tomando-se como base o conjunto de informações que o caso concreto fornecer. É importante ter claro que esta quarta fase só pode ser realizada diante de fatos concretos e a atribuição de

24 As quatro etapas não precisam ser, necessariamente, realizadas. Nem precisam seguir essa sequência. Como dito antes, haverá casos em que a medida interventiva é inconstitucional pelo fato de corresponder a um desvio de finalidade; noutros, por inadequação de meios; ou ainda por se mostrar desnecessária. É recomendável, no entanto, adotar essa linha argumentativa, visto que é prudente e lógica. Respeita o ato na maior medida possível e evolui dos problemas mais simples para os mais complexos.

razões mais leves ou densas depende dessas particularidades²⁵. E isso quer dizer, por exemplo, que se não houver razões contrapostas importantíssimas, não se pode admitir restrições gravíssimas a direitos constitucionais. Como a primeira lei da ponderação evidencia, a justeza de uma decisão que envolve a restrição de direitos constitucionais depende, decisivamente, da importância relativa dos bens jurídicos em colisão.

Esse estágio de refinamento argumentativo sofisticou muito o teste de proporcionalidade de uma decisão e o modo de argumentar diante de uma situação de restrição de um direito constitucional. A importância desse refinamento é bastante evidente. O teste da proporcionalidade refinado por Robert Alexy ampliou as possibilidades de controle de arbitrariedades em relação a direitos constitucionais. A identificação de situações de desvios de finalidades, de adoção de meios inadequados, de casos em que se opta desnecessariamente por medidas mais graves de restrição, tudo isso ficou muito mais perceptível no jogo das razões e contrarrazões do direito. E mais, ajudou a identificar desequilíbrios e, por aí, a existência, ou não, de justiça e segurança nos atos de intervenção em direitos fundamentais. Mas isso também significa, por outro ângulo, que é muito difícil justificar hipóteses de privação de direitos constitucionais.

6. NÚCLEO ESSENCIAL E INTANGÍVEL

Um dos argumentos mais difundidos no campo do direito constitucional é que existe um limite implícito e essencial a toda medida restritiva de direito constitucional: o núcleo essencial do direito. Nas últimas décadas, tornou-se um pressuposto amplamente estabelecido afirmar que o *núcleo essencial* dos direitos fundamentais não pode ser afetado por norma ou medida restritiva. Dada a disseminação da ideia de que direitos constitucionais (particularmente direitos fundamentais e direitos humanos) têm um núcleo essencial intangível, uma vasta literatura, acompanhada de uma profusão de documentos jurídicos²⁶ foi produzida a fim de afirmar sua existência. Daí surgiram várias abordagens, que podem ser agrupadas em duas linhas: as que sustentam que o núcleo essencial existe e que pode ser subjetivo ou objetivo, e as que sustentam que o núcleo essencial pode ser absoluto ou relativo (ALEXY, 2008, p. 296).

De acordo com o argumento subjetivo, o conteúdo essencial diz respeito à proteção do mínimo de um direito de um indivíduo (SILVA, 2011, p.186). Já a interpretação objetiva sustenta que se trata de um mínimo a ser garantido a todos os indivíduos (ALEXY, 2008, p.297).

As teorias absolutas não admitem razões que justifiquem intervenções no núcleo essencial (SILVA, 2011, p. 187) e as teorias relativas sustentam que o núcleo essencial deve ser averiguado no

25 Para uma análise aprofundada dos problemas gerados pela confusão entre os termos pesar, comparar e ponderar princípios, ver o texto de Virgílio Afonso da Silva (2011a).

26 O tema do núcleo essencial dos direitos constitucionais e o dever de protegê-lo de intervenções restritivas aparece, com muita frequência, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Ver, quanto a isso: ADI n. 2.391, Rel. Min. Ellen Gracie, Julg. em 16.8.06; ADI nº 1.923/DF, Rel. Min. Ayres Britto (Vencido). Voto condutor: Min. Luiz Fux. Pleno. Maioria, 16.04.2015; ADI-MC n. 2.381-RS, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Julg. 20.06.2001. Contudo, é no direito europeu que o tema ganhou ampla aceitação. Tanto é assim que o Art. 52 da Carta Europeia de Direitos Fundamentais prevê que: 1. Qualquer restrição ao exercício dos direitos e liberdades reconhecidos pela presente Carta deve ser prevista por lei e respeitar o conteúdo essencial desses direitos e liberdades. O Art. 19, item 2 da Constituição da Alemanha dispõe que: Em nenhum caso, um direito fundamental poderá ser violado em sua essência. Mais ainda, o Art. 53 da Constituição da Espanha dispõe que: Somente por lei, que em todo caso deverá respeitar seu conteúdo essencial, poder-se-á regular o exercício de tais direitos e liberdades, que serão tutelados de acordo com o previsto no Art. 161, 1, a. Na Constituição de Portugal, Art. 18, 3, pode-se ler: As leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstracto e não podem ter efeito retroactivo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais. Regra muito similar aparece também no Art. 31, 3, da Constituição da Polónia e no Art. 19, item 26 da Constituição do Chile.

caso concreto, levando em consideração as restrições incidentes. As abordagens relativas rejeitam a possibilidade de se definir *abstratamente* o conteúdo essencial de um direito fundamental (SILVA, 2011, p. 196), pois “o conteúdo essencial é aquilo que resta após o sopesamento” (ALEXY, 2008, p. 297-298). As restrições que passam pelo teste da proporcionalidade não violam a garantia do núcleo essencial, “nem mesmo se, no caso concreto, nada restar do direito fundamental”. O núcleo essencial, portanto, se existe, é um produto da proporcionalidade. Este é, por exemplo, o entendimento de Alexy (2008, p. 298)

No Brasil, e com relação a este ponto, podemos acrescentar o entendimento de Virgílio Afonso da Silva e de Ingo Wolfgang Sarlet. Para Virgílio, “a definição do conteúdo não é baseada simplesmente na intensidade da restrição” (SILVA, 2011, p. 197). Mesmo que levíssima pode ser uma violação do conteúdo essencial, caso não seja fundamentada. Por outro lado, uma intervenção seríssima, que se justifica proporcionalmente na importância do outro princípio colidente, pode ser considerada constitucional (SILVA, 2011, p. 197-198). Virgílio A. da Silva também admite a possibilidade de nada restar após a aplicação do teste da proporcionalidade.

Para Ingo W. Sarlet (2012, p. 411), a proteção do núcleo essencial de um direito fundamental diz respeito àquela “parcela do conteúdo de um direito sem a qual ele perde sua mínima eficácia, deixando, com isso, de ser reconhecível como um direito fundamental”. Ou seja, o conteúdo essencial pode definir a fronteira entre uma restrição e uma violação de um direito fundamental.

7. ESVAZIAMENTO DE UM DIREITO CONSTITUCIONAL: CASOS DE PRIVAÇÕES DE DIREITOS CONSTITUCIONAIS

Dessas conclusões parciais quanto ao modo de analisar antinomias jurídicas que envolvem direitos constitucionais, ou seja, a partir da separação analítica desses direitos em princípios e regras, da diferenciação de normas de direito e normas de restrição, da relevância constitucional do controle das formas e graus de restrição, da preocupação de assegurar a justa medida das restrições em direitos fundamentais, merece cuidadosa atenção a questão sobre se é possível supor uma intervenção tão intensa a um direito constitucional (mais que gravíssima) que nada reste do direito fundamental²⁷. É a hipótese do esvaziamento de um direito constitucional. Afinal, além de restringíveis (BOROWSKY, 2000) direitos fundamentais podem ser afetados de modo absoluto?

Vimos que, para Alexy, para autores que reconhecem a natureza principiológica dos direitos, e até para a Corte Europeia de Direitos Humanos, para a Suprema Corte do Canadá e também para o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, as restrições a direitos fundamentais são perfeitamente admissíveis, desde que passem pelo rigoroso teste da proporcionalidade constitucional. Porém, algumas situações pertinentes não são enfrentadas a fundo nas abordagens encontradas na literatura sobre o tema. A mais importante, a nosso ver, é a situação em que o resultado da ponderação de interesses gera uma privação do direito constitucional, isto é, uma situação em que nada sobra de um direito colidente, a situação intervenção absoluta, ou de esvaziamento²⁸.

A nosso ver, a análise desse tema deve ser precedida de duas observações. A primeira é que a existência de intervenções absolutas em direitos fundamentais é um fato estabelecido no direito constitucional. A denominação estabelecida para esse fenômeno é *privação* de direitos. E tanto no

27 Ou do núcleo essencial de um direito constitucional, para aqueles que adotam a visão de que direitos fundamentais são intangíveis ou que têm, ao menos, um núcleo intangível.

28 Em algumas passagens Alexy chega a admitir a ocorrência desse fenômeno extremo, mas de forma muito rápida (ALEXY, 2008, p. 299)

Brasil, quanto noutros ordenamentos, há muitos exemplos constitucionais de privações de direitos²⁹. A segunda é que para avaliar a constitucionalidade dos casos de intervenções absolutas, ou seja, dos casos de privação de direitos constitucionais, não pode dispensar o material analítico da proporcionalidade elaborado por Robert Alexy. Afinal, as situações de privações são as que mais reclamam um minucioso e competente exame de proporcionalidade.

Iniciaremos a discussão desse ponto pela apresentação de cinco situações abstratas, porém vigentes, de intervenções absolutas em direitos fundamentais. Todas vigentes no direito brasileiro. Tratam-se das hipóteses de intervenção no direito à vida, à nacionalidade, à propriedade privada, à privacidade e à liberdade de imprensa. Correspondem a situações de 1) pena de morte; 2) aborto; 3) perda de nacionalidade; 4) quebra do sigilo de correspondência; 5) perda da plena liberdade de imprensa; 6) e expropriação de bens.

A pena de morte corresponde a uma intervenção absoluta no direito à vida, que é um direito humano. No Brasil, o direito inviolável a vida está previsto no *caput* do Art. 5º. Já a pena de morte está prevista no Art. 5º, XLVII, ambos da Constituição³⁰. A pena de morte pode ser aplicada a condenados em circunstância de guerra declarada. A legislação aplicável, nesse caso extremo, é o Código Penal Militar, Art. 56 e 57; e o Código de Processo Penal Militar, Art. 707 a 710, que preveem a morte por fuzilamento, sete dias após a comunicação à Presidência da República, salvo se imposta em zona de operações de guerra e se o exigir o interesse da ordem e da disciplina. Casos típicos de aplicação da pena de morte são: a prática de crime contra a soberania nacional e a deserção de militar em presença do inimigo³¹. A hipótese revela, portanto, a primeira situação de privação de direito fundamental, para que prevaleça, absolutamente, a soberania nacional e a segurança militar.

O aborto também é outro exemplo de intervenção absoluta no direito à vida. No Brasil são três hipóteses admitidas válidas. As duas primeiras estão reguladas pela legislação infraconstitucional, especificamente, pelo Código Penal brasileiro (Decreto-Lei nº 2.848/1940). Tratam do *aborto necessário*, isto é, se não houver outro meio de salvar a vida da gestante (Art. 128, I). Há também a hipótese do *estupro*, que requer o consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal (Art. 128, II). A terceira hipótese vem da jurisprudência do STF para o caso de malformação cerebral grave³². São três situações em que se admite a privação do direito à vida do feto para que a liberdade sexual e reprodutiva, a saúde, a dignidade e o direito de autodeterminação da mulher tenham preferência absoluta.

A próxima situação tem a ver com a vida civil e cívica. Trata-se da privação da nacionalidade. O Art. 12, em seu § 4º prevê expressamente a hipótese de *perda* da nacionalidade. É situação extrema

29 Veja-se, por exemplo, a Constituição dos Estados Unidos que prevê, em sua Emenda n. 5: “No person shall ... be deprived of life, liberty or property, without due process of law”, isto é, ninguém será privado de sua vida, liberdade ou propriedade sem o devido processo legal. Quer dizer, pode haver privação desses direitos, desde que se observe o devido processo. A Constituição do Canadá prevê, na Carta Canadense de Direitos e Liberdades, no Art. 7º, que “Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice”, ou seja, que todos têm direito à vida, liberdade e segurança da pessoa e também o direito de não ser privado desses direitos, exceto se for de acordo com os objetivos fundamentais de justiça”. Mais uma vez se vê a autorização para privar as pessoas de seus direitos, desde que os objetivos de justiça sejam realizados. A Constituição da Alemanha prevê no Art. 16 (1) a possibilidade de perda da nacionalidade/cidadania. A privação de cidadania pode se dar mesmo contra a vontade da parte, desde que o ato não gere uma situação de apátrida. Na América Latina, o Chile prevê a inviolabilidade da vida privada doméstica e também de todas as formas de comunicação privadas. Todavia, admite a possibilidade de violação desse direito “inviolável”, nos casos e formas definidos por lei (Art. 19, 5º).

30 Não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do Art. 84, XIX.

31 Ver, Superior Tribunal Militar, Apelação n. 37-98.2014.7.01.0201, 14.10.2015, Rel. Min. Luis Carlos Gomes Mattos.

32 No julgamento da ADPF n. 54, de 12.04.2012, o STF decidiu, por maioria, que é inconstitucional interpretar a interrupção da gravidez de feto anencefálico como conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal.

e unicamente aplicável a brasileiros que tiverem cancelada sua naturalização por sentença judicial, e no caso de terem praticado ato gravemente nocivo ao interesse nacional; ou para o caso de cidadão brasileiro que assume outra nacionalidade, exceto se a lei estrangeira reconhecer a nacionalidade originária ou, pelo lado oposto, se a lei estrangeira obrigar a naturalização. O que se vê, aqui, mais uma vez, é o caso de privação absoluta de um direito fundamental, em nome de princípios, como a segurança nacional, a soberania e outros interesses gerais.

Os próximos exemplos vêm da hipótese constitucional de decretação de Estado de Sítio, tal como estabelecida no Art. 139 da Constituição. Esse artigo autoriza que um decreto presidencial prive, mesmo que temporariamente, outro direito denominado de inviolável, o sigilo de correspondência (Art. 5º, XII); e outro direito, que segundo o texto constitucional, seria insuscetível de qualquer restrição: a liberdade de imprensa³³. Não obstante a existência de ampla armadura protetiva a esses direitos, é o próprio texto constitucional, como visto, que admite a privação.

Por fim, um caso de direito patrimonial. Trata-se da expropriação, tal como regulada pelo Art. 243, *caput* da Constituição do Brasil. A expropriação de bens patrimoniais é uma situação de intervenção absoluta no direito de propriedade privada (Art. 5º, XXII). O texto constitucional (Art. 5º LIV) expressamente dispõe sobre essa possibilidade (de privação de bens), desde que observado o devido processo legal. A hipótese do Art. 243, no entanto, revela a situação exata. Dispõe que, por causa da grave conduta do particular contra o interesse geral de conter a cultura de plantas psicotrópicas ilegais e de eliminar o trabalho escravo, fica autorizada a privação completa do direito dessa propriedade privada, seja ela a única ou não. Aliás, no julgamento do RE n. 543.974-MG, em 26.03.2009, o Supremo Tribunal Federal, por unanimidade de votos em plenário, decidiu que a expropriação, nesses casos, não é só da parte restrita onde a plantação ilegal se encontra. Antes pelo contrário: toda a propriedade, isto é, toda a extensão da propriedade é afetada pela medida expropriatória. Assim, se apenas 10% do imóvel continha plantas psicotrópicas ilegais, todo o imóvel, quer dizer, 100% será expropriado. Ou seja, é um caso emblemático privação autorizada de direito fundamental patrimonial, posto que sem qualquer direito de compensação ou indenização.

8. CONCLUSÕES

Reconhecemos que a afirmação da existência de intervenções absolutas pode parecer estranha, à primeira vista. Alexy não chega a afirmar expressamente a existência desse fenômeno. Além do mais, a teoria dos princípios gerou uma forte noção de que direitos fundamentais são direitos restringíveis (com o pressuposto de que são *apenas* restringíveis). A doutrina brasileira também não enfrentou o problema teórico. Predomina uma análise da sistemática das restrições e das restrições das restrições, com a teoria do núcleo essencial ainda muito em voga. Contudo, é justamente a partir da abordagem da justificação racional baseada no teste da proporcionalidade que encontramos o fundamento para controlar a constitucionalidade dessas intervenções relativas e absolutas. O controle discursivo, em bases racionais, é necessário na medida em que corresponde ao que há de mais precioso a um regime constitucional e democrático.

Neste estudo destacamos a importância da teoria dos princípios para analisar direitos constitucionais e superar conflitos que envolvem esses direitos. Salientamos também uma tese central dessa abordagem, que é dupla dimensão do direito, uma ideal e outra positiva; e procuramos demonstrar,

33 A liberdade de imprensa, além de ser definida como uma liberdade independente de censura ou licença no Art. 5º, IX, também é definida como liberdade plena (Art. 220, § 1º) isto é, não sujeita a qualquer tipo de embaraço legal. Todavia, o Art. 139, III prevê a possibilidade de restrição, por Decreto Presidencial, em caso de Estado de Sítio. Logo se vê que a despeito de afirmar “plena”, isso não significa, no discurso constitucional, que “é absoluta”.

também, como dessa perspectiva direitos constitucionais estão, em última análise, vinculados à realização de dois princípios: a segurança e a justiça. Exploramos também como a teoria dos princípios aborda direitos constitucionais e como o teste de proporcionalidade pode ser lido a partir das duas Leis da Ponderação de Robert Alexy.

Como dito no início, o exame da proporcionalidade é um meio necessário para resolver conflitos de direito de modo democrático, pois essa técnica exige amplo esforço argumentativo das partes e a maior proteção possível dos direitos constitucionais.

Agora é preciso realçar que a teoria dos princípios não analisou a fundo o fenômeno da privação (ou esvaziamento) de direitos, e que esse fenômeno existe. Por outro lado, a teoria dos princípios oferece o vocabulário instrumental para compreendê-lo. Primeiro porque é uma teoria que reconhece que direitos constitucionais, enquanto princípios, podem sofrer restrições e, enquanto regras, exceções. Portanto, a perspectiva dual dos direitos e de suas restrições (direito de um lado, restrições de outro) é indispensável para lidar com a situação do esvaziamento de direitos, ou seja, a situação de privação de direitos constitucionais.

Todavia, o artigo permite concluir que se a linguagem básica das restrições é extremamente útil para compreender os graus leve, moderado e grave (e suas variáveis intermediárias) de intervenções relativas no âmbito de proteção de direitos constitucionais, a situação das privações é insuficientemente analisada pela abordagem das restrições. Todos os casos discutidos no item 5 têm em comum a circunstância de que se tratam de situações sujeitas a intervenções para além do grau máximo de restrição. São hipóteses em que nada resta do direito fundamental para o titular que está sendo afetado e, no entanto, não são hipóteses de extrema injustiça (TRIVISSONO, 2016). Antes podem ser hipóteses de intervenção absoluta legítima, ou seja, de privação protegida pelo direito constitucional.

Os exemplos apresentados parecem suficientes para refutar a ideia de que direitos constitucionais são *direitos restringíveis até um certo ponto extremo*. Também parecem indicar que a concepção de *núcleo essencial* intangível deve ser peremptoriamente afastada. Não existe um suposto direito absoluto de não intervenção num suposto núcleo essencial dos direitos humanos constitucionais e fundamentais.

No entanto, admitir isso não é o mesmo que admitir a inutilidade do teste de proporcionalidade, em sua versão refinada pela teoria contemporânea, ou das duas Leis da Ponderação de Robert Alexy. Tanto a primeira quanto a segunda são perfeitamente aplicáveis para compreender e controlar a legitimidade das situações de privação.

Se, afinal, direitos fundamentais são direitos restringíveis e também sujeitos a privações, será preciso avaliar, em cada caso, a qualidade das razões adotadas para admitir a mais drástica das medidas interventivas. Isso não significa, nem de longe, afirmar que o critério formal seja definitivo neste tema, ou seja, que o Constituinte nunca poderá ter se excedido. A teoria dos princípios e sua abordagem discursiva é necessária para aferir se, nesses casos de privações, há razões mais do que gravíssimas para justificar intervenções absolutas em direitos constitucionais. Somente se for possível controlar racionalmente a qualidade das razões adotadas por uma autoridade competente (ainda que constituinte) será admissível uma decisão que resulte numa *privação* de direitos constitucionais, pois privações são admissíveis, violações, não. Assim, a decisão de uma Assembleia Nacional Constituinte que formula regras constitucionais que autorizam a privação de direitos constitucionais pode ser válida se, e somente se, respeitar as Leis da Ponderação. O caso brasileiro mais emblemático de superação de uma restrição estabelecida pela própria Assembleia Nacional Constituinte, e declarada excessiva, foi o que se passou quando o STF julgou o caso do Depositário Infiel (STF. RE 466.343. Tribunal Pleno, DJe 5.6.2009)³⁴.

34 Ver nota 14, acima.

A teoria dos direitos constitucionais, e particularmente, a dos direitos fundamentais, precisa reconhecer que intervenções absolutas em direitos fundamentais existem e que nem todas correspondem a situações legítimas, ou seja, há situações legítimas, as privações, e há situações ilegítimas, as violações. O que separa uma da outra é o equilíbrio de interesses envolvidos.

Por isso é útil, e necessário, distinguir casos de restrição (sempre casos de intervenção relativa, em graus), de casos de privação (sempre casos de intervenção absoluta, porém com suficientes razões constitucionais) e os casos de violações (sempre casos de intervenção relativa ou absolutas, porém com insuficientes razões constitucionais).

Esta é a tese deste artigo.

Contudo, a esta altura deve estar claro que afirmar isso não é abrir a oportunidade para tolerar toda e qualquer a intervenção absoluta em um direito fundamental. Pelo contrário, é chamar a atenção para o que a teoria dos princípios oferece de mais importante: que qualquer intervenção em direito fundamental deve ser densamente justificada e que, quanto mais intensa for a intervenção em um direito fundamental, tanto mais fortes devem ser as razões constitucionais (ou de direitos humanos – dependerá do tipo de direito em questão - que as apoiam. Admitir isso não é promover o esvaziamento arbitrário e irresponsável do conteúdo dos direitos fundamentais. É sim reconhecer a natureza retórica do conceito de *núcleo essencial* dos direitos constitucionais, e também que direito das sociedades democráticas admitem intervenções absolutas.

As conclusões mais relevantes deste artigo são, portanto, duas. A primeira é de ordem prática: direitos fundamentais não são apenas direitos suscetíveis a limitações e a restrições relativas, isto é, direitos que podem ser otimizados. Direitos fundamentais admitem também situações de intervenções absolutas, isto é, admitem privações de uns em face da plena realização de outros. A consequência disso é que se fragilizam, irrecuperavelmente, as abordagens que afirmam que toda intervenção no suposto núcleo essencial de um direito fundamental corresponde a uma inconstitucionalidade. O estudo dos casos de perda da vida, da nacionalidade, da propriedade, do sigilo de correspondência e da liberdade plena de imprensa sustentam essa primeira conclusão. A segunda conclusão é de natureza teórica. A análise da teoria dos princípios proposta por Robert Alexy não é refutada por esta crítica. Todavia, fragiliza-se a interpretação de que a teoria dos princípios seja apenas uma teoria dos direitos fundamentais como direitos restringíveis. Fortalece-se, em compensação, a abordagem oferecida pela teoria do discurso racional das razões e contrarrazões para solucionar conflitos que importam restrições, privações e violações de direitos.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *The argument from injustice: a reply to legal positivism*. Trad. Bonnie Litschewski Paulson, Stanley Paulson. Oxford: Oxford University Press, 2004.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. 3ª ed. Luís Afonso Heck (Org/Trad). Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

ALEXY, Robert. *The dual nature of law*. Law of Ukraine 1, 2011, p. 39-50. Disponível em: <<http://pravoua.com.ua>>.

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica. Tradução: Zilda Hutchinson Schild Silva. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ALEXY, Robert. *Princípios formais: e outros aspectos da Teoria Discursiva do Direito*. Organização: Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno, Aziz Túffi Saliba e Mônica Sette Lopes. Rio de Janeiro: Forense

Universitária, 2014.

ALEXY, Robert. *Constitutional rights and proportionality*. Revus [on line] (CNRS) 22, 2014, p.51-65.

BARAK, Aharon. *Proportionality*. In. The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law. Michael Rosenfeld and Andras Sajò (Coord.). Oxford: Oxford University Press, 2012.

BECCARIA, Cesare. *Dei delitti e delle pene*. 10^a. ed. Milano: Francesco Sanvito Editore, 1858.

BOBBIO, Norberto. Teoria do Ordenamento Jurídico. Trad. Maria Celeste C. L. Santos. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 10^a Edição, 1999.

BOROWSKI, Martin. La restricción de los derechos fundamentales. *Revista espanhola de derecho constitucional*. Ano 20, num. 59, Maio-agosto 2000.

COEHN-Eliya, Moshe, and Iddo PORAT. *Proportionality and constitutional culture*. Cambridge University Press, 2013.

DWORKIN, Ronald. The model of rules. *Faculty Scholarship Series*. Paper 3609., 1967. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/3609/>. Acesso em: setembro de 2015.

DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Trad. Jeferson Camargo. Ed. Martins Fontes, São Paulo, 2007.

GERARDS, Janneke. How to improve the necessity test of the European Court of Human Rights. I-CON, V.11, n.2, p. 466-490

HARE, Richard Mervyn. *The language of morals*. 2^a. Ed. London, UK: Oxford University Press, 1960. [versão eletrônica].

JANSEN, Nils. Los fundamentos normativos de la ponderación racional en el derecho. In: SIECKMANN, J.(ed). *La teoría principialista de los derechos fundamentales*. Estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy. Madrid: Marcial Pons, 2011.

KLATT, Matthias; MEISTER, Moritz. *The constitutional structure of proportionality*. London: Oxford University Press, 2012.

POSCHER, Ralf. Acertos, Errores y falso autoconcepto de la teoría de los principios. In: SIECKMANN, J.(ed). *La teoría principialista de los derechos fundamentales*. Estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy. Madrid: Marcial Pons, 2011.

PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidade y los derechos fundamentales*. 3^a. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11^a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SCHLINK, Bernard. *Proportionality in constitutional law: why everywhere but here?* Duke Journal of Comparative & International Law 22, 2012, p. 291-302.

SCHLINK, Bernard. *Proportionality*. In. The Handbook of comparative constitutional law. Michael Rosenfeld e Andrés Sajò (Coord). Oxford: Oxford University Press, 2012, p.718-737.

SILVA, Virgílio Afonso da. Proporcionalidade e razoabilidade. *Revista dos Tribunais*, n. 798, 2002, p. 23-50.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais*. Conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2^a ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 31, Nº. 2, 2011a, p. 273–301.

SIECKMANN, Jan, R. Los derechos fundamentales como principios. SIECKMANN, J.(ed). *La teoría principialista de los derechos fundamentales*. Estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy. Madrid: Marcial Pons, 2011.

TRAVESSONI GOMES TRIVISONNO, Alexandre. O que significa “a injustiça extrema não é direito”? Crítica e reconstrução do argumento da injustiça no não-positivismo inclusivo de Robert Alexy. *Espaço Jurídico Journal of Law [EJJL]*, [S.l.], p. 97-122, fev. 2016. ISSN 2179-7943. Disponível em: <<http://editora.unoesc.edu.br/index.php/espacojuridico/article/view/9676>>. Acesso em: 23 Jul. 2017.

The Institutes of Justinian. Chicago, Callaghan & Co., 1876.

Recebido em: 09/04/2017

Aprovado em: 23/07/2017

Como citar este artigo (ABNT):

STRAPAZZON, Carlos Luiz; INOMATA, Adriana. Restrições, Privações e Violações de Direitos Constitucionais Fundamentais. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.32, p.85-104, maio/ago. 2017. Disponível em: <<http://blog.newtonpaiva.br/direito/wp-content/uploads/2017/10/N.32-06.pdf>>. Acesso em: dia mês. ano.

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL N. 153 (ADPF N. 153)

COMPLAINT THAT FUNDAMENTAL PRECEPT 153 (ADPF 153)

REGIANE NISTLER¹

RESUMO: Objetivou-se no presente trabalho analisar as peculiaridades do conteúdo e a motivação da propositura da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF n. 153), bem como, em especial, responder à seguinte pergunta: qual sua análise pelo Supremo Tribunal Federal – STF? Desta forma, através do metodologia de pesquisa normativa e doutrinária e do método indutivo, verificou-se que o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB propôs ao STF, através da respectiva ADPF, que a Lei da Anistia (Lei n. 6.683/79) fosse interpretada conforme os ditames constitucionais, e, sendo assim, a anistia concedida pela referida lei aos crimes políticos e com estes conexos não poderia ser estendida aos “crimes comuns” praticados por militares contra opositores políticos durante o regime militar. Foram analisados os conceitos de crimes comuns e políticos e feita análise em relação aos crimes cometidos no período ditatorial. Ficou demonstrado que a finalidade da Lei da Anistia representa grave afronta ao fundamento da República Brasileira intitulado “Dignidade da Pessoa Humana”, o que pode torná-la inconstitucional. Todavia, a Corte Suprema ao expor suas razões no julgado, alegou que não há como esquecer o passado, mas declarar a inconstitucionalidade da Lei da Anistia unicamente pelas razões apresentadas seria juridicamente impraticável.

Palavras-chave: Dignidade da pessoa humana; direito humano; lei da anistia.

ABSTRACT: Objective of the present work to analyze the peculiarities of the content and motivation on which the accusation of breach of fundamental precept (ADPF No. 153) and, in particular, answer the following question: what consideration by the Supreme Court - STF? Thus, through the normative research methodology and doctrinaire and inductive method, it was found that the Federal Council of the Bar Association of Brazil - OAB proposed to the Supreme Court, through its ADPF, the Law of Amnesty (Law No. 6.683 / 79) be interpreted as the constitutional principles and, therefore, the amnesty granted by this Law to political crime and these related could not be extended to the “common crimes” committed by the military against political opponents during the military regime. the concepts of common crimes and political were analyzed and the analysis made in relation to crimes committed in the dictatorial period. It was demonstrated that the purpose of the amnesty law represents a serious affront to the foundation of the Brazilian Republic entitled “Human Dignity”, which can make it unconstitutional. However, the Supreme Court to explain his reasons at trial, argued that there is no way to forget the past, but to declare the unconstitutionality of the Amnesty Law only for the reasons given would be legally impossible.

Keywords: Human dignity; human right; the amnesty law.

¹ Mestre em Direito pelo PPGD da Faculdade Meridional (IMED). Bolsista PROSUP/CAPES. Especializanda em Direito Empresarial pela Universidade Estácio de Sá. Especialista em Direito e Processo do Trabalho e graduada em Direito pela Universidade para o Desenvolvimento do Alto Vale do Itajaí (Unidavi). Líder e membro do Grupo de Pesquisa “Direito, Constituição e Sociedade de Risco” da Unidavi. Membro do Grupo de Pesquisa “Transnacionalismo e Circulação de Modelos Jurídicos” e “Fundamentos e Dimensões dos Direitos Humanos”, ambos vinculados ao PPGD da Faculdade Meridional (IMED). Professora substituta dos cursos de bacharelado em Direito e Administração da Unidavi. Advogada. E-mail: regianenistler@outlook.com

1. INTRODUÇÃO

O presente estudo buscou analisar as peculiaridades do conteúdo e a motivação da propositura da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF n. 153), bem como, em especial, estudar sua abordagem pelo Supremo Tribunal Federal – STF, e, para isso, o método utilizado foi o indutivo e a técnica de pesquisa escolhida foi a bibliográfica.

O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil propôs perante o Supremo Tribunal Federal – STF, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 153, defendendo que a Lei da Anistia fosse interpretada conforme os preceitos constitucionais.

Acrescentou que a anistia concedida pela Lei n. 6.683/79 aos crimes políticos ou conexos não poderia ser estendida aos “crimes comuns” praticados por militares contra os opositores políticos durante o regime militar.

Desta forma, embora a anistia represente um instituto jurídico que traz importante possibilidade de instituição política em momentos de transição, a mesma representa afronta a Constituição Federal de 1988, em especial ao Estado Democrático de Direito e seu grande pilar: a dignidade da pessoa humana.

Ora, o próprio Estado conceder anistia a agentes torturadores, se enquadra em ato de ilegalidade e violação de direitos humanos, defendeu o Conselho.

Outrossim, aduziu que a revisão da Lei da Anistia e a proposta de reabertura dos casos de tortura, com posterior julgamento dos torturadores e dos agentes que praticaram crimes contra a humanidade, seria um meio de preservar a democracia e seus princípios basilares, bem como, os direitos humanos defendidos na conjuntura atual do Estado Democrático de Direito.

Ainda, o Conselho Federal explica acerca dos crimes cometidos à época, alegando que não houve conexão entre crimes políticos praticados pelos opositores do regime militar e os crimes comuns contra eles cometidos pelos agentes da repressão e seus mandantes no governo.

Todavia, a Corte Suprema não concordou completamente com os argumentos apresentados pela Ordem dos Advogados do Brasil através de seu Conselho Federal, alegando ser juridicamente impraticável alguns de seus pleitos, mas reconheceu que jamais podemos esquecer o passado.

2. DITADURA MILITAR – CRIME COMUM E CRIME POLÍTICO

De acordo com o teor da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.153/08, a Ordem dos Advogados do Brasil, por intermédio de seus procuradores Monteiro e Comparato, propôs ao Supremo Tribunal Federal que a Lei de Anistia fosse interpretada conforme os ditames constitucionais. Logo, a anistia concedida pela Lei n. 6.683/79 aos crimes políticos ou conexos não poderia ser estendida aos “crimes comuns” praticados por militares contra os opositores políticos, durante o regime militar. (OLIVEIRA, 2012, p.154-183).

Antes de abordar a questão dos crimes cometidos no período da ditadura militar, propriamente ditos, torna-se importante trazer alguns elementos conceituais da doutrina no que tange ao crime como fato típico comum.

2.1. Crime comum

Para Rogério Greco:

Sob o aspecto formal, crime seria toda conduta que atentasse, que colidisse frontalmente contra a lei penal editada pelo Estado. Considerando-se o seu aspecto material, conceituamos o crime como aquela conduta que viola os bens jurídicos mais importantes. (GRECO, 2012, p. 140)

Portanto, crimes comuns são os que atingem bens jurídicos do indivíduo, da família, da sociedade e do próprio Estado, estando definidos no Código Penal e em leis especiais.

Para explicar o assunto Julio Fabbrini Mirabete diz:

Sob o aspecto formal, podem-se citar os seguintes conceitos de crime: crime é o fato humano contrário a lei (Carmignani); crime é qualquer ação legalmente punível; crime é toda ação ou omissão proibida pela lei sob a ameaça de pena; crime é uma conduta (ação ou omissão) contrária ao Direito, a que a lei atribui uma pena. Essas definições, entretanto, alcançam apenas um dos aspectos do fenômeno criminal, o mais aparente, que é a contradição do fato a uma norma de direito, ou seja, sua ilegalidade como fato contrário à norma penal. Não penetram, contudo, em sua essência, em seu conteúdo, em sua “matéria”.

Como as definições formais visam apenas ao aspecto externo do crime, é necessário indagar a razão que levou o legislador a prever a punição dos autores de certos fatos e não de outros, como também conhecer o critério utilizado para distinguir os ilícitos penais de outras condutas lesivas, obtendo-se assim um conceito material ou substancial de crime. As investigações dos estudiosos desenvolveram-se nesse sentido e abrangem inclusive ciências extrajurídicas como a Sociologia, a Filosofia, a Psicologia, etc. Para uns, o tema central do conceito de crime reside no caráter danoso do ato; para outros, no antagonismo da conduta com a moral; e para terceiros, no estado psíquico do agente. Essas conceituações, entretanto, esbarram na dificuldade decorrente de sofrer o fenômeno delituoso flutuações no tempo, no espaço, na filosofia política do Estado, etc. (MIRABETE, 2005, p. 95)

Assim, no que diz respeito ao aspecto externo, puramente nominal do fato, obtém-se uma definição formal; observando-se o conteúdo do fato punível, consegue-se uma definição material ou substancial.

2.2. Crime político

Acerca dos crimes políticos Julio Fabbrini Mirabete também faz seu apontamento:

Já os crimes políticos lesam ou põem em perigo a própria segurança interna ou externa do Estado. Na vigente Lei de Segurança (Lei n. 7.170, de 14-12-1983), são crimes políticos os que lesam ou expõem a perigo de lesão: I – a integridade territorial e a soberania nacional; II – o regime representativo e democrático, a Federação e o Estado de Direito; e III – a pessoa dos chefes dos Poderes da União (art. 1º), distinguindo-se dos crimes comuns, para sua aplicação, pela motivação e pelos objetivos do agente e pela lesão real ou potencial aos bens jurídicos mencionados na sua conceituação (art. 2º). (MIRABETE, 2005, p. 95)

Simplificadamente pode-se extrair do conceito que o *animus* do agente deve ser lesar ou colocar em perigo a integridade territorial, a soberania nacional, seu regime e seu sistema, para que o crime seja considerado “político”.

Divididos em crimes políticos puros ou próprios e relativos ou impróprios, Julio Fabbrini Mirabete também faz sua ponderação:

Existem crimes políticos puros ou próprios, que têm por objeto jurídico apenas a ordem política, sem que sejam atingidos bens ou interesses jurídicos individuais ou outros do Estado. Na atual LSN, caracterizam-se como puros os definidos nos arts. 8º, 10, 13, 22, 24, etc. A distinção, conforme o art. 2º da LSN, é feita por um critério objetivo-subjetivo, que leva em conta a natureza do interesse jurídico e a intenção do sujeito ativo do crime. (MIRABETE, 2005, p. 95)

Portanto, crime político é aquele praticado contra as normas políticas de um País. E ainda, existem dois tipos de crimes políticos: o próprio, aquele que visa à desestruturação do regime político de cada Estado; e o crime político impróprio, que tem por objetivo principal a ofensa de bens jurídicos individuais e não os do Estado.

2.2.1 Crimes no período ditatorial

Confirma-se que no Brasil durante o período do Regime Militar (1964-1985) ocorreram tanto crimes políticos próprios, quanto crimes políticos impróprios, quais sejam: a imposição do Governo Militar, a cassação de direitos pessoais e políticos, além das brutalidades praticadas pelos então governantes contra aqueles que não condescendiam com o regime instituído, e por esse pretexto, acabaram sofrendo as mais distintas perversidades contra si, cite-se, torturas, sequestros, assassinatos, censura política e cultural, desaparecimento de cadáveres de parentes. Conforme determinação da Comissão Jurídica Interamericana na XI Conferência foram fixados critérios para a definição de delitos políticos, quais sejam: 1) as infrações contra a organização e o funcionamento do Estado; 2) as infrações conexas com os mesmos. Há conexidade quando a infração se verificar: a) para executar ou favorecer o atentado configurado no item 1; b) para obter a impunidade pelos delitos políticos; não são delitos políticos os crimes de barbaria, vandalismo e em geral todas as infrações que excedam os limites lícitos do ataque e da defesa; não é considerado delito político, para efeito de extradição, o genocídio, de acordo com a Convenção das Nações Unidas". (SILVA, 2012, p. 411-435)

Porém, é possível afirmar também que, no Brasil, especificamente, durante o período do Regime da Ditadura Militar, milhares de pessoas foram torturadas, mortas, violentadas sexualmente, outras desapareceram sem deixar rastros, violência essa que atingiu homens, mulheres e até mesmo crianças, sendo que o diferencial era apenas a forma de tortura. Estes crimes alteraram o cotidiano das pessoas ao ponto de afrontar os princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana. (SILVA, 2012, p. 411-435)

Importante é destacar que os crimes de tortura, de abuso sexual e de sequestro, foram praticados de maneira regular, de maneira sistemática contra opositores do regime sob custódia do Estado, portanto, não havendo a simultaneidade que se exige, em tese, à configuração da conexão e, conseqüentemente, não possuindo o caráter político e tampouco o de crime conexo. (SILVA, 2012, p. 411-435)

Para o Professor Luiz Flávio Gomes, nos dizeres de Ianaiê Simonelli da Silva:

Os crimes cometidos na ditadura militar brasileira se configuram, inequivocamente, crimes contra a humanidade e poderiam, hoje ainda, ser investigados e punidos, tanto pelo fato que não prescreveram, uma vez que são crimes permanentes, de acordo com a jurisprudência internacional; quanto pelo fato de que a lei de anistia não possui validade diante de tais delitos. (SILVA, 2012, p. 411-435)

Assim, é possível inferir das definições de crimes políticos, bem como do ocorrido no período ditatorial que não se está falando em crimes daquela natureza, quando são definidos os atos praticados à referida época, afinal, foram inúmeras pessoas violentadas de várias maneiras como, torturas, violência sexual e diversos tipos penais que ferem claramente a dignidade da pessoa humana, fundamento este que pode estar no topo de um grupo classificado como "mínimo existencial", ou seja, torna-se imprescindível que um Estado atendendo como "Democrático de Direito" acolha de fato tal fundamento, popularmente chamado de princípio e que vem garantir às pessoas, entre vários outros direitos elementares, a dignidade delas como pessoas humanas.

3. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Para Gilmar Ferreira Mendes nos dizeres de Miguel Reale:

Toda pessoa é única e nela já se habita o todo universal, o que faz dela um todo inserido no todo da existência humana; que, por isso, ela deve ser vista antes como centelha que condiciona a chama e a mantém viva, e na chama a todo o instante crepita, renovando-se criadoramente, sem reduzir uma à outra; e que, afinal, embora precária a imagem, o que importa é tornar claro que dizer pessoa é dizer singularidade, intencionalidade, liberdade, inovação e transcendência, o que é impossível em qualquer concepção transpersonalista, a cuja luz a pessoa perde os seus atributos como valor-fonte da experiência ética para ser vista antes como simples “momento de um ser transpessoal” ou peça de um gigantesco mecanismo, que, sob várias denominações, pode ocultar sempre o mesmo “monstro frio”: “coletividade”, “espécie”, “nação”, “classe”, “raça”, “idéia”, “espírito universal”, ou “consciência coletiva”. (MENDES, 2010, p. 214)

É possível retornar ao início do trabalho, quando se verificou a importância da pessoa humana e a relevância de sua proteção, ou seja, nada mais necessário e primordial que o zelo de sua dignidade, assim para José Afonso da Silva:

Dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida concebido como referência constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais. O conceito de dignidade da pessoa humana obriga a uma densificação valorativa que tenha em conta o seu amplo sentido normativo-constitucional e não qualquer ideia apriorística do homem, não podendo reduzir-se o sentido da dignidade humana à defesa dos direitos pessoais tradicionais, esquecendo-a nos casos de direitos sociais, ou invocá-la para construir teoria do núcleo da personalidade individual, ignorando-a quando se trate de garantir as bases da existência humana. Daí decorre que a ordem econômica há de ter por fim assegurar a todos existência digna (art. 170), a ordem social visará à realização da justiça social (art. 193), a educação, o desenvolvimento da pessoa e seu preparo para o exercício da cidadania (art. 205) etc., não como meros enunciados formais, mas como indicadores do conteúdo normativo eficaz da dignidade da pessoa humana. (SILVA, 2009, p.104)

Neste contexto, é possível inferir que a dignidade da pessoa humana deve ser preceito fundamental de uma nação e que necessita ser observada em todas as relações, por todas as instituições e em todos os momentos.

4. LEI N. 6.683/79 – ANISTIA

A referida lei que “concede anistia e dá outras providências” em seu art. 1º traz:

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

§ 1º - Consideram-se conexos, para efeito deste artigo, os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política. (BRASIL. Lei 6.683/ 1979, Art.1º)

Os países da América Latina nas décadas de 70 e 80 tentaram evadir o aumento da violação dos direitos humanos por meio das leis de anistia. Nos últimos dez anos os governantes latino-americanos continuam as tentativas judiciais de conter os desafios no que tange aos anistiados, trazendo à tona tanto a natureza quanto a extensão das violações que ocorreram no período de exceção, além de prender os agentes que cometeram os crimes contra a humanidade, com o intuito de responsabilizá-los de acordo com o grau de envolvimento nas ações. Segundo a Corte Interamericana (2010), as ressalvas quanto à instauração de processos, como anistias e estatutos de limitações, nos episódios de desaparecimentos, execuções sumárias e tortura, violam a Convenção Americana de Direitos Humanos, tendo sido este o entendimento da maioria dos tribunais nacionais dos países que fazem parte do Cone Sul. (SILVA, 2012, p. 411-435)

Em 28 de agosto de 1979, foi aprovado o Projeto de Lei de Anistia apresentado pelo presidente da República Tancredo Neves. Em 1985, já com o fim da Ditadura Militar, foi editada a Emenda Constitucional n. 26 que anistiou todos os servidores públicos da administração direta e indireta, militares punidos por atos de exceção, institucionais ou complementares, e os autores de crimes políticos ou conexos, dirigentes e representantes de organizações sindicais e estudantis, servidores civis ou empregados que foram demitidos ou dispensados por motivação exclusivamente política. Posteriormente, a anistia foi prevista na Constituição de 1988, nos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias, e na Medida Provisória n. 2.151, de 31 de maio de 2001, que regulamenta o artigo 8º dos ADCT. A concessão desse instituto foi importante por definir o regime jurídico do anistiado, ampliar criar a Comissão de Anistia no âmbito do Ministério da Justiça, e conceder o direito à declaração de anistiado político, bem como à reparação econômica. (COELHO, 2012, p.361-390)

O art. 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias dispõe que:

Art. 8º. É concedida anistia aos que, no período de 18 de setembro de 1946 até a data da promulgação da Constituição, foram atingidos, em decorrência de motivação exclusivamente política, por atos de exceção, institucionais ou complementares, aos que foram abrangidos pelo Decreto Legislativo nº 18, de 15 de dezembro de 1961, e aos atingidos pelo *Decreto-Lei nº 864, de 12 de setembro de 1969*, asseguradas as promoções, na inatividade, ao cargo, emprego, posto ou graduação a que teriam direito se estivessem em serviço ativo, obedecidos os prazos de permanência em atividade previstos nas leis e regulamentos vigentes, respeitadas as características e peculiaridades das carreiras dos servidores públicos civis e militares e observados os respectivos regimes jurídicos. (*Regulamento*)

§ 1º - O disposto neste artigo somente gerará efeitos financeiros a partir da promulgação da Constituição, vedada a remuneração de qualquer espécie em caráter retroativo.

§ 2º - Ficam assegurados os benefícios estabelecidos neste artigo aos trabalhadores do setor privado, dirigentes e representantes sindicais que, por motivos exclusivamente políticos, tenham sido punidos, demitidos ou compelidos ao afastamento das atividades remuneradas que exerciam, bem como aos que foram impedidos de exercer atividades profissionais em virtude de pressões ostensivas ou expedientes oficiais sigilosos.

E continua:

§ 3º - Aos cidadãos que foram impedidos de exercer, na vida civil, atividade profissional específica, em decorrência das Portarias Reservadas do Ministério da Aeronáutica nº S-50-GM5, de 19 de junho de 1964, e nº S-285-GM5 será concedida reparação de natureza econômica, na forma que dispuser lei de iniciativa do Congresso Nacional e a entrar em vigor no prazo de doze meses a contar da promulgação da Constituição.

§ 4º - Aos que, por força de atos institucionais, tenham exercido gratuitamente mandato eletivo de vereador serão computados, para efeito de aposentadoria no serviço público e previdência social, os respectivos períodos.

§ 5º - A anistia concedida nos termos deste artigo aplica-se aos servidores públicos

civis e aos empregados em todos os níveis de governo ou em suas fundações, empresas públicas ou empresas mistas sob controle estatal, exceto nos Ministérios militares, que tenham sido punidos ou demitidos por atividades profissionais interrompidas em virtude de decisão de seus trabalhadores, bem como em decorrência do *Decreto-Lei nº 1.632, de 4 de agosto de 1978*, ou por motivos exclusivamente políticos, assegurada a readmissão dos que foram atingidos a partir de 1979, observado o disposto no § 1º. (BRASIL, 1988, Art.3º)

Como se pode extrair do artigo a anistia é um instituto jurídico que traz uma importante possibilidade de instituição política em momentos de transição, por meio dela as necessidades de estabilização de momentos de anormalidade podem ser alcançadas para que uma nova configuração política possa ser implementada. A anistia, portanto, é um instrumento jurídico com função política prospectiva. Esquecer o passado e os atos nele praticados em momento de crise para construir o futuro. Mas e aqueles que em razão de tais atos não poderão participar desse futuro e o valor educativo e prospectivo da própria memória, como ficam essas questões em situações de anistia e como ficaram essas questões no caso da anistia iniciada em 1979? Trata-se aqui de um complexo problema jurídico de dimensão eminentemente constitucional. (COELHO, 2012, p. 361-390)

De um lado, Poder Executivo e Legislativo empenham-se na criação da Comissão da Verdade para desvendar os enigmas dos acontecimentos passados e estabelecer a verdade sobre a atuação e responsabilização dos agentes civis e militares do Estado; de outro, o Poder Judiciário vem confirmando, ao menos no Supremo Tribunal Federal, a abrangência irrestrita da Lei de Anistia para os crimes cometidos durante a ditadura militar brasileira. Cumpre agora verificar, de forma crítica, os argumentos utilizados na ADPF n.153, fundamentalmente para contrastá-los com a discussão doutrinária e jurisprudencial que o Direito Internacional tem desenvolvido no ponto. (SILVA, 2012, p. 411-435)

5. AÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL N. 153

No ano de 2010, o Brasil deparou-se com um sério conflito de jurisdição entre duas cortes legalmente reconhecidas pelo país. Por um lado, o Supremo Tribunal Federal que, em decisão não unânime, considerou a Lei de Anistia como válida e aplicável aos militares que praticaram crimes comuns durante todo o período ditatorial. E de outro lado, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), que adotou posicionamento diverso, ao considerar que a mencionada Lei de Anistia não poderia servir de base para a não punição daqueles que cometeram crimes durante o período ditatorial. (OLIVEIRA, 2012, p. 154-183)

A polêmica instaurou-se por ocasião da discussão irradiada entre o Ministério de Defesa e da Justiça quanto à extensão da Lei de Anistia, se envolveria os agentes públicos responsáveis por crimes, entre outros, como desaparecimento forçado, homicídios, torturas contra os opositores do regime ditatorial. Assim, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) achou necessário invocar o Poder Judiciário. (OLIVEIRA, 2012, p. 154-183)

Desta forma, o mesmo órgão impetrou a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) de n. 153/08 com o escopo da declaração de não recepção, pela Constituição Federal de 1988, do disposto no artigo 1º, §1 da Lei de n. 6.683, de 19 de dezembro de 1979. (OLIVEIRA, 2012, p. 154-183)

Entre as solicitações apresentadas pelo Conselho Federal, cita-se o apelo de abertura dos documentos da ditadura militar, objetivando a divulgação das identidades dos agentes públicos que cometeram crimes em nome do Estado contra os inimigos do regime. Outro questionamento envolve a situação dos agentes torturadores, pois, além de receberem remuneração, foram anistiados pelo próprio governo, o que se enquadraria em um ato de ilegalidade e violação dos direitos humanos

assim como aos fundamentos democráticos pilares da atual Constituição. (SILVA, 2012, p. 411-435)

O Conselho entendeu que a revisão da Lei de Anistia e a proposta de reabertura dos casos de tortura, com posterior julgamento dos torturadores e dos agentes que praticaram crimes contra a humanidade, seria um meio de preservar a democracia e os direitos humanos defendidos na conjuntura atual do Estado Democrático de Direito. (SILVA, 2012, p. 411-435)

Acerca do conteúdo da petição inicial que propôs a referida Arguição é possível verificar:

EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO PRESIDENTE DO EGRÉGIO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL – OAB, por seu Presidente, vem, à presença de Vossa Excelência, por intermédio de seu advogado infra-assinado, com instrumento procuratório específico incluso e endereço para intimações na SAS Qd. 05, Lote 01, Bloco M, Brasília-DF, com base nos arts. 102, § 1º e 103, inciso VII da Constituição Federal c/c art. 1º, parágrafo único, inciso I e art. 2º, inciso I da Lei nº 9.882/99, e de acordo com a decisão plenária tomada nos autos do protocolo nº 2008.19.06083-01-Conselho Pleno (certidão anexa – doc. 01), propor ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL nos termos seguintes:

1. O DISPOSITIVO LEGAL QUESTIONADO

Eis o teor do dispositivo legal questionado (§ 1º do Art. 1º da Lei nº 6.683/1979), e que é o ato do poder público objeto da presente arguição:

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

Nestes termos segue:

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

[...]

Após apontar que a doutrina, quase que a uma só voz, extrai da Lei nº 9.882/99 a existência de dois tipos de arguição de descumprimento de preceito fundamental (autônoma e incidental), sendo a modalidade incidental percebida no inciso I do parágrafo único do Art. 1º, LUÍS ROBERTO BARROSO expõe os pressupostos do seu cabimento: “Seus outros requisitos, que são mais numerosos que os da arguição autônoma, incluem, além da subsidiariedade e da ameaça ou lesão a preceito fundamental, a necessidade de que (i) seja relevante o fundamento da controvérsia constitucional e (ii) se trate de lei ou ato normativo – e não qualquer ato do Poder Público.” (BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 220).

[...]

2.2 RELEVÂNCIA DO FUNDAMENTO DA CONTROVÉRSIA CONSTITUCIONAL SOBRE LEI FEDERAL ANTERIOR À CONSTITUIÇÃO

A sociedade brasileira acompanhou o recente debate público acerca da extensão da Lei nº 6.683/79 (“Lei da Anistia”). É notória a controvérsia constitucional surgida a respeito do âmbito de aplicação desse diploma legal. Trata-se de saber se houve ou não anistia dos agentes públicos responsáveis, entre outros crimes, pela prática de homicídio, desaparecimento forçado, abuso de autoridade, lesões corporais, estupro e atentado violento ao pudor contra opositores políticos ao regime militar, que vigorou entre nós antes do restabelecimento do Estado de Direito com a promulgação da vigente Constituição. A controvérsia pública sobre o âmbito de aplicação da citada lei tem envolvido, notadamente, o Ministério da Justiça e o Ministério da Defesa, o que demonstra, por si só, a relevância política da questão em debate. Tudo aconselha, pois, seja chamado o

Poder Judiciário a pôr fim ao debate, dizendo o Direito de forma definitiva (CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO Brasil. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, 2013).

A peça inicial é clara em seu objetivo quando menciona o dispositivo legal que está sendo questionado, o cabimento da referida Arguição e passa a destacar com excelência a controvérsia constitucional que veio defender.

3. INÉPCIA JURÍDICA DA INTERPRETAÇÃO QUESTIONADA DA LEI nº 6.683/1979

[...]

É sabido que esse último dispositivo legal foi redigido intencionalmente de forma obscura, a fim de incluir sub-repticiamente, no âmbito da anistia criminal, os agentes públicos que comandaram e executaram crimes comuns contra opositores políticos ao regime militar. Em toda a nossa história, foi esta a primeira vez que se procurou fazer essa extensão da anistia criminal de natureza política aos agentes do Estado, encarregados da repressão. Por isso mesmo, ao invés de se declararem anistiados os autores de crimes políticos e crimes comuns a ele conexos, como fez a lei de anistia promulgada pelo ditador Getúlio Vargas em 18 de abril de 1945, redigiu-se uma norma propositalmente obscura. E não só obscura, mas tecnicamente inepta.

Se não, vejamos.

É de geral conhecimento que a conexão criminal implica uma identidade ou comunhão de propósitos ou objetivos, nos vários crimes praticados. Em consequência, quando o agente é um só a lei reconhece a ocorrência de concurso material ou formal de crimes (Código Penal, artigos 69 e 70). É possível, no entanto, que os agentes sejam vários. Nessa hipótese, tendo em vista a comunhão de propósitos ou objetivos, há co-autoria (Código Penal, art. 29). É bem verdade que, no Código de Processo Penal (art. 76, I in fine), reconhece-se também a conexão criminal, quando os atentes criminosos atuaram uns contra os outros. Trata-se, porém, de simples regra de unificação de competência, de modo a evitar julgamentos contraditórios. Não é norma de direito material.

E continua:

Pois bem, sob qualquer ângulo que se examine a questão objeto da presente demanda, é irrefutável que não podia haver e não houve conexão entre os crimes políticos, cometidos pelos opositores do regime militar, e os crimes comuns contra eles praticados pelos agentes da repressão e seus mandantes no governo. A conexão só pode ser reconhecida, nas hipóteses de crimes políticos e crimes comuns perpetrados pela mesma pessoa (concurso material ou formal), ou por várias pessoas em co-autoria. No caso, portanto, a anistia somente abrange os autores de crimes políticos ou contra a segurança nacional e, eventualmente, de crimes comuns a eles ligados pela comunhão de objetivos. É fora de qualquer dúvida que os agentes policiais e militares da repressão política, durante o regime castrense, não cometeram crimes políticos.²

O posicionamento do Conselho é claro em relação ao que entende acerca dos crimes cometidos à época. Afirma que não houve conexão entre crimes políticos que foram cometidos pelos opositores do regime militar e os crimes comuns contra eles praticados pelos agentes da repressão e seus mandantes no governo. Ainda, faz referência aos preceitos fundamentais violados quando da interpretação que é dada a lei n. 6.683/79.

4.1 ISONOMIA EM MATÉRIA DE SEGURANÇA

A Constituição da República Federativa do Brasil declara, logo na abertura do Título consagrado aos Direitos e Garantias Fundamentais, que “todos são iguais perante a lei,

2 CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, 2013.

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” (Art. 5º, caput).

[...]

Ora, a anistia sobrevém como o exato oposto da definição criminal. Diversamente da graça e do indulto, ela não apenas extingue a punibilidade – como declara imperfeitamente o art. 107, II do Código Penal – mas descriminaliza a conduta criminosa. A lei dispõe, retroativamente, que certos e determinados crimes deixam de ser considerados como tais. Daí por que, ao contrário da graça e do indulto, a anistia não se refere a pessoas, mas a crimes objetivamente definidos em lei.

[...]

4.2 DESCUMPRIMENTO, PELO PODER PÚBLICO, DO PRECEITO FUNDAMENTAL DE NÃO OCULTAR A VERDADE

A Constituição da República declara, enfaticamente, que “todos têm direito de receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral” (art. 5º, XXXIII).

Nestes termos segue:

O preceito representa clara aplicação do princípio democrático, segundo o qual “todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos, ou diretamente” (art. 1º, parágrafo único); bem como do princípio republicano, segundo o qual são objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil “construir uma sociedade livre, justa e solidária” e “promover o bem de todos” (art. 3º, I e IV).

[...]

Enfim, a lei assim interpretada impediu que o povo brasileiro, restabelecido em sua soberania (pelo menos nominal) com a Constituição de 1988, tomasse conhecimento da identidade dos responsáveis pelos horrores perpetrados, durante dois decênios, pelos que haviam empalmado o poder.

4.3 DESRESPEITO AOS PRINCÍPIOS DEMOCRÁTICO E REPUBLICANO

A Constituição Federal abre-se com a declaração solene de que “a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito”.

[...]

Nessas condições, a interpretação questionada da Lei nº 6.683 representa clara e direta ofensa ao princípio democrático e ao princípio republicano, que embasam toda a nossa organização política.³

E continua:

4.4 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DO POVO BRASILEIRO NÃO PODE SER NEGOCIADA

Ora, em primeiro lugar, assinale-se o desconchavo de se declararem anistiadas as vítimas da repressão política, como se elas fossem culpadas pelas violências que sofreram! Mas, sobretudo, deve-se frisar, com todas as forças, que atos de violação da dignidade humana não se legitimam com uma reparação pecuniária concedida às vítimas, ficando os responsáveis pela prática de tais atos, bem como os que os comandaram, imunes a toda punição e até mesmo encobertos pelo anonimato.⁴

E quase ao fim da manifestação menciona um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito que deve ser cumprido para a efetiva Ordem Constitucional:

Em suma, Egrégio Tribunal, o que se pede e espera com a presente demanda, em última análise, é que a Justiça Brasileira confirme definitivamente, perante a História, a

3 CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, 2013.

4 CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, 2013.

dignidade transcendental e, portanto, inegociável da pessoa humana, fundamento de toda a nossa ordem constitucional (Constituição Federal, art. 1º, III).⁵

A dignidade da pessoa humana conforme já conceituada em momento anterior, vem claramente explicitando a sua importância na vida de uma pessoa e é possível afirmar que neste contexto, ela pode ser o principal e arrisca-se dizer até que o único argumento para pleitear este direito à memória, à verdade, à informação.

5.1. Análise da ADPF pelo Supremo Tribunal Federal

O posicionamento do Supremo Tribunal Federal (STF), ao decidir a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 153, necessita rigorosa reflexão. Isso não apenas pela importância do tema, mas, sobretudo, pela característica constitucional daquele pronunciamento do Tribunal máximo: o STF, ao julgar a conformidade, em face da Constituição, da lei n. 6683/79 – também conhecida como “Lei da Anistia”, adotou uma particular postura frente à própria Constituição Federal. (MAGALHÃES, 2012, p. 391-410)

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL

153 DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. EROS GRAU

ARGTE.(S) : CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS

ADVOGADOS DO BRASIL - OAB

ADV.(A/S) : FÁBIO KONDER COMPARATO

ADV.(A/S) : RAFAEL BARBOSA DE CASTILHO

ARGDO.(A/S) : PRESIDENTE DA REPÚBLICA

ADV.(A/S) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

ARGDO.(A/S) : CONGRESSO NACIONAL

INTDO.(A/S) : ASSOCIAÇÃO JUÍZES PARA A DEMOCRACIA

ADV.(A/S) : PIERPAOLO CRUZ BOTTINI E OUTRO(A/S)

INTDO.(A/S) : CENTRO PELA JUSTIÇA E O DIREITO

INTERNACIONAL - CEJIL

ADV.(A/S) : HELENA DE SOUZA ROCHA E OUTRO(A/S)

INTDO.(A/S) : ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE ANISTIADOS

POLÍTICOS - ABAP

ADV.(A/S) : ADERSON BUSSINGER CARVALHO E

OUTRO(A/S)

INTDO.(A/S) : ASSOCIAÇÃO DEMOCRÁTICA E

NACIONALISTA DE MILITARES

ADV.(A/S): EGON BOCKMANN MOREIRA E OUTRO(A/S)⁶

E continua:

R E L A T Ó R I O

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU: O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB propõe arguição de descumprimento de preceito fundamental objetivando a declaração de não-recebimento, pela Constituição do Brasil de 1988, do disposto no § 1º do artigo 1º da Lei n. 6.683, de 19 de dezembro de 1979. A concessão da anistia a todos que, em determinado período, cometeram crimes políticos estender-se-ia, segundo esse preceito, aos crimes conexos --- crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política.

5 CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, 2013.

6 CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, 2013.

[...]

2. Eis os textos a considerarmos:

[...]

9. Requer que esta Corte, dando interpretação conforme à Constituição, declare que a anistia concedida pela Lei n. 6.683/79 aos crimes políticos ou conexos não se estende aos crimes comuns praticados pelos agentes da repressão, contra opositores políticos, durante o regime militar.⁷

Acerca da análise da ADPF a Corte Suprema manifestou-se:

V O T O

[...]

Afronta a preceitos fundamentais

17. Não vejo, de outra parte, como se possa afirmar que a Lei n. 6.683/79 impede o acesso a informações atinentes à atuação dos agentes da repressão no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979. Permito-me neste passo reproduzir trecho do parecer do Procurador Geral da República: “É evidente que reconhecer a legitimidade da Lei da Anistia não significa apagar o passado.

105. Nesse sentido, o estado democrático de direito, para além da discussão acerca da punibilidade, precisa posicionar-se sobre a afirmação e concretização do direito fundamental à verdade histórica.

106. Com a precisão habitual, o Ministro Sepúlveda Pertence, em entrevista antes referida, afirmou que viabilizar a reconstituição histórica daqueles tempos é um imperativo da dignidade nacional. Para propiciá-la às gerações de hoje e de amanhã, é necessário descobrir e escancarar os arquivos, estejam onde estiverem, seja quem for que os detenha.

[...]

108. O que se propõe, ao invés, é o desembaraço dos mecanismos existentes que ainda dificultam o conhecimento do ocorrido naquelas décadas. Nesta toada, está pendente de julgamento a ADI nº 4077, proposta pelo anterior Procurador-Geral da República, que questiona a constitucionalidade das Leis 8.159/91 e 11.111/05.⁸

Nestes termos segue:

109. O julgamento da ADI nº 4077 é sensível para resolver a controvérsia político-jurídica sobre o acesso a documentos do regime anterior. Se esse Supremo Tribunal Federal reconhecer a legitimidade da Lei da Anistia e, no mesmo compasso, afirmar a possibilidade de acesso aos documentos históricos como forma de exercício do direito fundamental à verdade, o Brasil certamente estará em condições de, atento às lições do passado, prosseguir na construção madura do futuro democrático”.

[...]

19. Não vejo realmente como possam, esses argumentos, sustentar-se, menos ainda justificar a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Pois é certo que, a dar-se crédito a eles, não apenas o fenômeno do recebimento --- a recepção --- do direito anterior à Constituição de 1988 seria afastado, mas também outro, este verdadeiramente um fenômeno, teria ocorrido: toda a legislação anterior à Constituição de 1988 seria, porém exclusivamente por força dela, formalmente inconstitucional. Um autêntico fenômeno, a exigir legitimação de toda essa legislação pelo órgão legislativo oriundo de eleições livres ou então diretamente pelo povo soberano, mediante referendo. Os argumentos adotados na inicial vão ao ponto de negar mesmo a anistia concedida aos crimes políticos, aqueles de que trata o artigo 1º da lei, a anistia concedida aos acusados de crimes políticos, que agiram contra a ordem política vigente no País no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979. A contradição é, como se vê, inarredável. O que se pretende é extremamente contraditório:

7 CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, 2013.

8 CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, 2013.

a ab-rogação da anistia em toda sua amplitude, conduzindo inclusive a tormentosas e insuportáveis conseqüências financeiras para os anistiados que receberam indenizações do Estado, compelidos a restituir aos cofres públicos tudo quanto receberam até hoje a título de indenização. A procedência da ação levaria a este funesto resultado. [...]

E continua:

20. O quarto preceito fundamental afrontado pela interpretação questionada do § 1º do artigo 1º da Lei n. 6.683/79 seria o da dignidade da pessoa humana e do povo brasileiro, que não pode ser negociada.

[...]

Trata-se, também neste ponto, de argumentação exclusivamente política, não jurídica, argumentação que entra em testilhas com a História e com o tempo. Pois a dignidade da pessoa humana precede a Constituição de 1988 e esta não poderia ter sido contrariada, em seu artigo 1º, III, anteriormente a sua vigência. A Arguente desqualifica fatos históricos que antecederam a aprovação, pelo Congresso Nacional, da Lei n. 6.683/79. Diz mesmo que “no suposto acordo político, jamais revelado à opinião pública, a anistia aos responsáveis por delitos de opinião serviu de biombo para encobrir a concessão de impunidade aos criminosos oficiais, que agiam em nome do Estado, ou seja, por conta de todo o povo brasileiro” e que a dignidade das pessoas e do povo foi usada como “moeda de troca em um acordo político”.

[...]

A interpretação conforme a Constituição e os crimes conexos

[...]

26. Observo neste passo, parenteticamente, que não é exatamente isso o que ocorre, visto que o § 1º do artigo 1º da Lei n. 6.683/79 define crimes conexos aos crimes políticos: “consideram-se conexos, para efeitos deste artigo, os crimes de qualquer natureza relacionados com os crimes políticos ou praticados por motivação política”. Não me estenderei aqui em debate acadêmico a respeito da distinção entre conceitos e definições, mas é certo que a definição jurídica explicita o termo de um determinado conceito jurídico. O § 1º do artigo 1º da Lei n. 6.683/79 define crimes conexos aos crimes políticos “para os efeitos” desse artigo 1º. São crimes conexos aos crimes políticos “os crimes de qualquer natureza relacionados com os crimes políticos ou praticados por motivação política”. Podem ser de “qualquer natureza”, mas [i] hão de terem estado relacionados com os crimes políticos ou [ii] hão de terem sido praticados por motivação política. São crimes outros que não políticos; logo, são crimes comuns, porém [i] relacionados com os crimes políticos ou [ii] praticados por motivação política.⁹

E finaliza:

60. É necessário dizer, por fim, vigorosa e reiteradamente, que a decisão pela improcedência da presente ação não exclui o repúdio a todas as modalidades de tortura, de ontem e de hoje, civis e militares, policiais ou delinqüentes. Há coisas que não podem ser esquecidas.

[...]

É necessário não esquecermos, para que nunca mais as coisas voltem a ser como foram no passado.

Julgo improcedente a ação.¹⁰

Vencidos dois de seus Ministros, o Supremo Tribunal Federal decidiu por nove votos que a Lei da Anistia foi integrada à nova ordem constitucional, sob a base dos seguintes argumentos basicamente: a) Não prospera o princípio da dignidade da pessoa humana invocado para afirmar a invalida-

9 CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, 2013.

10 CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, 2013.

de da conexão criminal que aproveitaria aos agentes políticos que praticaram crimes comuns contra opositores políticos, presos ou não, durante o regime militar. *b)* O significado da expressão “crimes conexos” a “crimes políticos” contida na Lei de Anistia ignora os sentidos correntes, na doutrina, da chamada conexão criminal. Trata-se de um sentido ao momento histórico da sanção da Lei de Anistia, sendo esta uma conexão *sui generis*, própria ao momento histórico da transição para a democracia; *c)* A anistia teve um caráter bilateral, já que estendeu a conexão aos crimes praticados pelos agentes do Estado contra os que lutavam contra o Estado de exceção. *d)* Embora a interpretação do direito consista num “processo de contínua adaptação de seus textos normativos à realidade e seus conflitos”, isto se aplica apenas à interpretação das leis gerais e abstratas, e não às designadas leis-medida. *e)* A Lei n. 6.683/79 é anterior a Convenção das Nações Unidas contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, que vigora desde 1987 e à Lei n. 9.455, de 7 de abril de 1997, que define o crime de tortura. Além disso, o preceito veiculado pelo artigo 5º, XLIII da Constituição que declara insuscetíveis de graça e anistia a prática da tortura, entre outros crimes – não alcança, por impossibilidade lógica, anistias anteriormente à sua vigência consumadas. *f)* O Poder Judiciário, no Estado Democrático de Direito, não está autorizado a alterar, a dar outra redação, diversa da nele contemplada, a texto normativo. *g)* A Revisão de Lei de Anistia, se mudanças do tempo e da sociedade a impuserem, haverá – ou não – de ser feita pelo Poder Legislativo, não pelo Poder Judiciário. *h)* A anistia de 1979 foi reafirmada, no texto da EC 26/85, pelo Poder Constituinte da Constituição de 1988. (MAGALHÃES, 2012, p. 391-410)

Interessante observar a análise da Corte Suprema acerca do assunto em vários aspectos. Começando pelo reconhecimento da necessidade de jamais esquecer-se o referido período para que as coisas nunca voltem a ser como foram no passado. Pois bem, a partir do que exatamente é possível ter essa garantia? O próprio guardião da Constituição julga improcedente a ADPF que vem buscar exatamente isso, o reconhecimento da dignidade da pessoa humana acima de qualquer interesse, acima de qualquer sistema; a aplicação devida da legislação pertinente no que tange aos tipos penais praticados à época, basicamente a ausência de recepção que a Lei da Anistia tem diante da Carta Magna de um Estado Democrático de Direito.

Importante ressaltar ainda, a ponderação feita pelo Supremo acerca das mudanças da Lei da Anistia, caso realizadas, deveriam ser feitas pelo Poder Legislativo. Complicado pensar no Guardião da Constituição de “mãos atadas” diante de uma “falha” que pode ser reconhecida por sua Corte.

5.1.1. Direito à memória como direito fundamental; entendimento do Supremo Tribunal Federal

O Supremo Tribunal Federal entendeu de forma diversa quando, por 7 votos a 2, julgou improcedente o pedido da ADPF n. 153/08. Segundo a Suprema Corte, ainda que a decisão pela improcedência da ação não excluísse o repúdio à tortura que ocorreu no passado, a Lei de Anistia não havia perdido a sua validade jurídica, tendo sido plenamente recepcionada pela CF/88. Logo, os crimes praticados, por motivação política, durante a ditadura foram integralmente anistiados, não podendo ser aberto qualquer processo criminal contra os infratores. (OLIVEIRA, 2012, p. 154-183)

Pode-se dizer que ocorreu aqui uma controvérsia constitucional perante a decisão que fora tomada pelo Supremo Tribunal Federal no que diz respeito ao §1º do art. 1º da Lei da Anistia, o qual já era inconstitucional, por tratar de crimes comuns e até mesmo de crimes praticados contra a vida no período ditatorial e veio enquadrando os referidos tipos como “crimes políticos”.

Porém, a Corte menciona em seu voto não ver afronta aos preceitos fundamentais no teor da Lei da Anistia, que os crimes a que se refere são os políticos ou com eles conexos; acrescenta que ela não impede o acesso as informações referentes à atuação dos agentes da repressão no referido período e que considerá-la inconstitucional, seria dar a mesma classificação a toda à legislação anterior

a Constituição de 1988.

Acerca do fundamento dignidade da pessoa humana coloca que ele veio a partir da Constituição Federal de 1988, ou seja, após a lei em questão e que apontar a inexistência de dignidade da pessoa humana em relação ao teor da lei e naquele contexto histórico, é mais “uma argumentação política do que jurídica”. Torna-se necessário enfatizar a importância óbvia da integridade do ser humano e que conforme demonstrado no início deste trabalho, ela foi enxergada e defendida há mais tempo do que se pode supor, assim, fica discutível o conteúdo do voto neste aspecto, onde há a defesa da ausência da Constituição atual, bem como, seu art. 1º, inc. III (que traz a dignidade da pessoa humana como fundamento) e o notório conhecimento da defesa da pessoa humana como algo único e especial, começando pela referência já feita no início deste estudo, que traz o ser humano lá no antigo testamento como ponto culminante da criação divina, assim como foi possível verificar também, as constatações realizadas no “mundo antigo” pela filosofia e religião de que o ser humano pelo simples fato de existir é titular de alguns direitos naturais e inalienáveis. Ponderação possível a ser feita aqui, é que diante de sua relevância, estes direitos naturais aos quais a história faz referência são os que garantem o mínimo de sua existência íntegra e protegida.

Nestes termos, verifica-se que o entendimento do STF é diverso ao que foi proposto na ADPF, o Supremo manifesta que seu posicionamento não exclui o repúdio a todas as modalidades de tortura praticadas à época por civis e militares, policiais ou delinquentes, mas que não enxerga o impedimento ao acesso a informações referentes ao período, ou seja, que o direito fundamental à informação esteja ferido pela referida lei, em suma, para ela não existe um direito ao acesso, a conservação, a proteção do passado que esteja retirado de um povo. É possível concluir, que para a Guardiã da Constituição, não há que se falar na necessidade de um “direito à memória” a fim de se buscar “uma verdade” que para a Corte não está impedida, inacessível ou “roubada” de sua nação.

Destaque-se que o assunto sobre a Lei de Anistia ainda não se esgotou, pois ainda está para ser julgado no Supremo Tribunal Federal (julgamento que já foi adiado, no mínimo, duas vezes – frise-se) os Embargos de Declaração opostos na ADPF de n.153 e uma petição avulsa protocolada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. (OLIVEIRA, 2012, p.154-183)

As considerações finais serão a seguir expostas, no que será possível analisar brevemente os principais pontos abordados, bem como, suas relações e semelhanças, a procedência ou não do direito à memória ser recebido como um direito fundamental.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente teve como objeto a análise da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 153 (ADPF), proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), perante o Supremo Tribunal Federal, buscando analisar a ausência de recepção do §1º do art. 1º da Lei da Anistia pela Constituição Federal, observando as evidências de crimes comuns praticados à época, que por interpretação errônea do mencionado dispositivo de lei, são tratados como crimes políticos ou com estes conexos.

Verificou-se que em 28 de agosto de 1979, foi aprovado o Projeto de Lei de Anistia apresentado pelo presidente da República Tancredo Neves. Em 1985, já com o fim da Ditadura Militar, foi editada a Emenda Constitucional n. 26 que anistiou todos os servidores públicos da administração direta e indireta, militares punidos por atos de exceção, institucionais ou complementares, e os autores de crimes políticos ou conexos, dirigentes e representantes de organizações sindicais e estudantis, servidores civis ou empregados que foram demitidos ou dispensados por motivação exclusivamente política.

Em seguida, a anistia foi prevista na Constituição de 1988, nos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias, e na Medida Provisória n. 2.151, de 31 de maio de 2001, que regulamenta o

artigo 8º dos ADCT.

É preciso reconhecer que a concessão desse instituto foi importante por definir o regime jurídico do anistiado, ampliar criar a Comissão de Anistia no âmbito do Ministério da Justiça, e conceder o direito à declaração de anistiado político, bem como à reparação econômica.

Todavia, este cenário fere dispositivos constitucionais que deveriam estar sendo plenamente respeitados e garantidos como a dignidade da pessoa humana que só existe se houver, em especial, devida garantia da não violação e direitos humanos pelo Estado Democrático de Direito.

Por fim, fora analisado o entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca da propositura da referida ADPF, em relação a qual manifesta sua total improcedência, sendo que foi possível concluir, que para a Corte Suprema não há um passado desprotegido, inacessível ou que não foi analisado, para ela é como se não precisasse trazer “uma verdade” que nunca foi “lesada”.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 05 de outubro de 1988. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 04 maio 2013.

BRASIL. Lei 6.683, de agosto de 1979. *Concede anistia e dá outras providências*. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 28 ago. 1979. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6683.htm> Acesso em: 11 maio 2013.

COELHO, Saulo de Oliveira Pinto; MANSO, Renata de Almeida. *Duplo Controle Constitucional-Convencional de Legitimidade da Lei de Anistia: reflexões sobre a jurisdição constitucional de transição e as relações entre anistia e memória no contexto da redemocratização brasileira*. In: XXI Congresso Nacional do CONPEDI. Rio de Janeiro: CONPEDI, 2012. cap. Justiça de Transição: Verdade, Memória e Justiça, p. 361-390.

CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental*. Disponível em: <http://www.oab.org.br/arquivos/pdf/Geral/ADPF_anistia.pdf> Acesso em: 12 maio 2013.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal – parte geral*. 14. ed. rev. Rio de Janeiro: Impetus, 2012.

MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander; BATISTA, Vanessa Oliveira. *Constituição e Anistia: Uma análise do discurso do STF no julgamento da ADPF n. 153*. In: XXI Congresso Nacional do CONPEDI. Rio de Janeiro: CONPEDI, 2012. cap. Justiça de Transição: Verdade, Memória e Justiça, p. 391-410.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal: parte geral*. 22. ed. rev. São Paulo: atlas, 2005.

OLIVEIRA, Carla Mariana Aires; CARDOSO, Diogo Barbosa. *A Justiça de Transição e a busca da implementação da Comissão da Verdade no Brasil*. In: XXI Congresso Nacional do CONPEDI. Rio de Janeiro: CONPEDI, 2012. cap. Justiça de Transição: Verdade, Memória e Justiça, p. 154-183.

SILVA, Ianaiê Simonelli da. *Anistia em debate: a análise da decisão da ação de descumprimento de preceito fundamental n° 153 e seus reflexos no Estado Democrático*. In: XXI Congresso Nacional do CONPEDI. Rio de Janeiro: CONPEDI, 2012. cap. Justiça de Transição: Verdade, Memória e Justiça, p. 411-435.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 33. Ed., São Paulo: Malheiros, 2009.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Decisão da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 153 Distrito Federal*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF153.pdf>> Acesso em: 12 maio 2013.

Recebido em: 20/12/2016

Aprovado em: 01/06/2017

Como citar este artigo (ABNT):

NISTLER, Regiane. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.153 (ADPF n.153). *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.32, p.107-123, maio/ago. 2017. Disponível em: <<http://blog.newtonpaiva.br/direito/wp-content/uploads/2017/10/N.32-07.pdf>>. Acesso em: dia mês. ano.

A CRISE DA DEMOCRACIA E O DESMANTELAMENTO DO ESTADO SOCIAL: IMPLICAÇÕES E DESAFIOS A PARTIR DA PERSPECTIVA DE LUIGI FERRAJOLI

THE CRISIS OF DEMOCRACY AND THE DISMANTLEMENT OF THE WELFARE STATE: IMPLICATIONS AND CHALLENGES FROM LUIGI FERRAJOLI'S PERSPECTIVE

MARIÂNGELA MATARAZZO FANFA COLOGNESE¹

RESUMO: Descrever as implicações da crise da Democracia na redução das prestações do Estado Social e debater como se processam seus impactos em face de interesses econômicos e financeiros é o objetivo central desta pesquisa. A relação perniciososa entre Estados e mercados, a crise econômica, a perda de espaço do governo público e político para o governo privado e econômico, a mercantilização da política, a acumulação e confusão entre os poderes, assim como a falta de consenso e coesão popular são fatores que têm um impacto de grande extensão e gravidade sobre a Democracia em todas as suas dimensões. Diante desse contexto, remanesce a problemática de como essa dinâmica se processa e contribui para o desmantelamento do Estado Social enquanto prioriza interesses privados em detrimento da esfera pública. O estudo se desenvolve a partir do método indutivo e sua operacionalização se deu através da investigação bibliográfica. Observa-se que a crise atinge o Estado Social revela a debilidade dos regimes democráticos, mitigando a eficácia e a efetividade dos direitos fundamentais. Conclui-se que discernir os desafios e as perspectivas acerca da temática possibilita o planejamento de estratégias de reabilitação da política e eliminação dos efeitos nocivos da crise sobre as instituições e os poderes democráticos, reforçando o dever histórico com a liberdade, a igualdade e a justiça.

Palavras-chave: Democracia; crise; política; economia; Estado social.

ABSTRACT: Describing the implications of the Democracy crisis in reducing the benefits of the Social State and discussing how its impacts are handled in the face of economic and financial interests is the central objective of this research. The pernicious relationship between states and markets, the economic crisis, the loss of space in the public and political government for the private and economic government, the commodification of politics, the accumulation and confusion between the political powers, and the lack of consensus and popular cohesion are factors that have an impact of great extent and severity of democracy in all its dimensions, undermining their assumptions. Given this context, there remains the problem of how this dynamic takes place and contributes to the dismantling of the Social State while prioritizing private interests to the detriment of the public sphere. The study develops from the inductive method and his operationalization from the bibliographic investigation. It is observed that this crisis affects the Social State and reveals the weakness of democratic regimes, mitigating the effectiveness and effectiveness of fundamental rights. It is concluded that discerning the challenges and perspectives on the subject makes it possible to plan strategies for rehabilitating politics and eliminating the harmful effects of the crisis on democratic institutions and powers, reinforcing the historical duty to freedom, equality and justice.

Keywords: Democracy; crisis; policy; economy; welfare state.

¹ Mestre em Direito pelo Complexo de Ensino Superior Meridional (IMED) na linha de pesquisa Mecanismos de Efetivação da Democracia e da Sustentabilidade. Bolsista PROSUP/CAPES. Integrante de equipe do projeto de pesquisa "Crimes dos poderosos e dano social: os processos de vitimização pelo amianto do norte ao sul global", com financiamento CAPES/CNPQ. E-mail: mari.colognese@gmail.com

1. INTRODUÇÃO

Ao longo da história a Democracia foi confrontada por inúmeros conflitos políticos e culturais, instituições, Estados e demais aparatos do poder. Paradoxos se acumularam ao longo dos séculos e alimentaram sonhos de gerações revolucionárias frente à opressão, às pretensões hegemônicas e aos preconceitos culturais, sempre no intuito de questionar tradições seculares para que fossem reconhecidos direitos inalienáveis em defesa dos valores democráticos e para redimensionar o papel do ser humano no mundo dos direitos.

Atualmente, os valores democráticos são um consenso na grande maioria das sociedades. Contudo, em tempos de desenvolvimento econômico desenfreado, do fetichismo do PIB e da apropriação dos mecanismos políticos pela conveniência do poder, há que refletir sobre o estado atual e as contradições dos regimes democráticos.

A crise econômica, a crise política e a crise da Democracia oportunizaram a discussão desenvolvida no presente estudo, que conflui na direção de uma resposta ao seguinte questionamento: como essa dinâmica se processa e contribui para o desmantelamento do Estado Social enquanto prioriza interesses privados em detrimento da esfera pública? O papel do Estado em conter os excessos dos capitais financeiros deve justamente priorizar, dentre outros, as suas políticas sociais, a fim de resguardar princípios como o da liberdade e da igualdade, os direitos humanos e a dignidade da pessoa, elementos chave dos ideais de justiça.

Assim, tem-se como objetivo principal analisar a crise da Democracia como processo que reduz as prestações do Estado Social em face da política predatória dos mercados, de modo que possam ser planejadas estratégias de reabilitação da política e eliminação dos efeitos nocivos da crise sobre as instituições e os poderes democráticos, os maiores responsáveis pela garantia e efetivação dos direitos fundamentais.

A partir da perspectiva de Luigi Ferrajoli e sua reflexão crítica e conceitual sobre a crise que alcança todos os regimes democráticos atuais, tanto em suas formas representativas como em sua substância constitucional, manifestada no desenvolvimento dos poderes econômicos e financeiros sem limites, revela-se a subordinação das funções políticas de governo à economia. Observa-se que esse processo é ao mesmo tempo causa e efeito de graves violações dos valores democráticos, com a redução das prestações do Estado e o aumento das desigualdades, além da atual descrença na classe política, nos partidos e nas instituições representativas.

O estudo se desenvolve a partir do método indutivo e sua operacionalização se deu através da investigação bibliográfica, possibilitando discernir os desafios e as perspectivas acerca da temática para o planejamento de estratégias que contenham alternativas a fim evitar a desordem, a violência, a miséria e as desigualdades que podem se converter em autoritarismos.

2. A CRISE DO ESTADO E A SUBSERVIÊNCIA AO CAPITAL FINANCEIRO

Vive-se atualmente num mundo de maioria democrática, o que é tecnicamente inquestionável se consideradas as estruturas formais da maior parte dos sistemas políticos. Tem-se uma constituição, um regime representativo, a alternância periódica de poder, um sistema pluripartidário. Um mecanismo que vige de forma extraordinária, construído para trabalhar a favor da igualdade, da liberdade e da justiça social. No entanto, há uma crise política generalizada, antes insidiosa, hoje um prolapso na estrutura estatal de grande parte dos governos democráticos.

As sociedades sofrem privações constantes pelo modelo econômico que as devora, para que pequenas elites que detêm a maioria das riquezas gozem de privilégios intermináveis, enquanto o povo se sujeita aos artifícios do controle social. Esta é uma dura realidade criada pelo jogo do poder,

ainda que este deva ser exercido para a consecução do bem comum.

Assim, a crise que atinge a Democracia exige o desenvolvimento de um novo paradigma político e estratégias de soluções, isto é, mudar algumas regras do jogo, alterar movimentos para que seus efeitos nocivos sobre as instituições e os poderes democráticos sejam eliminados. O Estado, como unificação de um povo que visa o bem comum, instituído e legitimado através de pactos e contratos sociais, para assim se realizar um fim (ROUSSEAU, 1999) é a representação do poder do povo².

Na concepção clássica de Aristóteles, todo Estado é uma sociedade que tem por fim o bem comum.

Como sabemos, todo Estado é uma sociedade, a esperança de um bem, seu princípio, assim como de toda associação, pois todas as ações dos homens têm por fim aquilo que consideram um bem. Todas as sociedades, portanto, têm como meta alguma vantagem, e aquela que é a principal e contém em si todas as outras se propõe a maior vantagem possível. (ARISTÓTELES, 2016, p. 10).

Já o argumento de Thomas Hobbes sobre o nascimento do Estado repousa no estabelecimento de um contrato recíproco para que os homens passem a viver sem medo e harmoniosamente, sob um poder que os mantenha em respeito mútuo. Argumenta o contratualista inglês a necessidade de instituir um poder que proteja a todos contra todos os outros.

Porque as leis de natureza (como a justiça, a equidade, a modéstia, a piedade, ou, em resumo, fazer aos outros o que queremos que nos façam) por si mesmas, na ausência do temor de algum poder capaz de levá-las a ser respeitadas, são contrárias a nossas paixões naturais, as quais nos fazem tender para a parcialidade, o orgulho, a vingança e coisas semelhantes. E os pactos sem a espada não passam de palavras, sem força para dar qualquer segurança a ninguém. Portanto, apesar das leis de natureza (que cada um respeita quando tem vontade de respeitá-las e quando pode fazê-lo com segurança), se não for instituído um poder suficientemente grande para nossa segurança, cada um confiará, e poderá legitimamente confiar, apenas em sua própria força e capacidade, como proteção contra todos os outros. (HOBBS, 1988, p. 103).

Não se olvide que o Estado moderno nasceu a partir do absolutismo monárquico, onde a burguesia almejava o poder econômico e político. No Ocidente, a ideia de Estado se desenvolveu, primeiramente, sob o primado da legitimação do exercício do poder, daí surgindo o Estado de Direito, associado à contenção da violência legítima (WEBER, 1982).

Posteriormente ao Estado de Direito surge o Estado Democrático, a partir do qual nascem os estados constitucionais e regimes democráticos. O Direito e o Estado de Direito afirmam-se nas Constituições, onde a legalidade é expressão da vontade popular ancorada na Democracia representativa, e a dignidade da pessoa humana é o elemento chave do constitucionalismo moderno. Vive-se uma fase fortemente marcada pela atuação do Poder Legislativo e pela abstenção do Estado para que os direitos prevaleçam (prestação negativa).

Contemporaneamente, o Estado Social, marcado pelo intervencionismo estatal frente ao capitalismo, adota as políticas de justiça social representadas por normas constitucionais programáticas voltadas à realização da pessoa humana e do bem comum. A atuação do Poder Executivo se revela crucial na medida em que é exigida a prestação positiva do Estado para garantir esses direitos sociais.

O Estado Democrático de Direito nasce das cinzas do pós-guerra e com ele todo o constitucionalismo focado nos direitos transindividuais e coletivos, cuja garantia só é possível pela intervenção

2 Art. 1º, Parágrafo Único da Constituição Federal do Brasil (1988).

do Poder Judiciário.

Veja-se que em pleno Estado Democrático ainda existem inúmeros obstáculos à concretização de direitos, particularmente aqueles que se encontram fora dos círculos privilegiados da tomada de decisões. Isso porque um Estado que tem obrigações (constitucionais) positivas (não apenas de abstenção) tem perdido espaço para a economia de mercado.

Atualmente o Estado tem como função primordial garantir a segurança aos agentes econômicos, definir direitos de propriedade e reduzir custos de transações.

Não é a vontade geral que determina, dentro da comunidade política, todo o agir do Estado, mas a conveniência, o interesse e o privilégio impulsionam uma máquina que deveria trabalhar a favor de todos. Para as massas de excluídos resta o paternalismo estatal e sua salvação representada por políticas de bolsas e de cotas. Há uma concepção muito pobre e reducionista de Democracia que reduziu a maioria em eleitores, bolsistas, cotistas.

Estão todos submetidos ao desejo primitivo que os homens têm de se subjugar mutuamente (HOBBS, 1988), ainda que exista uma política destinada a gerir os negócios da comunidade e a consecução do bem comum.

Muitos problemas se arrastam nas sociedades democráticas, principalmente os problemas com relação à busca de um novo fundamento teórico para a criação do contrato social. Nessa busca de um novo fundamento está a função do ente estatal, que é justamente a de promover a justiça, tolerância e estabilidade de forma ponderada e equilibrada (RAWLS, 2000).

Ocorre que a prática de atos em nome do povo, o poder e a coisa pública sendo manejados como próprios se tornou prática comum, mas os ganhos beneficiam os riscos na sociedade da aceleração, onde é praticamente impossível, face ao frequente interesse público, pensar na constante manifestação da vontade geral, o que exigiria uma absurda atividade legislativa. Dessa vontade só se conhece nos períodos eleitorais.

A política, na democracia, só conhece os breves tempos dos períodos eleitorais, ou pior ainda, das pesquisas eleitorais, bem como os espaços restritos das circunstâncias eleitorais. Não conhece nem os tempos longos, nem os espaços planetários dos desafios globais. Mas não exatamente os tempos longos e os espaços mundiais que hoje desenham os horizontes de qualquer política que se considere antes de tudo racional e não só democrática. (FERRAJOLI, 2015, p. 190).

Há uma crise política que se instalou e que atinge o funcionamento adequado da máquina estatal, que obedece ao princípio da separação dos poderes, ocasionando a inversão de papéis e conseqüentemente a invasão de competências³. A esfera das decisões públicas tem sido relegada cada vez mais ao Poder Judiciário, um poder contramajoritário, cujos representantes não são eleitos democraticamente, e por tal razão não tem qualquer participação popular na sua configuração.

O protagonismo do Poder Judiciário e a expansão do seu papel político na concretização das demandas sociais nada mais revela do que o esvaziamento das funções dos demais poderes do Estado e a judicialização da política. “[...] o qual cria o risco de se produzir um desequilíbrio nas relações entre os poderes públicos e requer, portanto, um reforço das suas condições de legitimidade” (FERRAJOLI, 2015, p. 241).

Nesse mote, se a condição necessária para o desenvolvimento da Democracia é a racional-

³ Ferrajoli (2015, p. 197-206) propõe uma redefinição da geografia dos diferentes poderes hoje acumulados que vai além da separação clássica teorizada por Montesquieu. Distingue quatro separações entre poderes hoje exigidas pelo modelo de constitucionalismo garantista proposto e como condições elementares de efetividade dos direitos fundamentais. A acumulação e a confusão entre esses poderes, desregrada e ilimitadamente, levam ao colapso o paradigma constitucional do Estado de Direito.

zação do poder, parece contraditório que se estabeleça um cenário propício ao desenvolvimento das tecnocracias, que governam não a favor do povo, mas a favor de interesses econômicos e financeiros.

A concepção de política de Platão tem como tema central a organização política ideal e a educação dos diferentes tipos de cidadãos. Para o filósofo grego, governar era uma arte baseada em um conhecimento verdadeiro (PLATÃO, 1997). Para Aristóteles, sendo o homem por natureza um animal social, com um interesse comum a todos e a cada um em particular - porquanto não entra no campo da política o que convém a um indivíduo, mas sim o que convém à pluralidade -, a política era uma continuação da ética aplicada à vida pública.

Maquiavel rompe com esses conceitos ao teorizar que a política é um instrumento técnico de governo, cujo objetivo não é realizar a justiça ou o bem comum, mas conservar o poder (MAQUIAVEL, 2006). Norberto Bobbio (1987), no mesmo trilho, assimilou que o conceito moderno de política está estritamente ligado ao de poder, sendo este a razão da intercambialidade entre Estado e política.

Diante dessas concepções, percebe-se que a crise política da atualidade está centrada, efetivamente, na questão da conservação do poder. A ética e o bem comum deixaram de ser a pedra de toque. Dinastias políticas se perpetuam no poder, a atividade partidária virou profissão, a mercantilização do processo eleitoral está marcada pelo financiamento milionário de campanhas, revelando a crescente dependência da política em relação à economia e a lesão aos interesses públicos, já que “vultuosos financiamentos, de fato, sempre correm o risco de serem motivados pela expectativa de indevidos favores dos poderes públicos” (FERRAJOLI, 2015, p.200).

Para Ferrajoli, dentre as razões da dependência da política em relação à economia, enquanto os interesses privados são priorizados em detrimento da esfera pública, está a confusão entre poderes políticos e poderes econômicos.

[...] que se manifesta nas múltiplas formas de corrupção, na ação dos lobbies, nos inúmeros conflitos de interesse e na relação sempre mais estreita entre política e dinheiro: dinheiro para financiar campanhas eleitorais e para manter as burocracias de partidos políticos; política e dinheiro para obter o acesso, o favor, ou pior, o controle da mídia. Todos estes fatores de distorção da esfera pública e do próprio mercado, além de comprometer o orçamento público [...], deram vida a uma espécie de infra Estado oculto e paralelo, empenhado na apropriação privada da coisa pública, o que contradiz todos os princípios da democracia política e do Estado de direito, desde o princípio de legalidade àqueles da publicidade, da visibilidade, do controle e da responsabilidade dos poderes públicos. (FERRAJOLI, 2015, p. 152).

Dessa forma, a mercantilização do processo eleitoral afeta diretamente a representação política, pois são priorizados os interesses privados dos “mercadores de campanhas”.

Tem-se que a atual política se divorciou do poder, com quem não compartilha mais as funções do Estado, para se tornar impotente em relação à economia, ao passo que em relação aos indivíduos e em prejuízo de seus direitos constitucionais tornou-se onipotente (FERRAJOLI, 2015).

Ora, por que a política se divorciou do poder e se tornou impotente em relação aos mercados financeiros? Porque houve uma inversão da relação entre política e economia, que pode ser entendida como a subserviência dos Estados ao capital financeiro.

Não temos mais o governo público e político da economia, mas o governo privado e econômico da política. Não são mais os Estados, com suas políticas, que controlam os mercados e o mundo dos negócios, impondo as suas regras, limites e vínculos, mas são os mercados financeiros, quer dizer, alguns milhares de especuladores e algumas agências privadas de *rating*, que controlam e governam os Estados. Não são mais os governos e os parlamentos democraticamente eleitos que regulam a vida econômica e social em função dos interesses públicos gerais, mas são as potências invisíveis e

politicamente irresponsáveis do capital financeiro que impõem aos Estados políticas antidemocráticas e antissociais, em benefício de interesses privados especulativos. (FERRAJOLI, 2015, p. 149).

Por força dessa inversão, o Estado, progressivamente, viola as garantias básicas dos seus cidadãos para assegurar aos poderes econômicos e financeiros mercados estáveis e atrativos para os investidores. O espaço político, em toda a sua extensão, ao se fragmentar diante da crise institucional, atinge um elemento muito importante em sua formação: a Democracia, tanto na sua dimensão formal como na sua dimensão substancial.

3. A CRISE DA DEMOCRACIA E OS REFLEXOS NO ESTADO SOCIAL

A Democracia foi desafiada ao longo da história por inúmeros conflitos políticos e culturais, instituições, Estados e demais aparatos do poder. Paradoxos se acumularam ao longo dos séculos e alimentaram sonhos de gerações revolucionárias frente às grandes ameaças aos valores democráticos que foram construídos questionando tradições seculares. Direitos inalienáveis foram reconhecidos e o papel do ser humano foi redimensionado no mundo dos direitos.

Todavia, a luta para manter esses valores permanece inacabada. A Democracia tem servido para legitimar discursos políticos do jogo capitalista, pois em dado momento histórico se confunde com a noção desagregadora de liberalismo econômico, característica dos Estados liberais⁴. No entanto, Estado liberal e Estado democrático são interdependentes e um é necessário para o exercício e a garantia do outro (BOBBIO, 1986).

Com a fragmentação do espaço político, cenário no qual o poder político é exercido, percebe-se uma profunda crise da Democracia em todas as suas dimensões. Uma crise institucional, originada da inversão da relação entre política e economia, envolve as dimensões formal e substancial da Democracia.

Chamarei democracia substancial ou social o “Estado de direito” dotado de efetivas garantias, sejam liberais ou sociais; e democracia formal ou política o “Estado político representativo”, isto é, baseado no princípio da maioria como fonte de legalidade. [...] Sob o plano lógico, os dois modelos de democracia são obviamente independentes, sendo entre eles independentes os sistemas de garantias constitucionais com vistas a assegurar-lhes, de um lado, as regras idôneas a permitir, segundo os esquemas formais da mera legalidade, a manifestação, direta ou indireta, da vontade da maioria e, de outro, as regras idôneas a vincular, segundo os esquemas substanciais da estrita legalidade, os objetos que devem ou não ser matéria de decisões, qualquer que seja o sujeito que decide e qualquer que seja a sua vontade. Mas é ainda claro, sob o plano axiológico, que a democracia substancial incorpora valores mais importantes, e de tal maneira prejudiciais à formal. Nenhuma maioria, se tem dito, pode decidir a condenação de um inocente ou a privação dos direitos fundamentais de um sujeito ou de um

4 Destaca-se a diferença apontada por Bobbio entre liberalismo político, liberalismo econômico e Estado liberal: “O liberalismo é, como teoria econômica, fator da economia de mercado; como teoria política, é fator do estado que governe o menos possível ou, como se diz hoje, do estado mínimo (isto é, reduzido ao mínimo necessário). [...] O estado liberal é o estado que permitiu a perda do monopólio do poder ideológico, através da concessão dos direitos civis, entre os quais sobretudo do direito à liberdade religiosa e de opinião política, e a perda do monopólio do poder econômico, através da concessão da liberdade econômica; terminou por conservar unicamente o monopólio da força legítima, cujo exercício porém está limitado pelo reconhecimento dos direitos do homem e pelos vários vínculos jurídicos que dão origem à figura histórica do estado de direito. [...] Característica da doutrina liberal econômico-política é uma concepção negativa do estado, reduzido a puro instrumento de realização dos fins individuais, e por contraste uma concepção positiva do não-estado, entendido como a esfera das relações nas quais o indivíduo em relação com os outros indivíduos forma, explícita e aperfeiçoa a própria personalidade”. (BOBBIO, 1986, p. 114-115).

grupo minoritário; e nem mesmo pode não decidir pelas medidas necessárias para que a um cidadão sejam asseguradas a subsistência e a sobrevivência. O princípio da democracia política, relativo a quem decide, é, em suma, subordinado aos princípios da democracia social relativos ao que não é lícito decidir e ao que não é lícito não decidir. (FERRAJOLI, 2002, p. 694).

A crise incide, primeiramente, sobre as formas da Democracia política e diz respeito ao próprio Estado Moderno como instituição política apartada da economia e como esfera onde os interesses coletivos são defendidos.

De fato, isso reforça a crise política e a descrença na classe, nos partidos, nas instituições representativas, exacerbada pela corrupção e pelo “condicionamento lobista da esfera pública” (FERRAJOLI, 2015, p. 157). Esses fatores, em síntese, influenciam na crise formal da Democracia.

Outro aspecto da crise trata do esvaziamento do Estado de Direito, isto é, do estado que não apenas exerce o poder sob as leis, mas o exerce limitadamente pelo reconhecimento constitucional dos direitos invioláveis do indivíduo, sobre os quais nasceu o Estado Liberal. Ferrajoli atribui a esse fato o desaparecimento dos limites e vínculos ao “exercício do direito-poder do mercado”.

É exatamente nesse ponto que reside a crise da dimensão substancial da Democracia, ou seja, uma crise de governabilidade sob o princípio de sujeição às leis, tanto do poder político como do poder econômico. Como resultado, tem-se uma política sistematicamente sujeita a pressões externas, capazes de influenciar a introdução de leis da natureza para sancionar o código moral ou, nas palavras de Ferrajoli (2015, p. 162), o mercado se revelou como a “versão hodierna do estado de natureza baseado na lei do mais forte”.

As mudanças ocasionadas pelo chamado estado neoliberal⁵ colocou em xeque dois conceitos robustos: o público e o social, denunciando a visão social em larga escala que dividiu multidões entre interesses individuais e coletivos, o que evidenciou uma tendência a uma sociedade introvertida e egoísta que só se preocupa com o seu prazer, estimulada pela produção ilimitada de bens de consumo, mais identificada hoje com o mercado econômico do que com o Estado.

A correlação de forças entre política e mercado está alterada na medida em que o poder global não está sujeito à supervisão política. O alcance dos Estados-nação segue sendo local, demasiado pequeno para controlar os mercados. Governos locais são incapazes de controlar a irrupção excessiva de mercados globais. Bauman ilustra com muita propriedade esse quadro em que o poder de agir estatal se afasta em direção ao espaço global⁶.

O Estado de bem estar, acometido de crise fiscal e financeira, interesses privados, contratações políticas e inúmeras ineficiências, acaba por ceder lugar a um ordenamento primordialmente

5 O Estado Neoliberal tem como pressuposto primordial que não é papel do Estado fornecer as funções básicas, mas somente regular essas funções. Os serviços essenciais devem ser realizados pelas empresas privadas dentro da regulação estabelecida pelo Estado.

6 “Grande parte do poder de agir efetivamente, antes disponível ao Estado moderno, agora se afasta na direção de um espaço global (e, em muitos casos, extraterritorial) politicamente descontrolado, enquanto a política - a capacidade de decidir a direção e o objetivo de uma ação - é incapaz de operar efetivamente na dimensão planetária, já que permanece local. A ausência de controle político transforma os poderes recém-emancipados numa fonte de profunda e, em princípio, incontrolável incerteza, enquanto a falta de poder torna as instituições políticas existentes, assim como suas iniciativas e seus empreendimentos, cada vez menos relevantes para os problemas existenciais dos cidadãos dos Estados-nações e, por essa razão, atraem cada vez menos a atenção destes. Entre ambos, os dois resultados inter-relacionados desse divórcio obrigam ou encorajam os órgãos do Estado a abandonar, transferir ou (para usar os termos que entraram recentemente na moda no jargão político) “subsidiar” e “terceirizar” um volume crescente de funções que desempenhavam anteriormente. Abandonadas pelo Estado, essas funções se tornam um playground para as forças do mercado, notoriamente volúveis e inerentemente imprevisíveis, e/ou são deixadas para a iniciativa privada e aos cuidados dos indivíduos” (BAUMAN, 2007, p. 8).

garantidor da segurança, da propriedade, dos custos e dos contratos, pois não se trata apenas de realizar as prestações sociais quando os recursos para o provimento dessas prestações derivam de uma atividade econômica que deve ser organizada e estimulada pelo próprio Estado.

Os direitos fundamentais são, sem dúvida, a viga mestra das Constituições modernas. Direitos esses entendidos como a compreensão do ser humano na sua integralidade, com autodeterminações conscientes, moral e juridicamente garantidas.

A promoção dos objetivos estatais e dos direitos fundamentais delimitados pela Constituição dependem de prestações estatais positivas. Essas prestações, a fim de se implementarem, dependem da ação governamental e de uma série de mecanismos políticos, legislativos e jurídicos, bem como de arranjos institucionais mediados pelo Direito.

Nesse jaez, a debilidade do Estado Social e econômico e o legado da modernidade impõem uma rediscussão também sobre a capacidade regulatória do Direito, na medida em que a Constituição perde seu papel diante de uma racionalidade progressivamente procedimental e descentralizada em que planos macroeconômicos (por exemplo, emprego) ou sociais (por exemplo, distribuição de renda), objetivos de interesse social, convivem com normas que asseguram as regras do jogo capitalista.

Diante desses poderes desregulados, na mesma medida crescem a complexidade dos problemas e as promessas normativas para debelá-los. Na verdade, o crescimento dos poderes desregulados é muito mais rápido do que a construção de uma resposta normativa, ou seja, a construção de um sistema de garantias à altura do rápido desenvolvimento das ilegalidades (FERRAJOLI, 2015). A relação perniciosa entre Estados e mercados tem um impacto social de grande extensão e gravidade sobre a própria Democracia e sobre as instituições, minando seus pressupostos e violando os direitos fundamentais de bilhões de seres humanos, especialmente nos países mais pobres ou em desenvolvimento, onde não há limites aos grandes poderes econômicos e financeiros e suas atividades predatórias.

Como resultado, o crescimento exponencial das desigualdades sociais, da miséria, das epidemias, da marginalização, da intolerância racial, a expansão das políticas criminais em razão do desmantelamento do Estado Social, constituem ameaças não só às Democracias, mas aos princípios da liberdade e da igualdade, aos direitos humanos e à dignidade da pessoa humana pelo fato de serem estes elementos chave do ideal de justiça, redimensionando o papel do ser humano no mundo dos direitos.

A ausência de debate público e de coesão social demonstram que a educação para a cidadania ainda possui um longo caminho a ser percorrido, a fim de que a sociedade não tenha uma visão limitada de Democracia representativa, tampouco o voto seja uma mercadoria⁷. No cenário democrático é que evolui o conceito de pessoa, é onde se desenvolvem os níveis de participação, administram-se bens e recursos, estruturam-se relações, programas e compromissos sociais e políticos.

Ao considerar esse contexto, um novo projeto político é necessário para ultrapassar a crise econômica e política que ameaça a Democracia e por via reflexa o bem-estar dos cidadãos. É preciso considerar uma reabilitação do Estado e a mudança de todo o contexto que envolve a política, o Direito e a economia, seja em relação aos poderes públicos ou privados.

7 Para Bobbio, mais que uma promessa não cumprida, o ausente crescimento da educação para a cidadania, segundo a qual o cidadão investido do poder de eleger os próprios governantes acabaria por escolher os mais sábios, os mais honestos e os mais esclarecidos dentre os seus concidadãos, pode ser considerado como o efeito da ilusão derivada de uma concepção excessivamente benévola do homem como animal político: o homem persegue o próprio interesse tanto no mercado econômico como no político. Mas ninguém pensa hoje em confutar a democracia sustentando, como se vem fazendo há anos, que o voto é uma mercadoria que se cede ao melhor ofertante" (BOBBIO, 1986, p. 11).

4. CONCLUSÃO

Não obstante as promessas da Democracia, a crise por ela vivenciada aponta para previsões que não podem ser menosprezadas. O processo de globalização e as forças econômicas debilitaram o poder dos Estados e empobreceram a política, o que acabou por mitigar a eficácia e a efetividade dos direitos fundamentais.

As políticas do governo se revelam omissas com relação a esses direitos, relegando cada vez mais ao Poder Judiciário as responsabilidades que devem ser avocadas na esfera dos poderes democraticamente constituídos. Essa interferência se justifica para garantir direitos constitucionais, revelando o papel ativista do Judiciário na implementação de certos direitos sociais ou normas programáticas quando os demais poderes deixam de cumprir suas obrigações, ou seja, se abstêm ou se omitem.

Diante desse cenário, percebe-se a fragilidade da Democracia e a debilidade do Estado Social. O desafio é conter a maré desenfreada de capital, comércio, finanças, criminalidade, desigualdades tendo apenas à sua disposição os meios de um Estado débil e solitário. Essa possibilidade se encontra num novo sentido para reafirmar a razão política.

De fato, a própria atuação do Estado, em todas as suas esferas de poder, precisa se reencontrar e se aperfeiçoar para além de um emaranhado de normas, processos e arranjos institucionais.

As demandas da Democracia de massa não podem mais ser negligenciadas por um Direito que não problematiza, mas apenas prevê sanções positivas ou premiaias, de cunho indutor, em prejuízo da moral coletiva, fundamentação do Estado e sua justificação filosófica. Os direitos constitucionalizados são uma faceta própria da demanda pelo desenvolvimento, mas os poderes predatórios dos mercados, evidentemente, não lhes pode reduzir a exigibilidade.

Não resta dúvida de que uma mudança democrática condiciona-se a uma nova perspectiva política levada a efeito não só pela jurisdição, mas à capacidade dos governos de sobrepujarem os mercados financeiros, pelo respeito às normas e instituições democráticas e, sobretudo, pela coesão social em direção a uma possível reorganização onde não exista mais essa inversão de relações e onde existam limites e vínculos legais e constitucionais para a garantia dos direitos fundamentais.

Partir da perspectiva de Luigi Ferrajoli foi possível problematizar as degenerações que ocorrem atualmente no sistema político para que se compreenda que mecanismos contribuem para a redução das prestações do Estado e do Direito na regulação e limitação da crise econômica.

O que se percebeu no transcurso deste estudo, é que a relação entre Estados e mercados, o crescimento das desigualdades, assim como a falta de consenso e coesão popular, exacerbada pela involução da educação para a cidadania são fatores que têm um impacto de grande extensão e gravidade sobre a Democracia e sobre as suas instituições, minando seus pressupostos e violando os direitos concebidos e acolhidos pela Constituição, instrumento que representa a negação ao legado autoritário.

Conclui-se que essa crise revela a debilidade dos regimes democráticos, confundindo a maximização do lucro pelo poder econômico e a maximização do poder pelo poder político. Exsurtem daí possíveis estratégias para eliminar seus efeitos nocivos sobre as instituições e os poderes encarregados de, ao mesmo tempo, evitar a violação e garantir a satisfação de direitos fundamentais.

Portanto, é uma oportunidade de repensar as práticas que são chanceladas na crença de serem expressões democráticas, e de delinear um novo projeto ético-político para o futuro. Da mesma forma, possibilita o planejamento de estratégias de reabilitação da política e eliminação dos efeitos nocivos da crise sobre as instituições e os poderes democráticos, reforçando o dever histórico para com os ideais democráticos.

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. *A política*. Copyright Le Livros. Disponível em: <<http://lelivros.website/book/baixar-livro-a-politica-aristoteles-em-pdf-epub-e-mobi/>>. Acesso em: 16 jun. 2016.

BAUMAN, Zygmunt. *Tempos líquidos*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2007.

BOBBIO, Norberto. *Estado, governo, sociedade: por uma teoria geral da política*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

BRASIL. *Constituição Federal e Constituição Estadual*. 6ª ed. atual. Porto Alegre: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Departamento de Artes Gráficas, 2013.

FERRAJOLI, Luigi. *A democracia através dos direitos: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político*. Tradução de Alexander Araujo de Souza, Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, André Karam Trindade, Hermes Zaneti Júnior e Leonardo Menin. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 3ª ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

HOBBS, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 4. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1988.

MAQUIAVEL. *O príncipe*. Tradução de Antonio D'Elia. São Paulo: Cultrix, 2006.

PLATÃO. *A república*. São Paulo: Nova Cultural, 1997.

RAWLS, John. *O liberalismo político*. Tradução Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Ática, 2000.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*. Princípios do direito político. Tradução de Antonio de Pádua Danesi. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

WEBER, Max. *Ensaios de sociologia*. Rio de Janeiro: LTC Editora, 1982.

Recebido em: 22/11/2016

Aprovado em: 11/04/2017

Como citar este artigo (ABNT):

COLOGNESE, Mariângela Matarazzo Fanfa. A Crise da Democracia e o Desmantelamento do Estado Social: Implicações e Desafios a Partir da Perspectiva de Luigi Ferrajoli. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.32, p.124-133, maio/ago. 2017. Disponível em: <<http://blog.newtonpaiva.br/direito/wp-content/uploads/2017/10/N.32-08.pdf>>. Acesso em: dia mês. ano.

FEDERALISMO DE COOPERAÇÃO: O EXCESSO DE ATRIBUIÇÕES ÀS GESTÕES MUNICIPAIS

COOPERATIVE FEDERALISM: THE EXCESS OF ALLOCATIONS TO LOCAL ADMINISTRATIONS

ARTHUR MAGNO E SILVA GUERRA ¹
PAULA RESENDE NEVES ²

RESUMO: O presente estudo aborda o expressivo número de Municípios de pequeno porte no Brasil, bem como a relevância dos repasses municipais, com foco nos Municípios de menor porte, em especial os com até 10 mil habitantes. Nessa tarefa, analisa-se o modelo federativo adotado pelo Brasil, a influência do Fundo de Participação dos Municípios na receita desses entes, os critérios atuais adotados para a distribuição desse fundo, que beneficia, de maneira desequilibrada, aos grandes Municípios. São verificados os excessivos encargos para os prefeitos no atual cenário, em desacordo com a receita que lhes são destinadas, de onde se parte para um estudo no intuito de compreender a autonomia que lhes é concedida e os limites de sua sustentabilidade. A investigação desenvolvida está relacionada com aspectos práticos do campo do Direito Constitucional e Direito Municipal. Assim, aprofunda-se no tema que é de suma relevância para compreender a realidade atual vivenciada por esses Municípios, o papel desses entes no desenvolvimento local, e principalmente em uma possível solução para alguns problemas com a aplicação do federalismo de cooperação para que os Municípios consigam trazer à sociedade local a qualidade de vida almejada. Importa destacar que o artigo resulta de pesquisa fomentada pela FAPEMIG, após rigoroso processo seletivo.

Palavras-chave: Municípios; federalismo; sustentabilidade; pacto federativo; repasses; desenvolvimento local.

ABSTRACT: This article address the relevance at the municipal onlendings, focusing on smaller municipalities, especially those with up to 10 thousand inhabitants. In this task, it analyzes the influence of the Participation Fund of the Municipalities in revenues of these entities, the criteria 2adopted for the distribution of this capital, which benefits, in an unbalanced manner, the large municipalities. It is a fact that mayors have excessive burdens, at odds with the recipe intended for them, from where it goes to a detailed study of Brazilian municipalities, in order to understand the autonomy granted to them and the limits of their sustainability. The investigation conducted is related to practical aspects of the Constitutional Law and Municipal Law Field. Thus deepens the theme that is of paramount importance to understand the current reality experienced by these municipalities, the role of these entities in a local development, And especially in a possible solution to some problems with the application of Cooperative federalism so that the municipalities can bring to the local community the desired quality of life.

Keywords: Federalism; sustainability; federative pact; municipal transfers; development of cities.

1 Doutor em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Especialista em Direito Público Municipal pela F.E.S. do Minitério Público de Minas Gerais. Professor de Direito Constitucional e Direito Eleitoral da Escola de Direito do Centro Universitário Newton Paiva e da Faculdade Milton Campos. Professor de Cursos de Pós-Graduação e Cursos Preparatórios para Concursos das carreiras jurídicas. Advogado.

2 Bacharelanda da Faculdade de Direito Milton Campos. Bolsista da Fundação de Amparo à Pesquisa (FAPEMIG) no projeto: "Com o pires na mão: A influência do Fundo de Participação dos Municípios nas pequenas cidades brasileiras", sob orientação do Professor Doutor Arthur Magno e Silva Guerra.

1. INTRODUÇÃO

O Estado brasileiro é formado por uma composição federativa de 26 Estados membros, o Distrito Federal, a União e 5.570 Municípios. Desses, chama a atenção o fato de que 2.459, possuem população de até 10.000 (dez mil) habitantes.

Para que se tenha ideia, em Minas Gerais, são 478 (quatrocentos e setenta e oito) com a população de até 10 mil habitantes, num total de 853 (oitocentos e cinquenta e três) Municípios. Logo, é notório que o Brasil é formado por diversos Municípios com baixo índice populacional.

As principais fontes de receita municipal são o ISS, IPTU, ITBI (tributos próprios) e os repasses decorrentes de impostos dos outros entes federados, como ICMS, IPVA (do Estado) e o FPM (da União).

Tratando dos Municípios com até 10 mil habitantes, a maior fonte de receita é, sem dúvida, o Fundo de Participação dos Municípios (FPM), sendo esse fator, um indicador do quanto o ente é pobre e carente de outras fontes de receita.

De maneira geral, os tributos são repassados de forma “injusta” a todos os Municípios, já que a União detém uma alta concentração do “bolo” nacional e, conforme a repartição de competências administrativas, os Municípios acabam sendo demandados por imediatas e prementes necessidades e serviços públicos.

O presente estudo insere-se numa vertente metodológica jurídico-teórica, vez que a investigação que se desenvolve está relacionada com aspectos práticos do campo do Direito Constitucional e Direito Municipal.

A pesquisa está conectada aos princípios que norteiam o Direito Constitucional, acentuando os aspectos conceituais, ideológicos e doutrinários da interpretação e fundamentação dessa repartição dos recursos do Fundo de Participação dos Municípios – FPM.

A pesquisa desenvolve-se orientada pelo método de abordagem dialético, pelo qual se busca penetrar no fenômeno investigado, para explorar suas contradições e analisar as consequências que se projetam imediatamente sobre a realidade hodierna de justiça, existentes nos critérios de distribuição dos recursos federativos.

São utilizados dois procedimentos de investigação: o jurídico-compreensivo, a fim de promover a decomposição do problema do adequado enquadramento, delimitação e efeitos da autonomia municipal, frente à dependência dos recursos do FPM; e o comparativo, para verificar a influência do fundo nos Municípios com população de até 10.000 habitantes.

A exposição da temática aborda pontos cruciais, dentre os quais é possível destacar: a Federação brasileira, as competências municipais, o modelo de partição de receitas vinculadas, a arrecadação municipal, o princípio de subsidiariedade, entre outros.

Na primeira parte é analisado o atual modelo federativo brasileiro, bem como o de repartição de competências, entre os entes da federação que, embora apreciada vem gerando distorções, principalmente quando se trata das gestões municipais.

Num segundo momento, é analisado o atual cenário nacional, demonstrando as distorções nos valores das arrecadações, os critérios utilizados para a partição do FPM, entre os entes e o impacto na receita dos Municípios de acordo com a população.

Será abordada, também, a necessidade, cada vez mais premente, de uma revisão do modelo de repartição, não apenas em relação às composições de renda, como das atribuições excessivas, sem a correspondente e devida receita.

Conclui-se apontando soluções alternativas, para sanar a desigualdade na repartição tributária, bem como entre os próprios Municípios brasileiros, vez que constatada a inadequação do atual esquema recompositório de distribuição de repasses, aos entes federativos primários com pequenas populações.

2. MODELO FEDERATIVO BRASILEIRO

O Brasil adotou o federalismo³, como característica da sua organização político administrativa, desde a Constituição de 1891. De lá para cá, diversos modelos e estruturas foram sendo elaborados, de modo a possibilitar o alcance mesmo de suas finalidades precípuas. Ribeiro (2010, p.383) leciona:

Não é demasiado lembrar que “federação” (do latim “*foedus*”, “*foederis*” com significado de aliança, ajuste, pacto, convenção), é forma democrática da convenção do poder pelo próprio poder, através da composição de forças equilibradas, é dizer, do equilíbrio do poder entre o ente central e os periféricos a equação correta desde equilíbrio é uma preocupação mundial, pois o que se espera do federalismo é que seja uma garantia de liberdade e de eficiência que pressupõe o antes referido equilíbrio.

O modelo de repartição de competências, constitucionalmente, estatuído prevê que cada ente federado tenha um conjunto de tarefas (de naturezas legislativa, administrativa e tributária), num sistema vertical e horizontal de distribuição. Segundo Almeida (2005, p.74), ao descrever o modelo adotado, com foco nas atribuições legislativas:

Estruturou-se, com efeito, um sistema complexo em que convivem competências privativas, repartidas horizontalmente, com competências concorrentes, repartidas verticalmente, abrindo-se espaço também para a participação das ordens parciais na esfera de competências próprias da ordem central, mediante delegação.

Ademais, Alarcón (2014, p. 278) lembra que:

Atenta-se para o fato de que a distribuição de competências não se limita ao plano de legislar, mas também ao de executar serviços e ao da aferição de rendas. A distribuição administrativa que implica que a unidade federadas [sic!] se sujeite a princípios estabelecidos pela Constituição, procura facilitar a gestão e o acesso das pessoas ao conjunto de prestação estatais. A aferição de rendas é essencial para poder garantir a própria autonomia dos entes federativos, por via da arrecadação ou pelo repasse de verbas, e é também a fonte que permite a cada ente executar serviços.

No que tange, especificamente, às competências materiais, pode-se dizer que, inicialmente, o modelo federativo pátrio geral destina um rol de competências para a União, outro rol para os Municípios, restando aos Estados, além de algumas tarefas não-sistematizadas no texto, tudo aquilo que não lhe seja vedado, por já ser atribuição dos demais entes.⁴

Nessas competências administrativas, em especial, a tarefa de convivência se torna mais árdua ainda, a partir do momento em que a Constituição prevê a possibilidade de coexistência de atuações, nas chamadas “competências comuns”. Previstas no art. 23 do texto, tratam-se de tarefas “cujo cumprimento a todos deve incumbir”. E é exatamente por isso que estão sempre relacionadas “à defesa de valores que, sem o concurso da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal, o constituinte entendeu que não poderiam ser adequadamente preservados” (ALMEIDA, 2005, p. 75).

Nessa composição, é possível extrair pontos extremamente positivos, já que, com abrangên-

3 “A Constituição de 1988 adotou o modelo federal de Estado e como se estava em um período de queda do Estado social como aconteceu na Europa, mesmo assim, influenciados pelo ganho, econômico e social, proporcionado aos países centrais, os Constituintes optaram por este modelo a ser seguido. Um Estado federal e social, o que implica em uma cooperação por partes dos entes para se atingir os objetivos da Constituição, tal qual estabelecidos, respectivamente, no art. 23, parágrafo único e art. 3º” da Carta de República. (PALÁCIOS, 2015, p. 341).

4 Nesse sentido, não se pode esquecer que o Distrito Federal desempenha o somatório das competências dos Estados e Municípios.

cia territorial extremamente grande e diversidade regional e social declaradas, o Brasil depende de uma proximidade do Poder estatal, de sua população, exigindo respostas imediatas às questões cotidianas e ao planejamento do seu desenvolvimento.

A federação brasileira é caracterizada por uma profunda desigualdade entre as regiões, o que provoca implicações econômicas, sociais e políticas. A redução das desigualdades regionais é essencial a sociedade e ao Estado, [...], pois ao se adotar o federalismo, com entes autônomos e representativos de uma regionalidade, a discussão sobre os conflitos que nele se inserem devem ser realizados entre iguais – entes com capacidade econômica e social. (PALÁCIOS, 2015, p. 340)

Entretanto, como se verifica no presente estudo, embora a estruturação do modelo seja bastante apreciada, o funcionamento cotidiano vem gerando distorções, capazes de conduzir a severas críticas, no que tange à realização de gestões, especialmente, municipais. Ponto crucial dessa tratativa diz respeito às transferências constitucionais, os Fundos de Participação dos Estados e Municípios (respectivamente FPE e FPM), ou seja, instrumentos que, teoricamente, servem para viabilizar o alcance da eficiência e igualdade almejadas pela federação. Porém, essas transferências têm um modelo tal que, nos moldes do atual contexto brasileiro merece ser repensado.

3. CONTEXTUALIZAÇÃO DO MUNICÍPIO NO FEDERALISMO BRASILEIRO

A autonomia federativa é característica festejada pelo constitucionalismo pátrio, em especial, se comparada a federação nacional, com outras no Direito Internacional. Mas, desde suas origens⁵ voltadas a movimentos revolucionários de descentralização, é possível perceber que, no Brasil, os Municípios lutaram e ainda peleiam em busca dessa sustentabilidade.

Durante o período histórico da dominação portuguesa, o federalismo decorreu a partir de uma criação social que correspondia às aspirações descentralizadoras, a exemplo da Guerra dos Farrapos, Revolução Praieira, Confederação do Equador, entre outras. A sufocante asfixia administrativa portuguesa passou a ser um perigo à própria unidade nacional. Em razão disso, o Império deu origem aos Atos Adicionais que outorgava autonomia a certas coletividades integrantes do governo, como os Conselhos-Gerais, entre outras. Foi com essa estrutura que as províncias viveram durante a longa existência dos dois reinados, até a Revolução de 1889, transformando-as em Estados Membros. (SILVA, 2006).

Nesse cenário, com o advento da Constituição de 1988, é comum a colocação de que os Municípios brasileiros possuem uma autonomia diferenciada, dadas as suas capacidades próprias de organização, governo e administração⁶.

A partir da Constituição de 1988, esses entes primários passaram a ser considerados autônomos na federação, alcançando um grau de atribuições próprias, festejadamente, tido como não encontrado em outros países mundo afora. A sua inclusão como autênticos entes da federação, com tamanho grau de autonomia, pode mesmo ser entendida como uma inovação que, de tão significativa, acabou mal compreendida por abalizados doutrinadores⁷. Ainda assim, dessa mesma corrente de pensadores, é possível extrair o entendimento:

5 Sobre a história dos Municípios e sua representação política, ver Leal (2012), em especial o capítulo Atribuições Municipais.

6 Cf. a respeito: Moraes (2013).

7 É o caso de José Nilo de Castro que, em 1999 ainda chegou a dizer: “Tem-se dito e escrito, aqui quanto alhures, que o Município brasileiro é ente federativo, é unidade federada, tal o relevo e a ênfase que se lhe emprestam e comunicam por boa parte da doutrina nacional, após a Carta de 1946, sobretudo. Não nos é, porém, apropriável esse entendimento. (CASTRO, 1999, p. 53)

Efetivamente, ressalta-se que, ao configurar-se no plano da Federação brasileira, com todas as peculiaridades que o circunscrevem, o Município brasileiro posiciona-se em patamares ímpares aos demais Municípios de todas as outras Federações do mundo. (CASTRO, 1999, p. 60)

Bastos (1989, p. 276) leciona que “o Município é contemplado como peça estrutural do regime federativo brasileiro pelo Texto Constitucional vigente”.

Podemos dizer que há consenso entre os doutrinadores, ao ressaltarem tamanha inovação da Constituição de 88 e da condição ímpar que o Município brasileiro possui se comparado aos demais países federalistas.

Dessa forma, tem-se que o papel de destaque da municipalidade em direitos e deveres jamais alcançou um patamar de tamanho destaque em outras federações, sendo uma posição singular a desses entes federativos primários, que são colocados em condições de isonomia com os Estados-membros e com autonomia semelhante a esses, ainda que com amplitude reduzida.

A inclusão do Município na federação se fez necessária em razão das peculiaridades da República brasileira a fim de se ter um processo participativo mais democrático e que algumas limitações não diminuam ou descaracterizem a sua natureza de entidade federativa e a autonomia que é assegurada pela Constituição Federal.

No entanto, embora tenha ocorrido um enorme avanço para os Municípios com o reconhecimento à qualidade de ente federativo e sua garantia para desempenho de certas tarefas, ocorreu-se-lhes, *pari passu* um efeito danoso, na medida em que se passou a delegar às prefeituras municipais diversas atribuições que, muita vez, nem seriam juridicamente parte de suas competências. Pior, sem que sejam conferidas as devidas compensações financeiras pelo excesso de encargos exigidos das gestões municipais. Como bem expôs Ziulkoski (2012, p.9), “a autonomia tornou-se sinônimo de prefeiturização: “a autonomia hoje, no Brasil, é sinônimo de prefeiturização, de determinação para executar enquanto deveria ser sinônimo de descentralização e de democracia local.”

Assim, conforme fica demonstrado ao longo deste estudo, a delegação de atribuição aos Municípios é inversamente proporcional a concessão de receitas, pois são entes completamente dependentes de repasses, principalmente os de menor porte que não possuem outras fontes de recursos.

4. O CENÁRIO NACIONAL

No Brasil, a Constituição garante aos estados membros e aos Municípios autonomia para legislar. As competências estão definidas na Constituição Federal, como regra assim: da União nos artigos 21 a 24; dos Municípios no artigo 30; e dos Estados-Membros as competências remanescentes, artigo 25. No entanto, apesar dessa repartição elementar, a União detém competência exclusiva sobre diversas matérias, centralizando a maioria das competências e deixando margem pequena aos demais entes em alguns temas.

Além disso, a União detém a competência tributária residual⁸, podendo através de lei complementar instituir impostos que não sejam cumulativos. O sistema federal brasileiro também estabeleceu modalidades de transferências de recursos financeiros da União, para os Estados-membros e Municípios, previstos no artigo 159 da Constituição Federal. Dessa forma, a maior parte da receita dos demais entes da federação chega por meio de transferências realizadas pela União, configurando uma clara relação de dependência.

Atualmente, segundo a Associação Mineira dos Municípios – AMM, a cada R\$ 100,00 (cem reais)

8 Cf. art. 154, I, CF/88.

de tributos arrecadados no país apenas R\$ 18,00 (dezoito reais) chegam efetivamente aos cofres municipais, R\$ 26,00 (vinte e seis reais) aos Estados e restando R\$ 56,00 (cinquenta e seis reais) à União (AMM, 2015).

Resta evidente, que o repasse aos Municípios não é diretamente proporcional à quantidade e emergência de atribuições que lhe são exigidas, sendo necessária uma reforma na repartição de receitas tributárias com medidas significativas para uma distribuição mais justa e compatível com as atribuições.

O Fundo de Participação dos Municípios constitui uma modalidade de transferência de recursos financeiros da União para os Municípios, prevista no artigo 159 da Constituição Federal. É constituído por 24,5 % da arrecadação dos Impostos sobre a Renda (IR) e sobre Produtos Industrializados (IPI). É considerado a fonte mais portentosa de recursos dos pequenos Municípios brasileiros.

O Fundo de Participação dos Municípios – FPM – é uma de suas principais fontes de receita, tratando-se de uma transferência distributiva realizada pela União a todos os Municípios do Brasil, de uso incondicional, obrigatória e sem contrapartida (MENDES; MIRANDA; COSIO, 2008):

O FPM é uma transferência redistributiva, paga pela União a todos os Municípios do País. Ela é de uso incondicional, obrigatória e sem contrapartida. [...] Trata-se da segunda maior categoria de transferências, perdendo apenas para o repasse do ICMS dos estados para os Municípios. O FPM é um mecanismo enraizado na tradição federativa brasileira, com sua origem remontando à Constituição de 1946. A denominação “Fundo de Participação dos Municípios” foi instituída pela Constituição de 1967. É importante observar que essa Constituição foi promulgada pelo regime militar (vigente entre 1964 e 1985), com orientação fiscal fortemente centralizadora. Mesmo assim, a partilha de receitas, espinha dorsal do pacto político federativo, não foi revogada (ainda que tenha se dado em valores mais modestos).

Encerrado o regime militar, aprovou-se uma nova Constituição em 1988 (atualmente em vigor), cujo espírito descentralizador resultou em forte aumento da participação dos Municípios na receita da União.

Voltando à análise da repartição de receitas, iniciada acima, cumpre esclarecer que nem com o repasse do FPM, a realidade se torna diferente. Para se compreender a distribuição, cabem os esclarecimentos de Mendes, Miranda e Cosio (2008):

O art. 159, I, b, d, e, da Constituição estabelece que sejam entregues aos Municípios, 24,5% dos 49% provenientes do Imposto de Renda (IR) e do Imposto sobre produtos Industrializados (IPI). Do seu valor total, 10% vão para as capitais do Estado, 86,4% vão para os Municípios que não sejam capitais e 3,6% são para Municípios com grande população.

Então, observe que para as capitais, aquele valor de 10% (“FPM – Capitais”) é distribuído, de acordo com o “coeficiente de participação”, obtido pelo “fato representativo da população e pelo fato representativo do inverso da renda per capita de cada Estado, estabelecidos respectivamente nos artigos 91 e 90 do Código Tributário Nacional” (MENDES; MIRANDA; COSIO, 2008). A fórmula que rege a parcela a ser distribuída para cada capital é a seguinte:

$$Ve = (0.1 * FPM * CPe * CIRPe) / [e (CPe * CIRPe)],$$

Onde:

Ve = valor a ser recebido pela capital do Estado e;

FPM = valor total a ser distribuído pelo FPM;

CPe = coeficiente relativo da população da capital do Estado e em relação ao total de população de todas as capitais (ver Tabela III.2);

CIRPe = coeficiente relativo ao inverso da renda per capita do Estado;

e (CPe * CIRPe) = somatório dos coeficientes de todas as capitais.

Já, no que tange aos 86,4% aos demais Municípios que não sejam capitais (denominado “FPM – Interior”), a regra é outra: repartem-se conforme critérios estabelecidos no Decreto-Lei nº. 1.881, de 1981, sendo que “há um limite de repartição aos Municípios de acordo com o coeficiente de participação dos Estados estabelecidos na Resolução do TCU (Tribunal de Contas da União) nº. 242/90, de 02 de janeiro de 1990”. (MENDES; MIRANDA; COSIO, 2008). Eis a tabela dessa repartição, extraída do próprio Decreto-Lei supra:

Categoria do Município, segundo seu número de habitantes	Coeficiente
a) Até 16.980	
Pelos primeiros 10.188	0,6
Para cada 3.396, ou fração excedente, mais	0,2
b) Acima de 16.980 até 50.940	
Pelos primeiros 16.980	1,0
Para cada 6.792 ou fração excedente, mais	0,2
c) Acima de 50.940 até 101.880	
Pelos primeiros 50.940	2,0
Para cada 10.188 ou fração excedente, mais	0,2
d) Acima de 101.880 até 156.216	
Pelos primeiros 101.880	3,0
Para cada 13.584 ou fração excedente, mais	0,2
e) Acima de 156.216	4,0

A fim de evitar a criação de novos Municípios, pelos Estados, com o propósito de extrair recursos que poderiam ser destinados a outros Estados, A LC 62, de 28 de dezembro de 1989, determinou-se que, para essa parcela do FPM, o seguinte:

Art. 5º. [...]

Parágrafo único. No caso de criação e instalação de Município, o Tribunal de Contas da União fará revisão dos coeficientes individuais de participação dos demais Municípios do Estado a que pertence, reduzindo proporcionalmente as parcelas que a estes couberem, de modo a lhe assegurar recursos do Fundo de Participação dos Municípios - FPM.

Alerta Mendes, Miranda e Cosio (2008) que “com a introdução dessa regra, o somatório por estado dos coeficientes de participação dos Municípios permanece vinculado ao tamanho da população de cada estado em 1º de julho de 1989”, tudo nos termos de estimativa do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Assim, a fórmula de cálculo da distribuição do FPM-Interior é dada por:

$$V_{ie} = (0.864 * FPM * C_{Pie} * e) / e C_{Pie}$$

Onde:

V_{ie} = valor a ser recebido pelo Município i situado no Estado e ;

FPM = valor total a ser distribuído pelo FPM;

e = participação do Estado e no FPM-Interior (ver Tabela III.5)

C_{Pie} = coeficiente relativo à população do Município i situado no Estado e (ver Tabela III.4);

$e C_{Pie}$ = somatório de todos os coeficientes dos Municípios do Estado e .

Enfim, ainda restam 3,6% para Municípios que não são capitais, mas que têm grande volume populacional, segundo critérios próprios do FPM. Trata-se do “FPM-Reserva”.

Segundo Mendes, Miranda e Cosio (2008) ele visa diminuir o “viés do FPM-Interior em favor dos Municípios de menor população”, deixando claro que “mais especificamente, participam dessa reserva os Municípios com população igual ou superior a 142.633 habitantes (aqueles com coeficiente igual ou superior a 3,8 – ver Tabela III.4). Esses Municípios também são beneficiários da parcela de 86,4%”. Somatório de verbas que aumenta o resultado final.

Para seu cálculo, observam-se, também, a seguinte fórmula:

$$\text{Vir} = (0.036 * \text{FPM} * \text{CPir} * \text{CIRPei}) / r (\text{CPir} * \text{CIRPei})$$

Onde:

Vir = valor a ser recebido pelo Município *i* participante da reserva;

FPM = valor total a ser distribuído pelo FPM;

CPir = coeficiente relativo à população do Município *i* em relação ao total da população dos Municípios participantes da reserva (ver Tabela III.2);

CIRPei = coeficiente relativo ao inverso da renda per capita do Estado onde se situa o Município *i*;

r (CPir * CIRPei) = somatório de todos os coeficientes dos Municípios participantes da reserva.

Como se constata, o FPM é a maior e mais importante fonte de receita de Municípios com até 10 mil habitantes. Eles sobrevivem, basicamente, desses repasses. Na pesquisa realizada pela Frente Nacional dos prefeitos, estimou-se a participação do FPM na receita corrente dos Municípios por faixa populacional, nota-se que há um impacto maior nos Municípios com menos de 10 mil habitantes, onde o FPM respondeu, em média, por 45,5% da receita corrente, vejamos:

<i>Até 10 mil habitantes</i>	<i>45,5%</i>
<i>Até 20 mil habitantes</i>	<i>34,6%</i>
<i>De 20 mil até 50 mil habitantes</i>	<i>25,9%</i>
<i>De 50 mil até 100 mil habitantes</i>	<i>19,1%</i>
<i>De 100 mil até 200 mil habitantes</i>	<i>15,0%</i>
<i>De 200 mil até 500 mil habitantes</i>	<i>9,6%</i>
<i>Acima de 500 mil habitantes</i>	<i>5,2%</i>

Além de pequeno o valor, o FPM obedece a certos critérios, que são muito criticados pelos analistas do modelo federativo brasileiro. A exemplo de Palacios (2015, p. 345) que entende que “no que tange a redistribuição regional e a redução do hiato fiscal o FPM não cumpre sua função ao beneficiar, pelo critério populacional, Municípios que já tem bons serviços em detrimento daqueles onde o serviço não é muito bom”.

Isso, justamente, porque o repasse é feito obedecendo a coeficientes que são divididos de acordo com a faixa populacional em que o Município se encontra, podendo variar entre 0,6 e 4,0. Assim, não é incomum que um Município de 1.000 (um mil) habitantes receba o FPM idêntico a um de 10.000 (dez mil), pois, para passar para o próximo coeficiente, de 0,8, é necessário atingir 10.188 (dez mil cento e oitenta e oito) habitantes.

Para exemplificar, o Município de Serra da Saudade (MG), possui população de 822 (oito-

centos e vinte e dois) habitantes; já o de Guarani (MG), possui 9.031 (nove mil e trinta e um). Nesses casos, ambas as cidades recebem o mesmo valor de FPM, advindos do coeficiente de 0,6.

Isso, por si, já leva a refletir sobre os critérios de justiça adotados nessa partição.

De acordo com a Associação Mineira dos Municípios (AMM), 480 (quatrocentos e oitenta) Municípios mineiros estão no menor coeficiente do Fundo de Participação dos Municípios (FPM) em 2017, ou seja, recebendo o menor repasse, de 0,6. (AMM, 2017).

Não há dúvidas de que quem mais sofre com atraso e diminuição dos repasses são as cidades menores, pois são mais dependentes desses recursos por não possuírem uma economia local forte, para gerar outras fontes de receitas.

No entanto, o maior problema, ainda, não é esse. Na realidade ele está no excesso de atribuições e contrapartidas que os Governos, federal ou estadual exigem dessas Prefeituras, desproporcionais aos recursos que elas possuem. Isso lhes gera um deficit, no qual a receita chega à contramão das despesas que só crescem⁹.

5. NECESSIDADE DE REVISÃO DO MODELO DE REPARTIÇÃO

No atual sistema de repartição de receita cabe ao Governo Federal realizar a distribuição das receitas mais significativas o que gera uma dependência dos Estados e Municípios. Sendo necessário avaliar a necessidade de mais recursos diretos e menos repasses por meio de convênios e emendas parlamentares, a fim de se evitar a “barganha política” e prestigiar a autonomia constitucionalmente prevista para que os recursos sejam aplicados no que realmente é de interesse local.

De acordo com Coelho (2001, p. 56), há uma concentração de recursos na União, devido ao próprio fato dela possuir a competência residual na matéria:

Uma distribuição equitativa dos impostos poderia prescindir desse mecanismo de repartição de receitas tributárias. De fato, não há como deixar de reconhecer que a União além de concentrar em suas mãos os principais impostos, detém, tradicionalmente, a competência residual nessa matéria. A única forma de assegurar a independência político-administrativa às entidades da Federação é reformular a discriminação constitucional de rendas para conferir-lhes autonomia financeira.

Dessa forma, é preciso rever o que de fato é dever das competências municipais, vez que lhe são atribuídos muitos serviços que são de responsabilidade do Estado e da União, prejudicando, assim, a qualidade dos serviços públicos que a Prefeitura de fato deve oferecer.¹⁰

[...] o sistema federativo brasileiro já experimentou várias mutações em sua composição - de excessivamente centralizado a descentralizado. Neste momento, é necessário repensar as medidas vitais como um avanço “colocar o pêndulo no centro” equilibrando as relações entre Estados e União Federal, ao ponto de garantir e restabelecer o ponto de equilíbrio entre os Estados Federados, contando em suas decisões com a participação de governadores, da sociedade e do setor produtivo. (MONTESCHIO, 2016. p. 243-244)

9 A título de exemplificação da municipalização dos serviços, recentemente foi exigido das prefeituras que assumissem a gestão da iluminação pública. Os Municípios brasileiros tiveram que assumir um serviço mesmo sem condições técnicas e recursos financeiros. Segundo a Associação Mineira dos Municípios (AMM), a municipalização desses serviços deve gerar um aumento de custos da ordem de 30% nessa área. Ressaltando que estamos tratando dos Municípios de pequeno porte, pois para os de grande porte, acima de 100 mil habitantes, essa municipalização do serviço pode ser vantajosa. (AMM, 2017).

10 Como no caso da iluminação pública, ocorre também que em diversos programas do governo federal ou estadual, o programa é criado e imposto aos Municípios e o custo real da implementação desses projetos não acompanha o repasse, levando diversas prefeituras a não conseguirem desenvolver o projeto no tempo estipulado e tendo que devolver o repasse, anteriormente recebido. Paralelamente a essa situação, há uma concentração excessiva dos recursos com a União.

Sabe-se que a população local espera do Município a capacidade de sanar suas reivindicações, visto que é o ente da federação mais próximo do cidadão gerando uma sobrecarga impraticável para as prefeituras, pois as despesas só crescem e as receitas não acompanham tamanho crescimento.

A proximidade entre as prefeituras e os cidadãos possui dois lados: o positivo que é a possibilidade que a gestão municipal possui de governar de acordo com interesses locais, buscando saciar as necessidades daquela população; o negativo, pois os gestores se vêem em meio a um mundo de possibilidades, no entanto, sem possibilidades. Isso porque, os recursos já estão totalmente engessados e antes de entrarem aos cofres dos Municípios, estes, já estão comprometidos.

Os Municípios destinam suas receitas, principalmente, para a folha de pagamento dos servidores, em média 50% da receita e também para a saúde (15%) e educação (25%), ambos os setores têm destinação mínima obrigatória, definida pela Constituição e Lei Complementar. Mesmo com índices altos de destinação mínima, é muito comum que a maioria aplique porcentagem superior, pois as demandas e atribuições de suas responsabilidades são crescentes. De acordo com uma pesquisa realizada pela Aequus Consultoria, publicada no Anuário Multicidades - Finanças dos Municípios do Brasil (2016), a média dos gastos com Saúde, por exemplo, pode chegar a 24%. (BRASIL, 2012).

Ademais, citando o exemplo na área da Saúde, que é hoje um grande desafio enfrentado pelos gestores municipais em razão de ser a despesa que obtém o maior índice de crescimento dos últimos anos, os Municípios gastam, em média, 53% a mais com Saúde do que o exigido por lei.

Há diversos fatores que contribuíram para esse aumento, ano após ano, como a universalização e municipalização da saúde que possibilitou melhoria na qualidade dos munícipes, mas em conjunto com o aumento da demanda de serviços de média e alta complexidade que envolvem tratamentos e equipamentos de alto custo, acarretam em uma sobrecarga aos orçamentos dos entes municipais.

Além disso, os Municípios passam por uma enorme “judicialização da saúde” que é o crescente número de processos judiciais para custear tratamentos de alto custo e na maioria das vezes, principalmente nos Municípios menores, o impacto nas finanças de arcar com tratamentos inicialmente não orçados é grave, pois distorce o planejamento orçamentário.

O número de ações que pleiteiam a obrigação do governo a fornecer medicamentos caros é crescente. Para que se tenha ideia, segundo o ministério da saúde, a justiça acata 9 em cada 10 pedidos por remédios via demanda judicial.

O problema é que muitas vezes os remédios fornecidos nem estão registrados na ANVISA ou são tratamentos experimentais que são constantemente concedidos, conforme apurou a pesquisa da FAPESP, além disso, destacou-se também que “A preocupação com o impacto da judicialização nos Municípios é justificável. Há casos em que uma única ação pode comprometer todo o orçamento da saúde de uma cidade de pequeno porte”. (PIERRO, 2017).

É importante frisar que o Município, Estado e Governo Federal têm suas respectivas responsabilidades para a gestão da saúde pública brasileira. O percentual de investimento financeiro de cada um é atualmente definido pela Lei Complementar nº 141 de 13/01/2012, resultante da Emenda Constitucional nº 29.

Cumprido esclarecer que no Brasil há três níveis de atenção à saúde, são eles: O primário (de baixa complexidade), o secundário (média complexidade) e o terciário (alta complexidade).

De acordo com a Constituição Federal, os Municípios são obrigados a destinar 15% do que arrecadam à saúde, para os governos estaduais, este percentual é de 12%. Já para o Governo Federal o cálculo é mais complexo, sendo necessário contabilizar o que foi gasto no ano anterior, mais a variação nominal do Produto Interno Produto (PIB). Assim, a variação é somada ao que se gastou no ano anterior para então se definir qual será o valor da aplicação mínima do ano.

Feitas essas considerações, é possível constatar o quanto a administração municipal se vê pressionada pelas demandas cotidianas e emergentes que lhes são alocadas, em detrimento dos escassos e limitados recursos destinados.

6. COOPERAÇÃO FEDERATIVA: SERIA UMA SOLUÇÃO?

A ideia de cooperação entre os entes da federação brasileira está fundamentada no art. 23 da Constituição Federal que dispõe sobre as competências comuns dos entes da federação, vejamos:

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

I - zelar pela guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas e conservar o patrimônio público;

II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência;

III - proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos;

IV - impedir a evasão, a destruição e a descaracterização de obras de arte e de outros bens de valor histórico, artístico ou cultural;

V - proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação, à ciência, à tecnologia, à pesquisa e à inovação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 85, de 2015)

VI - proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas;

VII - preservar as florestas, a fauna e a flora;

VIII - fomentar a produção agropecuária e organizar o abastecimento alimentar;

IX - promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico;

X - combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos;

XI - registrar, acompanhar e fiscalizar as concessões de direitos de pesquisa e exploração de recursos hídricos e minerais em seus territórios;

XII - estabelecer e implantar política de educação para a segurança do trânsito.

Parágrafo único. Leis complementares fixarão normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006)

Nota-se que há inúmeras áreas que são de competência comum a todos os Entes da Federação, mas em razão dos Municípios serem mais próximos da população as cobranças nas Prefeituras são sempre maiores, fazendo com que os gestores municipais tenham que fazer verdadeiras mágicas para satisfazer as necessidades.

No intuito de compor a ineficácia das transferências constitucionais em suprir as despesas dos Municípios, há a cooperação intergovernamental que pode ser um instrumento eficaz para que haja diminuição das desigualdades e satisfação das reais necessidades locais.

A União, os Estados e Municípios de todas as regiões do país precisam cooperar para que as competências comuns, como educação e saúde, sejam efetivamente satisfeitas e esses benefícios resultem em melhora na qualidade de vida dos cidadãos.

Dessa forma, principalmente o Governo Federal, que possui maior concentração de receita, deve cooperar, pois se sabe que mesmo após a repartição de recursos, pelas transferências constitucionais a União concentra mais da metade da arrecadação, além de possuir maior número de competências para instituir tributos.

Frisa-se que é necessário compreender que todos são parte do mesmo Brasil e que todos os entes buscam os mesmos objetivos como nação dispostos expressamente na Constituição Federal no artigo 3º. Dessa forma, a cooperação tem que estar sempre presente, pois não se pode viver em “guerras fiscais”, judicializando a distribuição tributária.

Nota-se que alguns Municípios utilizarão do instituto da cooperação em suas regiões ao se depararem com problemas orçamentários para realizar determinada demanda formam consórcios

regionais para baratear os custos, bem como instituem Associações regionais que visam atender aos interesses de diversos Municípios.

Trata-se de uma alternativa, como exemplo, tem-se o caso da iluminação pública, já citado anteriormente, que passou para a competência municipal. Alguns Municípios pequenos, observando que o custo de arcar sozinho com a manutenção seria alto, realizaram consórcio de iluminação pública, no qual uma mesma empresa atende diversos Municípios de uma mesma região barateando significativamente os custos.

O que se propõe é trazer a cooperação para o âmbito nacional, no intuito de “desafogar” os Municípios de tantas atribuições.

Assim, a ideia cooperação pode ser entendida como auxílio entre os Entes para a consecução de um fim comum, obrigando-os dentro do que fora pactuado entre os entes, sendo uma relação baseada na confiança política.

7. CONCLUSÃO

Como se pode perceber no presente estudo, há, atualmente, a necessidade de se discutir, especialmente, os limites das atribuições municipais, bem como a desproporcional partilha dos recursos que lhe são destinados, baseados em uma atual estrutura federativa que precisa ser repensada.

A autonomia municipal, prevista na Constituição, está comprometida, resultando em um desequilíbrio federativo que acarreta na dependência do ente municipal, atualmente, verdadeiro “refém” dos governos estadual e federal.

Os recursos municipais são extremamente escassos para cumprir com as demandas e são usados, quase que exclusivamente, para a folha de pagamento das prefeituras, saúde e educação sendo necessário combinar novos instrumentos que possibilitem aos entes investirem nos seus municípios trazendo efetiva qualidade de vida e que os permitam verificar se houve ou não desenvolvimento através de indicadores.

Além disso, deve-se aprofundar em estudos que realizem um levantamento do que os Municípios, principalmente os menores, mais necessitam, quais são suas maiores demandas, a fim de evitar o desperdício de recursos financeiros com obras ou convênios que não são as maiores necessidades daquele local. Isso porque o Brasil é um país multifacetário com 5.570 Municípios, distribuídos em 26 Estados-membros. Não se pode tratar todos esses entes como iguais, pois há enormes discrepâncias regionais que precisam ser sanadas para cumprir objetivos previstos na Constituição Federal

A Cooperação intergovernamental poderá ser uma solução em razão das transferências constitucionais não serem suficientes para satisfazer os interesses locais por não observar as peculiaridades de cada região ou Município, podendo se fazer uma alocação qualitativa de recursos na qual será observada os reais interesses e necessidades locais.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na Constituição de 1988*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2005.
- AMM. *AMM disponibiliza previsão das transferências constitucionais dos municípios para 2017*. Disponível em: <<http://portalamm.org.br/wpcontent/uploads/Par%C3%A2metrosmacroecon%C3%B4micos-para-a-LOA-2017.pdf>>. Acesso em: 10 jan. 2017.
- AMM. *Paralisação é esclarecida em cartilha da AMM*. Disponível em: <<http://portalamm.org.br/paralisacao-e-esclarecida-em-cartilha-da-amm/>>. Acesso em: 20 ago. 2015.
- AZEVEDO, Solange Azevedo. *Remédios nos Tribunais*. Publicado em 2009. Disponível em: <<http://revis-taepoca.globo.com/Revista/Epoca/0,,ERT59499-15257,00.html>>. Acesso em: 21 ago. 2017.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1989.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 21 ago. 2017.
- BRASIL. *Lei Complementar nº 141 de 13/01/2012*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc29.htm>. Acesso em: 21 ago. 2017.
- CASTRO, Jose Nilo de Castro. *Direito Municipal Positivo*. 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- Frente Nacional dos Prefeitos. *Anuário: Multi Cidades – Finanças dos Municípios do Brasil*. Vitória: Aequus Consultoria, 2016.
- IBGE: *Estimativa da população dos Municípios brasileiros com data de referência em 1º julho de 2016*. Disponível em: <<http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv97868.pdf>>. Acesso em: 20 set. 2016.
- LEAL, Victor Nunes. *Coronelismo, enxada e voto: o Município e o regime representativo no Brasil*. 4. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.
- ALARCÓN, Peitro de Jesús Lora. *Ciência política, Estado e direito público: uma introdução ao direito público da contemporaneidade*. São Paulo: Verbatim, 2014.
- MENDES, Marcos; MIRANDA, Rogério Boueri; COSIO, Fernando Blanco. *Transferências intergovernamentais no Brasil: diagnóstico e proposta de reforma*. 2008. Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-paradiscussao/td-40-transferencias-intergovernamentais-no-brasil-diagnostico-e-proposta-dereforma>>. Acesso em: 11 fev. 2017.
- MONTESCHIO, Horácio. *Federalismo brasileiro e uma necessidade de sua releitura diante das mudanças jurídicas e políticas*. In *Constituição e democracia I* [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/UDF; Coordenadores: Beatriz Vargas Ramos G. De Rezende, Horácio Wanderlei Rodrigues – Florianópolis: CONPEDI, 2016, p. 226-244.
- MORAES, Alexandre de. A necessidade de fortalecimento das competências dos Estados-Membros na federação brasileira. In: RIBEIRO, Patrícia H.; GUERRA, Arthur Magno e Silva. *25 anos da Constituição Brasileira*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2013, p.121-151.
- PALÁCIOS, Fernando Rocha. *A cooperação federativa como instrumento do desenvolvimento e redução das desigualdades regionais no Brasil*. In *Direito, economia e desenvolvimento sustentável*. I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFMG/FUMEC/ Dom Helder Câmara; coordenadores: Fabiano Teodoro de Rezende Lara, Gustavo Assed Ferreira, Susana Camargo Vieira – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

PIERRO, Bruno de Pierro. Demandas Crescentes. *Revista Pesquisas FAPESP*. 2017. Disponível em: <http://revistapesquisa.fapesp.br/wp-content/uploads/2017/02/018-025_Judicializacao_252_NOVO.pdf>. Acesso em: 21 ago. 2017.

RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes. *Federalismo brasileiro: a repartição de rendas tributárias e o município. Uma proposta*. In: hermenêutica constitucional: homenagem aos 22 anos do grupo de estudos Maria Garcia. GONÇALVES JUNIOR, Gerson Carneiro; BETTINI, Lucia Helena Politi; MOREIRA, Eduardo Ribeiro (orgs). Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

ZIULKOSKI, Paulo Roberto. *XV Marcha: Um Novo Momento*. In: O Poder Local na construção de uma nova realidade/ Confederação Nacional de Municípios – Brasília: CNM, 2012, p.11-23.

Recebido em: 24/04/2017

Aprovado em: 25/08/2017

Como citar este artigo (ABNT):

GUERRA, Arthur Magno e Silva; NEVES, Paula Resende. Federalismo de Cooperação: O Excesso de Atribuições às Gestões Municipais. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.32, p.134-147, maio/ago. 2017. Disponível em: <<http://blog.newtonpaiva.br/direito/wp-content/uploads/2017/10/N.32-09.pdf>>. Acesso em: dia mês. ano.

LIBERDADE DE EXPRESSÃO E O DISCURSO DE ÓDIO: NOTAS SOBRE A JURISPRUDÊNCIA CONSTITUCIONAL DOS EUA, DA ALEMANHA E DO BRASIL

FREEDOM OF SPEECH AND HATE SPEECH: NOTES ON THE CONSTITUTIONAL JURISPRUDENCE OF THE USA, GERMANY AND BRAZIL

RÔMULO MAGALHÃES FERNANDES ¹
ANNA CAROLINA DE OLIVEIRA AZEVEDO ²

RESUMO: Contemporaneamente, os Estados Constitucionais democráticos convivem com relações sociais marcadas pela pluralidade de ideias e por diferenças culturais, cenário que desafia a reflexão sobre a possibilidade (ou não) da restrição à liberdade de expressão quando, na exteriorização do pensamento, prevalecem conteúdos discriminatórios e preconceituosos, típicos de discurso de ódio. Nesse sentido, o presente artigo tem como propósito analisar os limites do direito à liberdade de expressão decorrentes das práticas do discurso de ódio, sem perder de vista a proteção de tal direito constitucional, que não deve sofrer restrições desnecessárias. Além disso, busca-se analisar a atividade jurisdicional de diferentes culturas jurídicas sobre a resolução de conflitos de direitos que derivam da relação entre liberdade de expressão, igualdade e não discriminação de pessoas ou grupos sociais. Para tanto, o trabalho opta por uma análise teórica, que privilegia doutrinas que aprofundam os conceitos-chave de liberdade de expressão, discurso de ódio e colisão entre direitos fundamentais, bem como um estudo empírico, com a análise jurisprudencial de três decisões, respectivamente, da Suprema Corte americana, do Tribunal Constitucional Federal alemão e do Supremo Tribunal Federal brasileiro.

Palavras-chave: Direito comparado; direitos fundamentais; discurso de ódio; liberdade de expressão.

ABSTRACT: At the same time, democratic Constitutional States coexist with social relations marked by plurality of ideas and cultural differences, a scenario that challenges reflection on the possibility (or not) of restricting freedom of expression when, in the exteriorization of thought, discriminatory and prejudiced content prevails, typical of hate speech. In this sense, the purpose of this article is to analyze the limits of the right to freedom of expression arising from hate speech practices, without losing sight of the protection of such constitutional right, which should not be subject to unnecessary restrictions. In addition, it seeks to analyze the jurisdictional activity of different legal cultures on the resolution of conflicts of rights that derive from the relation between freedom of expression, equality and non-discrimination of individuals or social groups. To do so, the paper opts for a theoretical analysis that favors doctrines that deepen the key concepts of freedom of expression, hate speech and collision between fundamental rights, as well as an empirical study, with the jurisprudential analysis of three decisions, respectively, the US Supreme Court, the German Federal Constitutional Court and the Brazilian Federal Supreme Court.

Keywords: Comparative law; freedom of expression; fundamental rights; hate speech.

¹ Mestre e Doutorando do Programa de Pós-graduação em Direito Público da PUC Minas. Diretor do Observatório de Direitos Humanos da Secretaria de Direitos Humanos, Participação Social e Cidadania do Estado de Minas Gerais. E-mail: romulopn@yahoo.com.br

² Mestranda em Administração Pública na Escola de Governo da Fundação João Pinheiro. Auditora Interna da Controladoria-Geral do Estado de Minas Gerais. E-mail: annac.azevedo@hotmail.com

1. INTRODUÇÃO

Realiza-se, no presente texto, uma reflexão sobre a relação entre a liberdade de expressão e o discurso de ódio, a partir do estudo comparado das decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha e do Supremo Tribunal Federal do Brasil.

A liberdade de expressão, em termos gerais, compreende a possibilidade da exteriorização de crenças, convicções, ideias, opiniões e sentimentos, nos quais a sua proteção alcança não apenas o ato de pensar, mas também o de divulgar o que se pensa em diferentes formas comunicativas (ROTHENBURG; STROPPIA, 2015, p. 03).

Entretanto, mesmo que a liberdade de expressão se apresente como um direito fundamental amplamente reconhecido e associado à própria noção de democracia, essa não está imune a questionamentos e ponderações, tais como: o exercício do direito fundamental à liberdade de expressão pode ser utilizado como justificativa para eventuais práticas de discurso de ódio contra as pessoas ou grupos sociais?

No atual cenário mundial, em que, crescentemente, os Estados Constitucionais democráticos convivem com relações sociais marcadas pela pluralidade de ideias e pelas diferenças culturais, torna-se relevante o debate acerca da possibilidade (ou não) da restrição à liberdade de expressão em situações nas quais a exteriorização do pensamento abranja conteúdos discriminatórios e preconceituosos, típicos de discurso de ódio.

Trata-se de um tema controvertido na cultura jurídica mundial. De um lado, existem decisões judiciais e legislações que defendem a proteção ampla da liberdade de expressão, inclusive, quando envolvem ideias detestáveis e discriminatórias, como a xenofobia, o racismo ou a intolerância. Por outro, existem aquelas que sustentam que as manifestações de intolerância não devem ser admitidas, porque violam princípios fundamentais da convivência social, como a igualdade e a dignidade da pessoa humana (SARMENTO, 2006, p. 05-06).

O presente artigo, nesse sentido, tem como propósito analisar as práticas de discurso de ódio e o seu caráter limitador ao direito de liberdade de expressão, sem perder de vista a proteção de tal direito constitucional, que não deve sofrer restrições desnecessárias. Além disso, busca-se analisar a atividade jurisdicional de diferentes culturas jurídicas, considerando as orientações judiciais para a resolução dos conflitos que decorrem da possibilidade de restrição da liberdade de expressão quando inserida num contexto de discurso de ódio.

Para tanto, o trabalho opta por uma abordagem teórica, que privilegia doutrinas que aprofundam os conceitos-chave em torno da liberdade de expressão, do discurso de ódio e do conflito entre direitos fundamentais, bem como um estudo empírico, com a análise jurisprudencial de três decisões, respectivamente, da Suprema Corte americana (“Brandenburg vs. Ohio”, de 1969), do Tribunal Constitucional alemão (“A Mentira de Auschwitz”, de 1994) e do Supremo Tribunal Federal brasileiro (“Caso Ellwanger”, de 2003).

2. LIBERDADE DE EXPRESSÃO

O processo de consagração da liberdade de expressão nas Constituições dos Estados Modernos, historicamente, foi influenciado pelos movimentos jurídicos e filosóficos de ascensão da burguesia, sendo concebidos com “o mesmo germe do liberalismo, do absoluto respeito à propriedade privada particular, do individualismo exacerbado, do Estado meramente assegurador desses valores” (CARVALHO, 1994, p. 2).

No âmbito jurídico, especificamente das Declarações de Direitos dos séculos XVIII e XIX, percebe-se a predominância dos direitos de primeira dimensão (BONAVIDES, 1993, p.525), represen-

tados, sobretudo, pelos direitos à vida, à liberdade, à igualdade (formal) e à segurança (STROPPIA, 2010, p. 33).

Nesse período, afirmaram-se os direitos de liberdade, ou seja, todos aqueles direitos que tendem a limitar o poder do Estado e a reservar para o indivíduo, ou para os grupos particulares, uma esfera de liberdade em relação à ação estatal (BOBBIO, 1992, p. 32).

Com o decorrer dos anos, os diferentes povos acrescentaram novas exigências ao Estado de Direito, as quais não poderiam ser compatibilizadas pela concepção liberal (STROPPIA, 2010, p.122). Surgiu, assim, um processo de configuração do Estado Democrático de Direito que, no âmbito de liberdades e garantias, admite a possibilidade de uma perspectiva positiva do poder estatal.

Mesmo que ainda secundária, tal postura do Estado contribui na organização, regulação e prestação de ações que têm em vista a função social consagrada no Texto Constitucional (STROPPIA, 2010, p. 101).

Se, no passado, a principal preocupação do Estado liberal era contrapor o poder dos governos e seus instrumentos de controle social e livre manifestação do pensamento, no Estado Democrático de Direito contemporâneo há uma preocupação crescente com o conflito entre liberdades individuais e com os excessos da exteriorização do pensamento de conteúdo discriminatório e preconceituoso contra indivíduos ou grupos sociais.

Para ilustrar o processo de formalização jurídica da liberdade de expressão, vale citar as iniciativas da França e dos Estados Unidos da América no final do século XVIII, assim como os Tratados e Convenções internacionais realizados pós-2ª Guerra Mundial.

Na França, em 1789, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão reafirmou a liberdade de expressão, bem como os limites de tal liberdade, nos termos dos seus artigos 10 e 11:

10. Ninguém pode ser molestado por suas opiniões, incluindo opiniões religiosas, desde que sua manifestação não perturbe a ordem pública estabelecida pela lei.

11. A livre comunicação das ideias e das opiniões é um dos mais preciosos direitos do homem; todo o cidadão pode, portanto, falar, escrever, imprimir livremente, respondendo, todavia, pelos abusos desta liberdade nos termos previstos na lei (FRANÇA, 1789).

Poucos anos depois, em 1791, a Primeira Emenda da Constituição dos EUA contemplou a liberdade de expressão, afirmando que o Congresso não fará lei alguma “que restrinja a liberdade da palavra” (EUA *apud* SILVA, 2000, p. 149). Essa Emenda foi decisiva para influenciar outros países do Ocidente, que passaram a inserir os direitos de proteção à liberdade no arcabouço jurídico de suas legislações (SOUZA, 2008, p. 90).

Também de forma expressa, a proteção à liberdade de expressão foi reconhecida no artigo 19 da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 (DUDH). Tal dispositivo afirma que toda pessoa tem direito à liberdade de opinião e expressão, incluída “a liberdade de, sem interferências, ter opiniões e procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras” (ONU, 1948).

A mesma proteção jurídica foi reproduzida em documentos internacionais posteriores, como o Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos de 1966 (artigo 19), o Convênio Europeu para Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais de 1950 (artigo 10) e a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 (artigo 13), os quais acolhem os direitos fundamentais da liberdade de expressão, de imprensa e de informação.

Desse modo, as diversas correntes jurídicas e filosóficas adotadas pelos movimentos de defe-

3 “Article 154. The administrator shall perform the duties that the law and the statute confer on him to achieve the ends and in the interest of the company, satisfying the requirements of the public good and the social function of the company” (BRAZIL, 1976).

sa dos Direitos Humanos, em particular, da liberdade, desde o Iluminismo no século XVIII, contribuíram para a inclusão de liberdades vinculadas à expressão na ordem constitucional dos países.

O Brasil não ficou imune a essa tendência, e, na esteira da DUDH, reconheceu, na sua Lei Maior, o valor da liberdade de expressão. Ainda que prevista a garantia da liberdade de expressão nas Constituições do Império (BRASIL, 1824) e do Estado Novo (BRASIL, 1937), foi tão-somente com a promulgação a Constituição Cidadã de 1988 que a liberdade de expressão adquiriu amplitude e um rol de direitos e garantias individuais.

Ademais, as possibilidades de relativização do direito à liberdade de expressão e da responsabilização diante de eventuais casos de abusos decorrentes do exercício desse direito, gradativamente, passaram a integrar os textos constitucionais de muitos Estados, bem como de Convenções e Tratados de ordem internacional.

O artigo 19 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1966, por exemplo, determina responsabilidades e restrições em algumas situações no exercício da liberdade de expressão. Tal restrição, segundo o artigo 19, acontece quando a limitação for: prevista em lei; necessária; e para proteção de um dos objetivos listados nesse artigo (assegurar o respeito do direito e reputação dos outros, a segurança nacional, a ordem, saúde ou moral pública) (ONU, 1966).

A Convenção Americana de Direitos Humanos, por sua vez, no seu artigo 13, afirma que, em geral, não haverá censura prévia (com exceção daquela com o objetivo de proteção moral de crianças e adolescentes no acesso a espetáculos públicos), mas impõe a responsabilização posterior do autor no exercício da liberdade de expressão (ONU, 1969 *apud* ARTIGO 19).

Com isso, tais Convenções acabam por apontar a obrigação da lei em proibir a propaganda favorável ao estímulo de guerras e à apologia do ódio nacional, radical, racial ou religioso que constitua incitamento à discriminação, à hostilidade ou à violência.

3. DISCURSO DE ÓDIO

A noção de discurso de ódio no âmbito jurídico ganhou notoriedade, principalmente, a partir de experiências como a do Holocausto na Alemanha Nazista, durante o período da 2ª Guerra Mundial, na medida em que gerou consequências nocivas ao promover o ódio racial, a discriminação e a violência contra oponentes políticos desse regime. Na atualidade, contudo, percebe-se uma maior diversificação das situações em que as práticas de discurso de ódio são utilizadas, extrapolando contextos específicos como os vivenciados na Alemanha Nazista, para alcançar ambientes cotidianos, marcados por preconceito e intolerância à diferença.

Nessa perspectiva, Brugger (2007, p. 118) afirma que:

[...] o discurso do ódio refere-se a palavras que tendem a insultar, intimidar ou assediar pessoas em virtude de sua raça, cor, etnicidade, nacionalidade, sexo ou religião, ou que têm a capacidade de instigar violência, ódio ou discriminação contra tais pessoas.

Por força de motivos diversos, o discurso de ódio leva à privação dos Direitos Humanos de pessoas e grupos sociais. Em situações limite, esses motivos podem dar razão a agressões, homicídios e outras práticas violentas.

Em verdade, o discurso de ódio compreende uma variável da liberdade de pensamento e, como tal, quando apenas representa o sentimento de rejeição ou ódio no âmbito interno, não adquire importância significativa para o Direito. Por outro lado, ao ser exteriorizado, o discurso de ódio apresenta-se como manifestação do pensamento, com repercussões na esfera jurídica e na relação com os direitos de outros indivíduos, grupos ou da sociedade como um todo (FREITAS; CASTRO, 2013, p. 344).

Situações como essa despertam nos Estados democráticos a necessidade de se debater e criar legislações que impeçam a disseminação do discurso de ódio, bem como as violações de Direitos Humanos decorrentes de tal prática.

Nesse sentido, vale a reflexão de Meyer-Pflug (2009, p. 140), que assim adverte:

O discurso do ódio encontra-se no mundo das ideias e utiliza de expressões que muitas vezes podem ser consideradas provocadoras, incitadoras e que intimidam o grupo social ao qual se destinam, mas ainda assim são só palavras. Há de se atentar para o fato de que a vontade de eliminar o componente da expressão que existe no discurso do ódio acaba por desafiar o sentido comum de liberdade de expressão. Em algumas situações o Estado tem defendido a regulação de expressões e de opiniões em nome da preservação da liberdade de expressão.

Nesse ponto, a questão que se coloca é a seguinte: como enfrentar o discurso de ódio sem que isso signifique uma ameaça ao direito à liberdade de expressão? Ou, em outros termos: a defesa da liberdade de expressão pode justificar a exteriorização de conteúdos de qualquer natureza, inclusive, de discurso de ódio?

Tais questionamentos indicam a complexidade do tema. Se, por um lado, a possibilidade de divergências de opiniões em uma sociedade democrática é fundamental, por outro lado, e com o mesmo grau de importância, a coexistência pacífica e o respeito à dignidade de grupos minoritários devem ser entendidas como objetivos fundantes do Estado democrático. Daí a importância dos Tratados, Convenções, leis e decisões judiciais em definirem parâmetros aplicáveis na resolução do conflito.

A organização não governamental de Direitos Humanos denominada “Artigo 19”, por exemplo, recomenda a adoção de alguns critérios para enquadrar um discurso como sendo de ódio, tornando-o passível de punição. Tais parâmetros são considerados pela “Artigo 19” como elementos constitutivos da incitação, conforme o artigo 20 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (ONU, 1966), e foram elaborados para servir de orientação aos tribunais na identificação do discurso de ódio. São eles:

i. severidade: a ofensa deve ser “a mais severa e profunda forma de opróbrio”; ii. intenção: deve haver a intenção de incitar o ódio; iii. conteúdo o forma do discurso: devem ser consideradas a forma, estilo e natureza dos argumentos empregados; iv. extensão do discurso: o discurso deve ser dirigido ao público em geral ou à um número de indivíduos em um espaço público; v. probabilidade de ocorrência de dano: o crime de incitação não necessita que o dano ocorra de fato, entretanto é necessária a averiguação de algum nível de risco de que algum dano resulte de tal incitação; vi. iminência: o tempo entre o discurso e a ação (discriminação, hostilidade ou violência) não pode ser demasiado longo de forma que não seja razoável imputar ao emissor do discurso a responsabilidade pelo eventual resultado; vii. contexto: o contexto em que é proferido o discurso é de suma importância para verificar se as declarações tem potencial de incitar ódio e gerar alguma ação (ARTIGO 19).

Os parâmetros descritos acima não pretendem legitimar a limitação da liberdade de expressão pelo simples fato de rejeitarem opiniões majoritárias ou divergirem de posicionamentos oficiais, mas chamam a atenção quanto à excepcionalidade dessa restrição, que deve ser baseada em justificativas fundamentadas e devidamente contextualizadas.

Mesmo com a existência de Tratados e Convenções internacionais sobre o tema do discurso de ódio, nota-se, na prática dos Estados democráticos, a existência de formas controvertidas no que se refere ao tratamento legal desse tipo de discurso, a depender das diferentes experiências nacionais em relação ao uso da palavra e da cultura jurídica de cada país.

Para exemplificar tais diferenças quanto à permissividade ou não do discurso de ódio, aborda-

se a seguir as jurisprudências da Suprema Corte dos Estados Unidos e do Tribunal Constitucional Federal alemão, uma vez que representam experiências jurídicas relevantes e que evidenciam pontos de vista distintos na resolução de conflitos dessa natureza. Posteriormente, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) será analisada, inclusive, estabelecendo comparações entre a cultura jurídica brasileira e dos outros dois países analisados, EUA e Alemanha.

4. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA

Os Estados Unidos da América (EUA), na mesma perspectiva da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) e do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966), declaram que todos os indivíduos têm direito de liberdade de expressão, que inclui o direito a buscar, receber e divulgar manifestações de maneira livre e sem obstáculos por parte do governo ou da sociedade.

Nesse sentido, a Primeira Emenda da Constituição dos EUA prevê a proteção à liberdade de expressão nos seguintes termos:

O Congresso não fará nenhuma lei a respeito do estabelecimento da religião, ou que proíba o seu livre exercício, ou cerceie a liberdade de expressão, ou da imprensa, ou o direito do povo de se reunir pacificamente e a solicitar do governo uma reparação por ofensa (ESTADOS UNIDOS, 1971, tradução livre).

Expressamente, o texto da Primeira Emenda representa uma proteção ampla ao direito à liberdade de expressão e reflete a premissa na qual a troca livre de opiniões é a melhor maneira de proporcionar um espaço democrático e voltado à busca da verdade. Elaborada em 1791, a Primeira Emenda constituiu uma reação dos norte-americanos às práticas repressoras e de censura prévia do governo, em particular, no período em que os EUA eram uma colônia britânica. Para ilustrar tal contexto histórico, cita-se que na Inglaterra e nas suas colônias, até 1694, nada poderia ser publicado sem prévia licença do governo e os acusados de “difamação sediciosa” eram severamente punidos pelas autoridades (BOCHI, 2014, p. 12-13).

No decorrer dos anos, contudo, a Suprema Corte dos EUA modificou, gradativamente, o entendimento acerca da possibilidade, em casos específicos e excepcionais, da aplicação de restrições à liberdade de expressão e da não proteção de todos os tipos de discurso.

Segundo Sarmiento (2006, p. 6), os EUA possuem um sistema de proteção à liberdade de expressão extremamente complexo. A partir da proteção jurídica da Primeira Emenda, observa-se que há determinados campos considerados fora do seu alcance, como o da “obscenidade”, outros que recebem uma proteção menos intensa, como a propaganda comercial, e uma área em que a tutela constitucional é extremamente forte, em cujo epicentro está o discurso político *lato sensu*.

Ainda dentro do escopo desse último aspecto, para a maioria da jurisprudência norte-americana, as mensagens de ódio são vistas “integralmente como uma forma de discurso, e não de conduta” (BRUGGER, 2007, p. 118) e, como tal, são protegidos pela liberdade de expressão que prevalece sobre as manifestações contrárias ao respeito e à dignidade da pessoa humana.

Essa visão da jurisprudência da Suprema Corte dos EUA será exemplificada a seguir, tendo como caso de referência a decisão “Brandenburg vs. Ohio”, de 1969.

4.1. Caso: “Brandenburg vs. Ohio” (1969)

A Suprema Corte norte-americana tem se posicionado em diversos casos concretos sobre a relação entre liberdade de expressão e o discurso de ódio, decidindo, à luz da Primeira Emenda e de outras fontes do Direito, sobre os efeitos da proteção daquele que profere opiniões ofensivas, bem

como do outro indivíduo ou grupo social que se torna vítima dessas manifestações.

Para ilustrar a tradição jurídica dos EUA e suas orientações jurisprudenciais, foi selecionada a decisão “Brandenburg vs. Ohio” (1969). Contudo, citam-se outros casos, como “Cantwell vs. Connecticut” (1940), “Cohen vs. Califórnia” (1972), “National Socialist Party vs. Skokie” (1977), “RAV vs. City Of St. Paul” (1992)³, que representam precedentes de grande repercussão por abordarem os conflitos decorrentes da liberdade de expressão.

Em 1969, Clarence Brandenburg, cidadão americano de Ohio, líder do grupo “Ku Klux Klan”, manifestou suas ideias com cunho discriminatório em uma reunião do referido grupo. O fato foi transmitido pela TV, onde pessoas encapuzadas queimaram cruzes, proferiram palavras de ordem contra negros e judeus e ameaçaram de vingança àqueles que tentasse prejudicar a raça caucasiana.

A linha traçada pela Suprema Corte dos EUA, nessa decisão, estabeleceu a distinção entre a defesa de manifestação de ideias ofensivas, protegidas pela liberdade de expressão, e a incitação à prática de atos violentos, que não alcançaria essa proteção (SARMENTO, 2006, p.8).

Desse modo, a Suprema Corte anulou a condenação contra Brandenburg, entendendo que o réu deveria ser absolvido, uma vez que tinha direito de discursar e que suas opiniões não poderiam causar um dano real, isto é, não precediam de violência intencional e iminente contra negros e judeus.

Para Meyer-Pflug (2009, p. 141), a decisão pode ser analisada nos seguintes termos:

As garantias Constitucionais da liberdade de expressão e de imprensa não permitem ao Estado proibir ou banir a defesa do uso da força ou da violência da lei, exceto quando esta defesa é dirigida a incitar ou produzir uma ação ilícita iminente e é provável que incite ou produza esta ação. A restrição à liberdade de expressão só é justificável quando se verifica a existência de um ‘perigo claro e iminente de causar um ato ilegal’, do contrário prevalece a neutralidade do Estado em face do conteúdo do discurso.

Nota-se que o discurso de ódio, mesmo sendo considerado repulsivo e detestável, não é compreendido como uma conduta ilegal em si, dependendo do exame de outros aspectos, como violência, intencionalidade, probabilidade e iminência da existência de um ato ilegal.

Luna e Santos (2014), por outro lado, problematizando o posicionamento da Suprema Corte dos EUA no caso “Brandenburg vs. Ohio”, levantam a seguinte questão: “ora, mas o que é violência?”. Para esses autores (2014, p. 237), a Suprema Corte norte-americana considerou tão-somente a violência e os danos físicos, não levando em conta aspectos fundamentais para avaliação dos danos sofridos, como a violência moral e psíquica das vítimas do discurso, bem como o direito à memória dos familiares dos mortos nos campos de concentração.

5. ALEMANHA

A liberdade de expressão no Direito Constitucional Alemão é garantida pela Lei Fundamental de 1949, que, no seu artigo 5º, estabelece: “cada um tem o direito de expressar e difundir livremente sua opinião pela palavra, por escrito ou por imagens, e de se informar sem impedimentos em fontes que são acessíveis a todos” (ALEMANHA, 1949).

Contudo, diferente do sistema constitucional norte-americano, a liberdade de expressão não possui um *status* de superioridade entre os direitos fundamentais. Sem desconsiderar sua importância, no Direito Constitucional Alemão, a liberdade de expressão não é um direito absoluto, tendo limitações no próprio texto da Constituição no caso de abuso e uso desproporcional (artigo 18).

³ Decisões consultadas no site oficial da Suprema Corte dos EUA (Disponível em: <<https://www.supremecourt.gov/>>).

Em verdade, no Direito Constitucional alemão é a dignidade da pessoa humana, e não o direito à liberdade de expressão, o valor máximo da ordem jurídica, o que tem ligação estreita com o contexto histórico vivenciado pelo país. Após a experiência da Segunda Guerra Mundial, em particular, das profundas marcas do Nazismo na sociedade alemã, a Constituição da República Federativa da Alemanha retomou a preocupação com a valorização do ser humano, não apenas como destinatário, mas, principalmente, como centro e fundamento do ordenamento jurídico (GODOY, 2001, p. 23).

E, nesse ponto, a Lei Fundamental de 1949, logo no seu primeiro artigo, inserido no Título I – Dos Direitos Fundamentais, assegura a proteção da dignidade da pessoa humana:

(1) A dignidade da pessoa humana é intangível. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo o poder público. (2) O povo alemão reconhece, por isto, os direitos invioláveis e inalienáveis da pessoa humana como fundamento de toda comunidade humana, da paz e da justiça no mundo. (3) Os direitos fundamentais, discriminados a seguir, constituem direitos diretamente aplicáveis e vinculam os poderes legislativo, executivo e judiciário (ALEMANHA, 1949).

O legislador constitucional alemão elevou a proteção à dignidade da pessoa humana ao patamar máximo, caracterizada como direito absoluto (FURTADO, 2005, p. 110). Portanto, quando os casos apresentam fatos nos quais a dignidade humana e o direito à liberdade de expressão entram em colisão, este deve render-se para que a dignidade humana prevaleça (LUNA; SANTOS, 2014, p. 239).

Outro aspecto a ser considerado, trata-se do caráter positivo do Estado Constitucional alemão em garantir a proteção à dignidade humana, inclusive, no que se referem à colisão entre a liberdade de expressão e outros bens e interesses jurídicos. Nota-se, nesse caso, que o Estado não deva assumir um discurso neutro, mas sim voltado para a concretização dos direitos fundamentais.

Na situação específica da liberdade de expressão como conceito de liberdade positiva, a partir da decisão do Tribunal Constitucional Federal alemão sobre o caso Lüth (1940)⁴, foi estabelecido pela primeira vez na Alemanha que a Constituição não é um documento de valores neutros e que a dignidade da pessoa humana é o critério para medir e avaliar todas as ações nas áreas do Direito (público e privado) (LUNA; SANTOS, 2014, p. 2014).

Desse julgamento, outros conceitos estruturantes da teoria dos direitos fundamentais do Direito alemão se desenvolveram, como a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, a eficácia horizontal dos direitos fundamentais e a necessidade de ponderação quando os direitos estão em colisão (LUNA; SANTOS, 2014, p. 2014).

A seguir, aborda-se o caso de maior repercussão na Corte Constitucional alemã sobre o discurso de ódio, o qual envolve a tese da negação do Holocausto, o que, para a cultura jurídica alemã, representa a negação de um fato e não a manifestação de pensamento possível.

5.1. Caso: a mentira de Auschwitz, negação do Holocausto (1994)

Em 1994⁵, o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, decidiu pela constitucionalidade do ato do governo da Baviera, que condicionara a autorização para a realização de um seminário promovido pelo Partido Nacional Democrata Alemão (PND) desde que este evento não difundisse a tese da negação do Holocausto.

Para o seminário, o partido de extrema-direita convidou David Irving, famoso “historiador” in-

⁴ A decisão do caso Lüth pelo Tribunal Constitucional Alemão é um marco histórico em relação ao fenômeno da constitucionalização do direito privado, exatamente por inaugurar a aproximação do direito constitucional ao direito privado, de forma a estender os critérios axiológicos dos direitos fundamentais aos demais ramos do direito (MIGLIAVACCA; BOLESINA, 2013, p. 231).

glês, que defende que o Holocausto foi, na verdade, uma invenção da comunidade judaica, desenvolvendo essa tese em obras sobre o tema, tais como: “Guerra de Hitler”(1977) e “Goebbels: o Mentor do Terceiro Reich”(1996).

Na decisão, o Tribunal considerou justificativa do Estado da Baviera, na medida em que fundamentou o seu ato na lei que possibilita a proibição de reuniões quando houvesse violações ao Código Penal Federal na Alemanha. No caso em tela, trata-se do insulto contra o povo judeu.

Nesse sentido, o artigo 130 da lei penal estabelece que, aquele que perturbar a paz pública ao incitar ódio ou atacar a dignidade humana de outros por meio de ofensas, será punido com prisão. No parágrafo terceiro desse artigo, inclusive, o Código faz menção expressa a todas as formas de negação, mentira e aprovação do Holocausto, ao afirmar que, estará sujeito à prisão ou multa, aquele que, em público ou em reunião, aprove, negue ou minimize o genocídio cometido sob o Nacional Socialismo (BRUGGUER, 2007, p. 122).

O Tribunal Constitucional Alemão entendeu, assim, que a negação do Holocausto não se enquadra como manifestação de opinião, mas tão-somente como afirmação de um fato histórico, e que assertivas inverídicas sobre fatos, por não contribuírem em nada para a formação da opinião pública, não são constitucionalmente protegidas pelo direito fundamental da liberdade de expressão.

Ademais, na decisão, o Tribunal destacou que a peculiaridade do Holocausto, o qual se converteu em elemento constitutivo da própria identidade do cidadão de origem judaica, reflete-se na sua relação com a sociedade alemã (SARMENTO, 2006, p. 20). Portanto, negar esse terrível acontecimento histórico implicaria, na ótica da Corte, em continuar a discriminação contra o povo judeu.

Com esta argumentação, a Corte alemã reconheceu a validade da restrição à liberdade de expressão praticada pelo governo da Baviera (SARMENTO, 2006, p. 21).

Mesmo sem desconsiderar as consequências terríveis dos atos Nazistas, vale a reflexão de Brugger (2007, p. 136) de como a criminalização da negação do Holocausto impossibilita a discussão aberta e irrestrita em todos os assuntos de interesse público, inclusive, quando se tratam de assuntos controvertidos e carregados de valores.

Em geral, no modelo jurídico alemão o discurso de ódio tende a ser rejeitado e, por vezes, até mesmo não considerado como manifestação de opinião, como é o caso da negação do Holocausto. Nota-se, assim, a prevalência do princípio da dignidade da pessoa humana e do respeito às minorias em situação de desvantagem social, isso sem deixar de lado a importância do direito fundamental da liberdade de expressão no que concerne a questões tidas como de interesse público (SILVEIRA, 2007, p. 98).

6. BRASIL

Na perspectiva do Direito Constitucional brasileiro, em especial, com o advento da Constituição de 1988, percebe-se a preocupação do constituinte quanto à ampliação da garantia de liberdade de expressão e ao enfretamento a práticas de censura.

Afinal de contas, o Brasil conviveu com um longo período ditatorial, em que foi comum o uso da força e dos institutos jurídicos para “silenciar” manifestações contrárias ao regime político no poder naquele momento. A título de exemplo, cita-se a instauração do Ato Institucional Nº 5, de 1968, que, no seu Preâmbulo, afirmava que o governo ditatorial comprometia-se com o “combate à subversão e às ideologias contrárias ao povo brasileiro” (BRASIL, 1968).

Esse contexto refletiu-se diretamente na Constituição de 1988, responsável, categoricamente, pela possibilidade do estabelecimento de um livre fluxo de informações no país (STROPPIA, 2010, p. 147).

5 90 BVerfGE 241. Decisão disponível no site do Tribunal Constitucional Alemão (Disponível em: <http://www.bundesverfassungsgericht.de/DE/Homepage/homepage_node.html>).

No que se refere à liberdade de expressão, a Constituição dispõe que “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença” (BRASIL, 1988), bem como “é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional” (BRASIL, 1998).

Apesar da amplitude da liberdade assegurada no Texto Constitucional, vale enfatizar que os direitos de liberdade de expressão, de informação ou de imprensa não são absolutos, encontrando limites na própria Constituição (BARROSO, 2007, p. 84). Em outros termos, a proteção constitucional à liberdade de expressão “não implica salvo-conduto” (CALDAS, 1997, p. 67) para que se violem impunemente direitos atribuídos a outras pessoas ou grupos sociais. E, nesse sentido, foi prevista a possibilidade de restrição da liberdade de expressão, notadamente quando esse direito entra em conflito com outros direitos e bens jurídicos igualmente tutelados pela Constituição.

No caso específico do discurso de ódio, apesar do Brasil não possuir uma legislação específica sobre esse tema, o aplicador do Direito deve compreender o sistema jurídico global, no qual a Constituição de 1988 assegura expressamente a igualdade dos indivíduos perante a lei e a proteção legal contra a discriminação.

Desse modo, no artigo 3º, a Constituição aborda os objetivos fundamentais da República, dentre os quais o de “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (BRASIL, 1988).

Logo a seguir, a Constituição, no seu artigo 5º *caput* e incisos XLI e XLII complementa a base legal que pode ser utilizada para repudiar manifestações que expressam mensagens violentas, intolerantes e de conteúdo discriminatório:

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.

Além dos dispositivos da Constituição, e dando consequência dos termos estabelecidos no inciso XLII do artigo 5º, o Brasil sancionou a Lei nº 7.716, de 05 de janeiro de 1989, que define crimes resultantes de preconceito de raça e de cor.

E, nesse sentido, o artigo 20 afirma:

Art. 20. Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. Pena: reclusão de um a três anos e multa. § 1º Fabricar, comercializar, distribuir ou veicular símbolos, emblemas, ornamentos, distintivos ou propaganda que utilizem a cruz suástica ou gamada, para fins de divulgação do nazismo. Pena: reclusão de dois a cinco anos e multa. § 2º Se qualquer dos crimes previstos no caput é cometido por intermédio dos meios de comunicação social ou publicação de qualquer natureza. Pena: reclusão de dois a cinco anos e multa. § 3º No caso do parágrafo anterior, o juiz poderá determinar, ouvido o Ministério Público ou a pedido deste, ainda antes do inquérito policial, sob pena de desobediência. I - o recolhimento imediato ou a busca e apreensão dos exemplares do material respectivo; II - a cessação das respectivas transmissões radiofônicas, televisivas, eletrônicas ou da publicação por qualquer meio; III - a interdição das respectivas mensagens ou páginas de informação na rede mundial de computadores. § 4º Na hipótese do § 2º, constitui efeito da condenação, após o trânsito em julgado da decisão, a destruição do material apreendido.

Nota-se que o entendimento do artigo 20, interpretado à luz da Constituição de 1988 e de outras legislações posteriores sobre o tema, articula um espectro jurídico no Brasil, no qual os Tribu-

nais são capazes de decidir de maneira fundamentada casos que envolvam discurso de ódio e o seu possível caráter inibidor da liberdade de expressão.

Nesse cenário, aborda-se a seguir a decisão sobre o caso Ellwanger, que introduziu, no Supremo Tribunal Federal, as discussões sobre a prática de racismo e outros atos discriminatórios características do discurso de ódio.

6.1. Caso: Ellwanger (2003)

No *Habeas Corpus* 82.424/RS, de 2003, o Supremo Tribunal Federal decidiu o caso do livreiro brasileiro Siegfried Ellwanger Casten, condenado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJ/RS) pelo crime de racismo e apologia de ideias preconceituosas e discriminatórias contra a comunidade judaica em suas obras.

Siegfried Ellwanger Casten foi o fundador da editora “Revisão”, com sede no Estado do Rio Grande do Sul, sendo responsável pela elaboração e publicação de livros, tais como o “Holocausto: judeu ou alemão?”, “Hitler: culpado ou inocente?” e “O plano judaico de dominação mundial: os protocolos dos sábios de Sião”. As obras de Ellwanger, bem como de sua editora, provocaram perplexidade e inquietação na comunidade semita brasileira por seu conteúdo racista e por acusar os judeus de serem responsáveis pelos mais diversos infortúnios da humanidade, entre eles, a eclosão da 2ª Guerra Mundial (LUNA; SANTOS, 2014, p. 244).

No julgamento do caso, finalizado em 17 de setembro de 2003, o plenário do STF decidiu por manter a condenação de Ellwanger pela prática de racismo nos termos da Lei nº 7716/1989, repudiando práticas discriminatórias típicas do discurso de ódio.

Dentre os aspectos analisados pelo STF, as principais questões levantadas pelos votos dos Ministros foram: 1) a prática do crime de racismo (art. 20, da Lei 7716/89) também alcança o preconceito contra os judeus?; e 2) como solucionar o conflito envolvendo a liberdade de expressão, a igualdade e o dever de não discriminação?

Os votos dos Ministros Carlos Velloso, Celso de Mello, Cezar Peluso, Ellen Gracie, Gilmar Mendes, Maurício Corrêa, Nelson Jobim e Sepúlveda Pertence foram favoráveis pela denegação do *Habeas Corpus* e pela identificação do discurso de ódio no caso concreto. Sobre tal posicionamento, destaca-se o voto do Ministro Celso de Mello que afirmou: “Aquele que ofende a dignidade pessoal de qualquer ser humano, especialmente quando movido por razões de fundo racista, também atinge – e atinge profundamente – a dignidade de todos e de cada um de nós” (STF, 2003).

No mesmo sentido do voto anterior, os Ministros Gilmar Mendes e Carlos Velloso, cada qual no seu estilo de argumentação, discutiram sobre a colisão entre direitos fundamentais e a prevalência da dignidade da pessoa humana diante de eventuais excessos do direito à liberdade de expressão (STF, 2003).

Por outro lado, os Ministros Moreira Alves, Carlos Ayres Britto e Marco Aurélio votaram favoráveis à absolvição de Siegfried Ellwanger Casten, isto é, pelo deferimento do *Habeas Corpus*, por inexistência do crime de racismo e pela prevalência da liberdade de expressão no caso concreto.

Dos votos minoritários, cita-se a defesa do Ministro Moreira Alves, relator do processo, que afirmou que os judeus não constituem uma raça, pelo menos do ponto de vista científico. Esse entendimento, conseqüentemente, levaria a não constatação do crime de racismo (STF, 2003).

Em outro voto, o Ministro Carlos Ayres Britto argumentou que o direito à liberdade de expressão possui um *status* superior na hierarquia jurídica e, desse modo, não deveria receber qualquer forma de restrição. Tal decisão estrutura-se com forte influência do modelo jurídico norte-americano (STF, 2003)

Em resumo, ao final da decisão, o STF concluiu que o direito à liberdade de expressão não pode servir de fundamento para as manifestações discriminatórias, o estímulo da violência e a intole-

rância contra grupos humanos, nos quais se incluem os membros da comunidade judaica.

O julgamento do STF no caso *Ellwanger* não ficou imune a críticas por parte da doutrina e, nesse sentido, citam-se as questões levantadas por Meyer-Plufg (2011, p. 2), para quem, quando o STF tem a chance de enfrentar um *hard case*, como o caso *Ellwanger*, em que pode explorar todos os direitos que estão em jogo e firmar uma jurisprudência consolidada, não se pode perder a oportunidade de fazê-lo. A não pacificação jurídica nesse caso teve reflexos em decisões posteriores, por exemplo, nos julgamentos sobre o enredo da Escola de Samba Unidos do Viradouro (Processo do nº. 2008.001.024498-5, de 2008) e o uso das obras de Monteiro Lobato na rede pública de ensino infantil (Mandado de Segurança 30952/DF, de 2011).

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A liberdade de expressão é um direito fundamental mundialmente reconhecido e associado à própria noção de democracia, contudo, não está imune a questionamentos e ponderações.

E, nesse sentido, este artigo buscou responder a seguinte questão: o exercício do direito à liberdade de expressão pode ser utilizado como justificativa para eventuais práticas de discurso de ódio contra pessoas ou grupos sociais?

Para tanto, foram analisados os conceitos-chave sobre liberdade de expressão e discurso de ódio, bem como as decisões da Suprema Corte norte-americana, do Tribunal Constitucional Federal alemão e do Supremo Tribunal Federal brasileiro, apontando o grau de permissividade dessas culturas jurídicas quanto à possibilidade de relativização ou responsabilização do exercício da liberdade de expressão.

Nos EUA, a liberdade de expressão está inserida num sistema jurídico extremamente complexo, no qual a principal referência legal é a Primeira Emenda. Seguindo sua tradição liberal, quando situações em conflito envolvem o discurso político (em sentido amplo), o Estado norte-americano assume uma intensa tutela constitucional da liberdade de expressão. Visto que as mensagens de ódio são consideradas uma forma de discurso nos EUA, essas ficam inseridas no espectro de proteção da Primeira Emenda.

Na Alemanha, por outro lado, a liberdade de expressão não possui um *status* de superioridade entre os direitos fundamentais, tendo limitações no próprio texto da Constituição na hipótese de abuso e exercício desproporcional. No caso concreto, a dignidade da pessoa humana deve sempre prevalecer diante de outro direito ou bem jurídico em conflito, não cabendo ao Estado uma postura de neutralidade perante manifestações de ódio, preconceito ou discriminação contra indivíduos ou grupos sociais vulneráveis.

O Brasil, por sua vez, mais próximo da leitura germânica, admite a possibilidade do discurso de ódio ser um elemento inibidor da liberdade de expressão. Nesse ponto, não se trata de legitimar a limitação da liberdade de expressão pelo simples fato de rejeitarem opiniões majoritárias ou divergirem de posicionamentos oficiais, mas sim de defender orientações e parâmetros capazes de promover o respeito, a tolerância e o convívio entre indivíduos e grupos sociais diferentes.

Mesmo com a percepção de posicionamentos distintos entre os modelos jurídicos apresentados (EUA, Alemanha e Brasil), nota-se um desafio comum, e cada vez mais urgente, entre esses Estados democráticos, que é o de enfrentar a perseguição a qualquer grupo étnico, religioso, social ou cultural, sem que isso acarrete limitações desnecessárias do direito à liberdade de expressão do indivíduo ou grupo social do qual ele faz parte.

REFERÊNCIAS

- ALEMANHA. *Constituição*. Lei Fundamental da República Federal da Alemanha. 1949.
- ARTIGO 19. *Panorama sobre discurso de ódio no Brasil*. São Paulo, Artigo 19, n.d. Disponível em: <<http://artigo19.org/>>. Acesso em: 10 jan. 2017.
- BARROSO, Luís Roberto. Liberdade de expressão *versus* direitos da personalidade: Colisão de direitos fundamentais e critérios de ponderação. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos Fundamentais, informática e comunicação: algumas aproximações*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 63-100, 2007.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BOCHI, Paullina Luise. *A liberdade de expressão e o discurso do ódio no contexto norte-americano e brasileiro*. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Florianópolis, 2014.
- BONAVIDES, Paulo. *Constituição aberta*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, 1988.
- BRASIL. Ato Institucional n. 5, de 13 de dezembro de 1968. Brasília, 1968.
- BRUGGER, Winfried. Proibição ou proteção do discurso do ódio? Algumas observações sobre o direito alemão e o americano. *Revista de Direito Público*, Brasília, DF, n. 15, p. 117-136, jan./mar. 2007.
- CALDAS, Pedro Frederico. *Vida Privada, Liberdade de Imprensa e Dano Moral*. São Paulo: Saraiva, 1997.
- CARVALHO, Luís Gustavo Grandinetti Castanho de. *Liberdade de informação e o direito difuso à informação verdadeira*. Rio de Janeiro: Renovar, 1994.
- ESTADOS UNIDOS. *Primeira Emenda Constitucional*. Washington, DC, 1791.
- FRANÇA. *Declaração dos direitos do homem e do cidadão*. Paris. 1789.
- FREITAS, Riva Sobrado de; CASTRO, Matheus Felipe de. Liberdade de Expressão e Discurso do Ódio: um exame sobre as possíveis limitações à liberdade de expressão. *Revista Seqüência*. Florianópolis, UFSC, v. 34, nº 66, p. 327-355, 2013.
- FURTADO, Emmanoel Teófilo. Direitos Humanos e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*. Fortaleza, V. 6, Nº. 6 – Anual, p. 103-120, 2005.
- GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *A Liberdade de Imprensa e os Direitos da Personalidade*. São Paulo: Atlas, 2001.
- LUNA, Nevita Maria Pessoa de Aquino Franca; SANTOS, Gustavo Ferreira. Liberdade de expressão e discurso do ódio no Brasil. *Revista Direito e Liberdade*, Natal, v. 16, n. 3, p. 227-255, set./dez. 2014.
- MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *Liberdade de expressão e discurso do ódio*. São Paulo: RT, 2009.
- MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. Ideias devem ser confrontadas com ideias. *Revista Problemas Brasileiros*, nº 406, p. 1-8, jul./ag. 2011.
- MIGLIAVACCA, Luciano de Araujo; BOLESINA, Iuri. Harmonização do Direito Privado aos valores constitucionais. *Revista de Estudos Jurídicos UNESP*, v. 17, p. 231-248, 2013.
- ONU. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, adotada em 10 de dezembro de 1948.

ONU. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos*, adotado em 16 de dezembro de 1966.

ROTHENBURG, Walter Claudius; STROPPIA, Tatiana. *Liberdade de expressão e discurso do ódio: o conflito discursivo nas redes sociais*. 2015. Disponível em: <<http://coral.ufsm.br/congressodireito/anais/2015/>>. Acesso em: 10 jan. 2017.

SARMENTO, Daniel. A Liberdade de Expressão e o Problema do “Hate Speech”. In: SARMENTO, Daniel. *Livres e iguais: estudos de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, p. 207-262, 2006.

SILVA, Tadeu Antônio Dix. *Liberdade de Expressão e Direito Penal no Estado democrático de Direito*. São Paulo: IBCRIM, 2000.

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

SOUZA, Sérgio Ricardo de. *Controle Judicial dos Limites Constitucionais à Liberdade de Imprensa*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). *Habeas Corpus 82.424-2/RS*. Paciente: Siegfried Ellwanger. Impetrante: Werner Cantalício João Becker. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Moreira Alves. Diário de Justiça, Brasília, DF, 2003.

STROPPIA, Tatiana. *As dimensões constitucionais do direito de informação e o exercício da liberdade de informação jornalística*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

Recebido em: 26/02/2017

Aprovado em: 20/10/2017

Como citar este artigo (ABNT):

FERNANDES, Rômulo Magalhães; AZEVEDO, Anna Carolina de Oliveira. Liberdade de Expressão e o Discurso de Ódio: Notas sobre a Jurisprudência Constitucional dos EUA, da Alemanha e do Brasil. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.32, p.148-161, maio/ago. 2017. Disponível em: <<http://blog.newtonpaiva.br/direito/wp-content/uploads/2017/10/N.32-10.pdf>>. Acesso em: dia mês. ano.





Quem se prepara, não para.