



[www.revistaonisciencia.com](http://www.revistaonisciencia.com) Vol.II Ano II Nº 7- Tomo II Maio - Agosto 2014 ISSN 2182- 598X

EDIÇÃO TEMÁTICA

# **DIREITOS HUMANOS**

# **Nº 7**

Tomo - II

Os artigos publicados nesta edição, foram apresentados na

# I JORNADA INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS: TEMAS E PERSPECTIVAS NA CONTEMPORANEIDADE

**25 E 26 DE OUTUBRO DE 2012**  
**UNIVERSIDADE DO MINHO**  
**ESCOLA DE DIREITO**

**BRAGA**

## **COMISSÃO ORGANIZADORA DA I JORNADA INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS**

Jucilaine Biberg – UMinho – Portugal  
Larissa Coelho – UMinho – Portugal  
Natália Carvalho – UMinho – Portugal  
Pietro Sarnaglia – UMinho – Portugal

## **COMISSÃO CIENTÍFICA DA I JORNADA INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS**

Ana Catarina Marinho – UMinho – Portugal  
Jucilaine Biberg – UMinho – Portugal  
Larissa Coelho – UMinho – Portugal  
Natália Carvalho – UMinho – Portugal  
Pietro Sarnaglia – UMinho – Portugal  
Sayuri Fujishima – UMinho – Portugal

## Ficha Técnica



Vol. II Ano II Nº 7 – Tomo II

Maio — Agosto 2014

Periódico Quadrimestral

ISSN 2182— 598X

Braga- Portugal  
4700-006

Indexador:



*O conteúdo dos artigos é de inteira responsabilidade dos autores.*

*Permite-se a reprodução parcial ou dos artigos aqui publicados desde que seja mencionada a fonte.*

Revista Onis Ciência, Vol II, Ano II, Nº 7 - Tomo II,  
Braga, Portugal, Maio — Agosto, 2014. Quadrimestral

www.revistaonisciencia.com  
revistaonisciencia@gmail.com  
Tel.: 351 964 952 864

### EDITOR:

Ribamar Fonseca Júnior  
Universidade do Minho – Portugal

### DIRETORA COORDENADORA:

Karla Haydê  
Universidade do Minho – Portugal

### CONSELHO EDITORIAL:

Bendita Donaciano  
Universidade Pedagógica de Moçambique – Moçambique

Camilo Ibraimo Ussene  
Universidade Pedagógica de Moçambique – Moçambique

Cláudio Alberto Gabriel Guimarães  
Universidade Federal do Maranhão – Brasil

Claudia Machado  
Universidade do Minho – Portugal

Carlos Renilton Freitas Cruz  
Universidade Federal do Pará – Brasil

Diogo Favero Pasuch  
Universidade Caxias do Sul – Brasil

Fabio Paiva Reis  
Universidade do Minho – Portugal

Hugo Alexandre Espínola Manguera  
Universidade do Minho – Portugal

Karleno Márcio Bocarro  
Universidade Humboldt de Berlim – Alemanha

Valdira Barros  
Faculdade São Luís - Brasil

### DIVULGAÇÃO E MARKETING:

Larissa Coelho  
Universidade do Minho—Portugal

### DESIGN GRÁFICO:

Ricardo Fonseca – Brasil

**TOMO II**

NOTA DO EDITOR.....	05
NOTA DA COMISSÃO ORGANIZADORA.....	06
APRESENTAÇÃO .....	08

**DIREITO DA CRIANÇA E ADOLESCENTE**

<i>O DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR DE CRIANÇA E ADOLESCENTE</i> <b>SILMARA VIANA DA SILVA .....</b>	<b>09</b>
---	-----------

**DIREITOS HUMANOS E DIGNIDADE HUMANA**

<i>A DISCRIMINAÇÃO DE TRABALHADORES PORTADORES DE HIV</i> <b>ELSA SILVA .....</b>	<b>25</b>
--	-----------

<i>DIREITOS HUMANOS EM FIM DE VIDA: O DIREITO AO ACESSO A CUIDADOS PALIATIVOS</i> <b>GISELA PATRÍCIA DUARTE DE ALMEIDA .....</b>	<b>42</b>
---	-----------

<i>“NAVEGAR É PRECISO, VIVER NÃO É PRECISO”. O DIREITO À IDENTIDADE DE GÊNERO E A FALÁCIA DO DETERMINISMO BIOLÓGICO.</i> <b>PIETRO VIEIRA SARNAGLIA.....</b>	<b>66</b>
---	-----------

**DIREITOS HUMANOS E PROTEÇÃO INSTITUCIONAL**

<i>O PRINCÍPIO FUNDAMENTAL DO ACESSO À JUSTIÇA EM UM JUDICIÁRIO MODERNO NO BRASIL</i> <b>ADRIANA LEMES FERREIRA .....</b>	<b>83</b>
--	-----------

<i>CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA, DIREITO COMPARADO LATINO-AMERICANO E HIERARQUIA DOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS NO BRASIL</i> <b>FLÁVIA DE ÁVILA .....</b>	<b>89</b>
--	-----------

<i>DIREITO AO AMBIENTE: UM DIREITO DE TODOS, UM DEVER DE CADA UM</i> <b>INÊS LANDOLT FERREIRA GOMES ABRUNHOSA</b> .....	106
<i>A HUMANIZAÇÃO DO DIREITO CONSULAR</i> <b>JEISON B. DE ALMEIDA</b> .....	119
<i>OBSERVATÓRIO DOS DIREITOS HUMANOS: A NÃO-VIOLÊNCIA EM AÇÃO</i> <b>LUÍS FILIPE GUERRA</b> .....	139
<i>A EXPERIÊNCIA DA DEFENSORIA PÚBLICA NA EFETIVIDADE DOS DIREITOS HUMANOS DE CRIANÇAS</i> <b>MÁRIO LIMA WU FILHO</b> .....	146
<i>FMI E O BANCO MUNDIAL – A PROMOÇÃO OU COERÇÃO DA DEMOCRACIA E DOS DIREITOS HUMANOS</i> <b>SAYURI ARAGÃO FUJISHIMA E PIETRO SARNAGLIA</b> .....	169

O conjunto de trabalhos que consubstancia esta 7ª edição da revista Onis Ciência, primeiro e segundo tomo, traduz, em particular, o resultado das reflexões dos mestrandos, mestres e estudiosos sobre Direitos Humanos, apresentadas na I Jornada Internacional de Direitos Humanos da Universidade do Minho, na discussão de temas específicos, reverberando-os na comunidade académica em busca de soluções para os graves problemas que afligem esta temática.

Neste sentido, a Revista Onis Ciência, quando procurada pela Organização da I Jornada Internacional de Direitos Humanos para ser parceira neste projecto, com a publicação dos artigos que nela foram apresentados, imediatamente aceitou a ideia, por vir ao encontro daquilo a que nos propusemos quando há dois anos lançamos a Revista: abrir, manter e se consolidar como um fórum de reflexão e difusão dos trabalhos de investigadores nacionais e estrangeiros, contribuindo, nos diferentes campos do conhecimento das ciências sociais, trazendo para o debate temas e enfoques que possam enriquecer a discussão sobre os mais diferentes aspectos desse importante campo das ciências.

Com a publicação desta coletânea, a Revista Onis Ciência pretende sinalizar a todos os investigadores, mestrandos ou doutorandos, ou àqueles que estão directamente envolvidos em investigações, assim como os responsáveis por Programas de Pós-graduação e instituições em geral, que estamos abertos, como veículo de comunicação, para a publicação do resultado de todo o processo de escrita/pesquisa/autoria de investigações nas Ciências Sociais.

**Ribamar Fonseca Júnior**  
Editor

A I Jornada Internacional de Direitos Humanos “Temas e Perspectivas na Contemporaneidade” foi realizada nos dias 25 e 26 de Outubro de 2012, no Auditório Nobre da Escola de Direito, Braga, Portugal. De iniciativa da turma do Mestrado de Direitos Humanos (MDH) – 6ª edição, do ano 2011/2012, o evento teve como objetivo a promoção da teoria e prática dos temas relacionados com os Direitos Humanos.

Com a colaboração dos autores e todos os presentes buscou-se debater, à medida que os temas foram sendo apresentados, os aspectos e a multidisciplinariedade temática existente nos estudos dos Direitos Humanos, divulgando assim à comunidade académica e à sociedade civil os diversos trabalhos desenvolvidos acerca da temática central. Desta forma foi proposto um diálogo entre o mundo académico e jurídico, às demais ciências e à sociedade em geral que também lidam com as mesmas questões.

Durante o evento se manteve um clima gratificante, tanto no decorrer das discussões quanto ao longo de dois dias com grande participação de docentes, discentes, pesquisadores e profissionais em geral, vinculados à área dos Direitos Humanos e da sociedade civil, provenientes da UMinho e de diversas instituições de ensino superior, houve também uma forte presença da comunidade bracarense. E neste sentido, é de suma importância a divulgação dos artigos, que compõem 7ª Edição da Revista Onis Ciência, para que o leitor possa avaliar a relevância dos assuntos apresentados e estudados, para que sirva como contribuição à realização de novas pesquisas.

Agradecemos a todos aqueles que contribuíram para a realização desta I Jornada Internacional de Direitos Humanos, destacando o apoio dado pela Universidade do Minho, Escola de Direito e seus docentes, o centro de pesquisa Direitos Humanos – Centro de Investigação Interdisciplinar, a Fundação para Ciência e Tecnologia (FCT), às editoras Quid Juris, Juruá, à Professora Ms. Olívia Gomes que nos brindou com o lançamento de seu livro *Violência Doméstica e Migrações*, à floricultura Flor das

Travessas, as empresas do ramo da restauração Quinta do Xisto e Mercado das Tapas, a Braga 2012 Capital Europeia da Juventude, a Guimarães 2012 Capital Europeia da Cultura, à Cruz Vermelha Portuguesa – Delegação de Braga, à design Helena Mota, à equipe da Revista Onis Ciência na figura do seu editor e especialmente aos mestrandos da 6ª edição do Mestrado em Direitos Humanos/UMinho que de diferentes formas nos acompanharam ao longo da organização e realização desta Jornada.

*Comissão Organizadora*

Braga, outubro de 2014.

Os textos que agora se publicam foram apresentados na I Jornada Internacional de Direitos Humanos organizada na Universidade do Minho.

Esta Jornada, que ocorreu nos dias 25 e 26 de outubro de 2012, no edifício da Escola de Direito da Universidade do Minho, surgiu de uma iniciativa dos estudantes do Mestrado em Direitos Humanos, que quiseram organizar um evento que lhes permitisse mostrar o trabalho feito no Mestrado em prol do estudo da situação dos direitos humanos no mundo. Assim que esta iniciativa dos alunos foi comunicada à Comissão Diretiva do Mestrado, foi de imediato por nós acolhida com entusiasmo.

A nossa tarefa consistiu, no entanto, apenas num apoio discreto à organização, porque o trabalho de realização desta Jornada, de divulgação e de coordenação dos trabalhos foi todo dos estudantes, que imprimiram ao evento um dinamismo e uma juventude muito particulares. O Mestrado em Direitos Humanos tem, por isso, uma dívida de gratidão para com os organizadores, sendo justo prestar aqui uma homenagem ao trabalho da Larissa Coelho, da Natália Carvalho, da Jucilaine Biberg e do Pietro Sarnaglia.

Enquanto parte da direção do Mestrado em Direitos Humanos cabe-nos agora a tarefa de contagiar os estudantes dos anos seguintes com o entusiasmo gerado por estas Jornadas de modo a conseguir que esta iniciativa adquira alguma regularidade e continue a ser ponto de encontro e oportunidade de convívio e troca de ideias entre pessoas, de origens, de formações e atividades profissionais diversas, que partilham os interesses comuns.

*Andreia Sofia Pinto Oliveira*

Diretora do Mestrado em Direitos Humanos

## O DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR DE CRIANÇA E ADOLESCENTE

SILMARA VIANA DA SILVA<sup>1</sup>  
[sil\\_mara80@hotmail.com](mailto:sil_mara80@hotmail.com)

### RESUMO

A convivência familiar é um direito humano consagrado na Convenção sobre os Direitos da Criança, acolhido na Constituição brasileira junto a outros importantes princípios fundamentais dos direitos da criança, que marcam o início da doutrina da proteção integral. É a partir da vida saudável no núcleo familiar que crianças e adolescentes levam para a vida adulta as noções de cidadania, de respeito e de convivência harmônica na esfera social. Para que a criança tenha garantido o direito à convivência familiar e comunitária é imprescindível o apoio da família, da comunidade e do Estado, entretanto, apesar da moderna legislação a pobreza, a desigualdade social e outros fatores, tem sido barreiras de difícil transposição para efetivação do sagrado direito à convivência familiar indispensável para criar, educar, proteger e garantir o desenvolvimento das crianças em condições de dignidade.

**PALAVRAS - CHAVE:** Criança; Adolescente; Direito; Convivência Familiar.

### INTRODUÇÃO

O presente trabalho aborda a relevância da concretização dos direitos de crianças e adolescentes à convivência familiar e comunitária a partir das transformações históricas ocorridas no contexto da sociedade após o advento da Convenção sobre os Direitos da Criança, aprovada pela Assembleia Geral da ONU, em 1989, e ratificada por 193 países numa clara demonstração universal por mudanças nos direitos da criança.

---

<sup>1</sup>Bacharel em Direito pelo Centro Universitário do Norte - UNINORTE, Mestranda em Direitos Humanos pela Universidade do Minho - UMINHO ([sil\\_mara80@hotmail.com](mailto:sil_mara80@hotmail.com)).

No Brasil, a Convenção foi ratificada e positivada em 1990, no mesmo ano em que foi promulgado o Estatuto da Criança e Adolescente, transformando-se no marco histórico da mudança de paradigma com o reconhecimento de que a criança é um ser muito especial, com características biopsicossociais específicas, com delicadeza de corpo e espírito, merecedor de respeito e dignidade humana, e na linguagem jurídica é sujeito de direitos próprios com o direito a ter sua opinião devidamente considerada.

O reconhecimento da criança e do adolescente como sujeitos de direitos é o resultado de um processo construído e marcado por transformações ocorridas na sociedade e na família. Tem origem nas lutas emancipatórias pela garantia dos direitos humanos e positivados em importantes documentos internacionais vinculativos de proteção e garantia dos direitos de crianças e adolescentes.

Para que a criança tenha concretizado o direito à convivência através dos princípios estabelecidos na Convenção sobre os Direitos das Crianças e na Constituição brasileira em condições de exequibilidade, deve-se criar mecanismos de proteção e garantia para romper com práticas deletérias herdadas da doutrina anterior; devem ser levado em conta a criança com a qualidade de sujeito de direitos; fazer valer o seu interesse superior e, sobretudo, dar o devido respeito e o tratamento com a dignidade que se deve ter todas às crianças, indiscriminadamente, especialmente àquelas excluídas do direito à convivência familiar e comunitária.

Apesar de garantidos os direitos em vários documentos, o Estado tem dado pouca ou nenhuma importância na implementação das políticas de fortalecimento da família, como forma de garantir a permanência da criança no seio da sua família. Fatores como a pobreza e a desigualdade social tem sido um dos grandes responsáveis para que crianças tenham direito a convivência familiar e comunitária, pois é através de um conjunto articulado de ações que a família, a sociedade e o Estado, devem exercer e garantir o cumprimento desses inalienáveis e imprescritíveis direitos de crianças e adolescentes.

## **1. A CRIANÇA COMO SUJEITO DE DIREITOS**

O reconhecimento de crianças e adolescentes como sujeitos de direitos é resultado de um processo histórico muito recente, mas marcado por profundas transformações ocorridas no Estado, na sociedade e na família<sup>2</sup>.

Conforme Ariès, por muitos séculos as crianças foram vistas a partir de um olhar adultocêntrico – o adulto considerado o centro do universo – com isso cabia à criança e ao adolescente subjugados a um status inferior em satisfazer as vontades dos adultos. Na idade média, por exemplo, a criança era compreendida como um adulto em miniatura, era-lhe exigido realizar as mesmas atividades destinadas aos adultos, não se dispensava nenhum tratamento diferenciado em razão de sua fragilidade física, sobre seus ombros pesavam a mesma carga de trabalho.

Existia um sentimento pouco afetoso com a criança, durante os primeiros anos de vida, o adulto brincava com a criança, como se fosse um brinquedinho, ou um animal de estimação, não se dispensava tratamento atencioso às crianças. Se nessa fase a criança morresse, como acontecia com muita frequência, pela falta de cuidados indispensáveis, algumas pessoas poderiam ficar desoladas, no entanto, a regra geral era a de não dar tanta importância, pois afinal de contas essa criança seria substituída por outra em seu lugar que nasceria em breve<sup>3</sup>.

A preocupação em reconhecer a criança com a qualidade de um ser especial, sujeito de direitos, merecedora de proteção e cuidados especiais surgiu efetivamente a partir da década de 80 do século XX, apesar de antes constar na Declaração de Genebra de 1924 sobre os Direitos da Criança, na Declaração dos Direitos da Criança adotada pela Assembléia Geral em 20 de novembro de 1959, reconhecida na Declaração Universal dos Direitos Humanos, no Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos, em particular nos artigos 23º e 24º, e no artigo 10º do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

A Convenção sobre os Direitos da Criança, adotada pela ONU em 1989 e ratificada pelo Brasil em 1990, destaca-se por ter sido o tratado internacional com o maior número de ratificações, contando até a presente data com 193 Estados-partes, deixando de forma bastante clara o desejo por mudanças nos direitos das crianças construídos lentamente e de forma silenciosa com os documentos que antecede a Convenção.

---

<sup>2</sup>BRASIL. *Plano Nacional de Promoção e Defesa dos Direitos de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária*. Secretaria Especial dos Direitos Humanos. Brasília – DF, Conanda, 2006.p.28.

<sup>3</sup>ARIÈS, Philippe. *A Criança e a Vida Familiar no Antigo Regime*. 2.ª ed., Rio de Janeiro, Antropos, 1981. p. 10.

Para Piovesan, “esse novo paradigma fomenta a doutrina da proteção integral à criança e ao adolescente e consagra uma lógica e uma principiologia própria voltada a assegurar a prevalência e a primazia do interesse superior da criança e do adolescente”, e ressalta a qualidade de sujeitos de direitos, tendo em conta sua peculiar condição de seu desenvolvimento físico e moral<sup>4</sup>.

A Convenção sobre os Direitos da Criança reafirma o princípio da dignidade da pessoa humana e traz um catálogo abrangente de direitos a serem garantidos com prioridade à criança e ao adolescente, abarcando todas as áreas definidas como direitos humanos. O reconhecimento da criança e adolescente como sujeitos de direitos, a serem protegidos e garantidos pelo Estado, com prioridade absoluta em face de outros importantes titulares de direitos, esclarece Santos, “implica não apenas a sua consagração como direitos fundamentais, direitos humanos, mas a primazia de proteção tem como corolário a valoração e a dignidade da pessoa humana, no caso, pessoas humanas especiais”<sup>5</sup>.

Sobre o princípio da dignidade da pessoa humana, vale ressaltar o ensinamento como escreve Sarlet:

Consagrando expressamente, no título dos princípios fundamentais, a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do nosso Estado democrático (e social) de direito (artigo 1º, inciso III, da Constituição brasileira), o nosso Constituinte de 1988 – a exemplo do que ocorreu em outros países, na Alemanha –, além de ter tomado uma decisão fundamental a respeito do sentido, da finalidade e da justificação do exercício do poder estatal e do próprio Estado, reconheceu categoricamente que é o Estado que existe em função da pessoa humana, e não o contrário, já que o ser humano constitui a finalidade precípua, e não o meio da atividade estatal<sup>6</sup>.

O fato de crianças e adolescentes terem direitos significa que são sujeitos de direito, titulares das obrigações assumidas na Convenção, na Constituição e no Estatuto da Criança e Adolescente (Lei 8.069/90) por parte da família, da sociedade e do Estado.

Para proteger a criança e o adolescente na família e na comunidade, ou prestar-lhes cuidados alternativos temporários, quando afastados do convívio com a família de origem, conforme consta no Plano de Promoção, Proteção e Defesa dos Direitos de Crianças e Adolescentes, são, antes de tudo e na sua essência, para além de meros atos de generosidade, beneficência, caridade ou piedade, o cumprimento de deveres para com a

<sup>4</sup>PIOVESANA, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. 3. ed., São Paulo, Saraiva, 2009. p. 281.

<sup>5</sup>SANTOS, Eliane Araque, Criança e Adolescente: sujeitos de direitos, *Revista Inclusão Social*, v.2, n.º 1, 2007, p. 130- 134.

<sup>6</sup>SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3ª ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2004, p. 65.

criança e o adolescente e o exercício da responsabilidade da família, da sociedade e do Estado<sup>7</sup>.

## 2. A FAMÍLIA COMO NÚCLEO ESSENCIAL

A Convenção sobre os Direitos da Criança traz no preâmbulo a ideia de que a família é o lugar privilegiado e o mais adequado ao desenvolvimento da criança e do adolescente. Esta idéia está expressamente contida no artigo 227 da Constituição Brasileira, ao atribuir dever a família, a sociedade, e ao Estado para assegurar, com absoluta prioridade, o direito à convivência familiar e comunitária, e no Estatuto da Criança e do Adolescente particularmente nos artigos 19 ao artigo 52, segundo a qual “toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes”<sup>8</sup>.

A Convenção sobre os Direitos da Criança, adotada em 1989 pelas Nações Unidas, reconhece, em seu preâmbulo, “que a criança, para o pleno e harmonioso desenvolvimento de sua personalidade, deve crescer no seio da família, em um ambiente de felicidade, amor e compreensão”. A família é tida, então, como o “grupo fundamental da sociedade e ambiente natural para o crescimento e o bem-estar de todos os seus membros, e em particular das crianças”<sup>9</sup>.

No Brasil, tanto a Constituição quanto o Estatuto da Criança e do Adolescente determinam como dever da família, em primeiro lugar, da comunidade, da sociedade, e do Estado assegurar a crianças e adolescentes os direitos fundamentais, incluindo, entre eles, o direito à convivência familiar e comunitária<sup>10</sup>. Esse último é expresso da seguinte forma: “toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta”<sup>11</sup>.

---

<sup>7</sup>BRASIL, Presidência da República, Secretaria Especial dos Direitos Humanos. *Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa dos Direitos de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária*, Conselho dos Direitos da Criança e do Adolescente, Brasília – DF, CONANDA, 2006. p. 28.

<sup>8</sup>Lei 8.069, de 13 de Julho de 1990, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências.

<sup>9</sup>Convenção sobre os Direitos da Criança, adotada pela Assembléia Geral nas Nações Unidas em 20 de Novembro de 1989 e ratificada pelo Brasil através do Decreto nº 99.710, de 21 de Novembro de 1990.

<sup>10</sup>Constituição da República Federativa do Brasil, artigo 227, e Estatuto da Criança e do Adolescente, artigo 40.

<sup>11</sup>Estatuto da Criança e do Adolescente, artigo 19.

A sociedade brasileira passou no último século por profundas transformações econômicas e sociais e um grande crescimento demográfico. A família movida por novos valores sociais tem ganhado diferentes arranjos, entre relações de consanguinidade, afinidade e descendência, tais desideratos não a enfraquecem, não lhe retira a qualidade de ser a base da sociedade. Sob seus mais variados arranjos a família continua a receber a indispensável proteção do Estado, com a reafirmação do texto contido no preâmbulo que abre a Convenção dos Direitos da Criança, “convictos de que a família, elemento natural e fundamental da sociedade e meio natural para o crescimento e bem-estar de todos os seus membros, em particular as crianças, deve receber a proteção e a assistência necessárias para desempenhar plenamente o seu papel na comunidade”<sup>12</sup>.

A partir da década de 1950, os novos valores em torno do conceito de família foram introduzidos com a aceleração da urbanização e o crescente processo de industrialização. Por sua vez, fatores como as mudanças no ideário feminino de 1960 interferiram profundamente nas relações culturais de gênero. Acrescente-se ainda o fato de que a crise econômica, iniciada nos anos 1980, provocou o desemprego em massa do homem adulto e a conseqüente intensificação da participação feminina no mundo do trabalho, causando forte impacto sobre a dinâmica intrafamiliar<sup>13</sup>.

Diante das mudanças ocorridas na sociedade brasileira, resultou na diminuição do tamanho das famílias e na diversificação dos arranjos familiares que se observam hoje, com destaque para o aumento do número de famílias monoparentais; família composta pelos cônjuges e filhos de casamentos anteriores; de famílias compostas por membros de várias gerações; dos domicílios multifamiliares, com várias famílias juntas; além da tradicional ou “natural”.

Com relação ao conceito de família, há que se ressaltar que a família como “padrão” ou “natural” raramente corresponde à diversidade vivenciada na realidade social. Entretanto, com frequência é o modelo tradicional de família que orienta as políticas e as leis, e também a maior parte dos registros históricos e estudos científicos<sup>14</sup>.

A instituição familiar na contemporaneidade é baseada no afeto, pois se apresenta com uma diversidade de organizações no contexto histórico, social e cultural, e

---

<sup>12</sup>Convenção Sobre os Direitos da Criança de 1989.

<sup>13</sup> SILVA, Enid Rocha Andrade (coord.). *O direito à convivência familiar e comunitária: os abrigos para crianças e adolescentes no Brasil*. Brasília, IPEA/CONANDA, 2004. p.214.

<sup>14</sup>FUKUI, Lia. *Família: conceitos, transformações nas últimas décadas e paradigmas*. In SILVA, L. A. Palma e; STANISCI, S. A. e BACCHETTO, S. *Famílias: aspectos conceituais e questões metodológicas em projetos*. Brasília, MPAS/SAS, São Paulo, FUNDAP, 1998. p. 16-17.

que o modelo ideal de família é um mito, devido à complexidade e riqueza dos vínculos afetivos. Portanto, seja qual for o arranjo é na família que a criança cresce e se desenvolve, “o papel da família é servir, apoiar, confiar, ajudar, orientar e aconselhar uns aos outros. Assim a família poderia ser a equipe afetiva mais forte e satisfatória constante na vida de cada um dos seus integrantes”<sup>15</sup>.

A primeira definição que surge dessa realidade social é que, além da relação parentalidade/filiação diversas outras relações de parentesco compõem uma “família extensa”, isto é, uma família que se estende além da unidade pais/filhos ou da unidade casal, estando ou não dentro de um mesmo domicílio: meio-irmãos, avós, tios e primos de diversos graus”<sup>16</sup>.

Os Estados democráticos de direito tem na família a unidade básica da sociedade e, como tal deve ser privilegiada. Por expressão constitucional a família deve receber proteção e apoios completos independentemente da formação que possam adquirir ou se ajustar. A proteção, a educação e o desenvolvimento da criança são, em princípio, responsabilidade da família. O Estado e suas instituições devem respeitar os direitos da criança, assegurar o seu bem-estar e dar assistência apropriada aos pais tendo em conta e sem interferência no modelo de família em que vivem, para que possam crescer em um meio seguro e estável, em um ambiente de felicidade, amor e compreensão, tendo em mente que em diferentes sistemas culturais, sociais e políticos existem várias formas de família.

Diante do exposto, apesar do reconhecimento sociológico e cultural sobre os novos arranjos familiares, o reconhecimento jurídico e as políticas governamentais de inclusão das famílias ainda se encontra impedimentos para a concretização plena dos direitos das crianças à convivência familiar.

### **3. A CRIANÇA: SUAS VULNERABILIDADES E O RISCO SOCIAL**

A vulnerabilidade geralmente está ligada a pobreza e as desigualdades sociais, para Castel a infância baseia-se na seguinte fórmula: infância + pobreza = risco = perigo. A

---

<sup>15</sup>TIBA, Içami. *Família fechada para balanço*. UOL, Educação. Disponível em: <<http://educacao.uol.com.br/>> [19/09/2012].

<sup>16</sup>NASCIMENTO, Marcio do. *Convivência Familiar e Comunitária uma Questão de Prioridade Absoluta*. Disponível em: <<http://www.mp.go.gov.br/>> [18/09/2012]

infância pobre vem se constituindo e sendo compreendida como um problema político e econômico, que exige esforços no sentido do seu ordenamento e controle<sup>17</sup>.

Com a entrada em vigor do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) em 1990, é introduzida a “doutrina da proteção integral”, em consonância com os direitos assegurados e protegidos na Convenção, superando a “doutrina de situação irregular” vigente anteriormente, época em que no Brasil a infância era dividida de duas formas, de um lado crianças inseridas na família e de outros menores irregulares, envolvidos com a lei penal; os órfãos e os abandonados em situação de risco, em total vulnerabilidade.

Embora o Estatuto da Criança e Adolescente não utilize o termo risco<sup>18</sup>, o artigo 98, nas disposições gerais relativas às medidas de proteção, postula que as “medidas de proteção à criança e ao adolescente são aplicáveis sempre que os direitos reconhecidos nesta lei forem ameaçados ou violados”, levando a pensar que havendo ameaça de violação, existe um perigo, uma probabilidade, uma incerteza, ou seja, risco.

Assim a ameaça está calcada em uma suspeita de violação de direitos, tanto que, na interpretação de Gomes Costa<sup>19</sup>, as medidas de proteção especial direcionam-se àqueles que se encontram em situação de risco social e pessoal, sublinhando que, neste caso, estas medidas não se referem ao universo da população infantojuvenil, mas se voltam, especificamente, para a *chamada infância em situação de risco*, isto é, para aquelas crianças ou adolescentes que se encontram em circunstâncias particularmente difíceis da vida.

O ambiente mais adequado para o desenvolvimento intelectual, moral, educacional e social da criança é a família. Por isso, o Estado e a Sociedade têm sua parcela de responsabilidades assumida na Constituição, lhes cabe o dever<sup>20</sup> de promover programas e ações políticas de proteção a permanência das crianças na família ou sua reinserção daquelas considerada sem situação de risco pessoal ou social.

---

<sup>17</sup>CASTEL, R. *A gestão dos riscos da antipsiquiatria à pós-psicanálise*. Rio de Janeiro, RJ, Francisco Alves, 1987. p. 195.

<sup>18</sup>Conforme Cavallieri, no anteprojeto do ECA, constava a expressão situação de risco, sendo que, no entender do desembargador Amaral e Silva esta deveria ser retirada, uma vez que repetia a idéia de situação irregular do Código de Menores.

<sup>19</sup> COSTA, A.C Gomes da. *É possível mudar: A criança, o adolescente e a família na política social do município*. São Paulo, Malheiros, 1993.

<sup>20</sup>Art. 227 da Constituição da República Federativa do Brasil.

Esses deveres são baseados em quatro importantes princípios fundamentais destacados da Convenção<sup>21</sup>: o princípio da não discriminação, consagrado no artigo 2º, todas as crianças são iguais, independentemente de qualquer consideração de raça cor, sexo, língua, religião, opinião pública ou outra da criança, de seus pais ou representantes legais, ou da sua origem nacional, étnica ou social, fortuna, incapacidade, nascimento ou de qualquer outra situação; princípio do interesse superior, plasmado no artigo 3º, segundo o qual deverá os interesses protegidos da criança ter prevalência sobre outros importantes sujeitos de direitos; princípio da dignidade à vida, à sobrevivência e ao desenvolvimento, estabelecido no artigo 6º; princípio pelo respeito as opiniões da criança, contido no artigo 12, a criança é livre para exprimir a sua opinião que deverá ser devidamente tomada em consideração, deve ser assegurada a oportunidade de ser ouvida nos processos judiciais e administrativos que lhes digam respeito.

A relação entre vulnerabilidade e direitos para crianças e adolescentes expressa a ideia da intenção de bloquear as ações que os impedem de experimentar o bem-estar na infância. Deste modo, é preciso rever as formas de realização da proteção social, utilizando-se da segurança jurídica para viabilizar a produção de bem-estar tanto no espaço público quanto doméstico. Trata-se de direcionar a política social para a redução dos fatores de vulnerabilidade que ameaçam o bem-estar da população infanto-juvenil.

Entre os fatores de vulnerabilidades das crianças e adolescentes pode-se destacar quatro<sup>22</sup>: a) pobreza; b) baixa escolaridade; c) exploração do trabalho infantil e d) privação da convivência familiar e comunitária.

A segurança transmitida na convivência familiar e comunitária, que, se vivida de forma saudável é crucial para oferecer as bases necessárias ao amadurecimento e à constituição de uma vida adulta também saudável, é uma experiência que deve ser garantida pelo direito da criança e adolescente. Por isso, a privação do direito à convivência familiar e comunitária, assim como a pobreza, a exclusão da escola e a exploração do trabalho, traduz-se em crianças e adolescentes desprotegidos.

#### **4. PROTEÇÃO À CRIANÇA E ASSISTÊNCIA ESPECIAL DO ESTADO**

---

<sup>21</sup>Estes quatro princípios gerais foram assim definidos pelo Comitê dos Direitos da Criança da ONU e destinam-se a auxiliar a interpretação da Convenção como um todo.

<sup>22</sup>UNICEF. *O direito de ser adolescente: oportunidade para reduzir vulnerabilidades e superar desigualdades*, Fundo das Nações Unidas para a Infância. Brasília, DF, 2011. p.29.

Conforme descrito no estudo, há casos em que a criança poderá estar em perigo pessoal ou social, e nestes o Estado e a Sociedade passam a desempenhar papel importantíssimo na vida da criança por força da responsabilidade assumida pelos Estados partes na Convenção dos Direitos da Criança e, principalmente, decorrentes dos princípios adotados na Constituição Brasileira.

Nestes termos, a criança e o adolescente têm o direito à proteção de todos, da família, do Estado e da sociedade. Este direito à proteção emerge quando seus direitos são violados ou negligenciados por omissão do Estado, por erro ou falta dos pais ou responsáveis ou quando crianças e adolescentes têm um comportamento que pode lhes causar um dano ou pôr em perigo a sua saúde ou risco de morte<sup>23</sup>.

No que diz respeito ao princípio da prioridade absoluta, do princípio do superior interesse e da garantia de outros importantes direitos da criança e do adolescente, o Estado deve se responsabilizar por oferecer serviços adequados e suficientes a prevenção e superação das situações da violação de direitos, possibilitando o fortalecimento dos vínculos familiares e sócios comunitários. O apóio às famílias e a seus membros devem ser concretizado na articulação eficiente da rede de atendimento das diferentes políticas públicas garantindo o acesso a serviços de educação, de saúde, de geração de trabalho e renda, de cultura, de esporte, de assistência social, dentre outros<sup>24</sup>.

A Convenção contempla no artigo 20, que a criança que for privada do seu ambiente familiar tem direito a proteção e a assistência especial do Estado; quer dizer, que os Estados signatários devem assegurar a tais crianças uma proteção alternativa nos termos da sua legislação nacional. A proteção alternativa pode incluir entre outras formas de colocação familiar: a adoção ou quando se mostrar necessário a colocação em estabelecimentos adequados de assistência as crianças.

No direito brasileiro está previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente pelo menos quatro possibilidades alternativas de convivência familiar e comunitária que são: a adoção, a guarda, tutela e o acolhimento institucional<sup>25</sup>.

---

<sup>23</sup>DEFENSORIA PÚBLICA. A Defesa dos Direitos Fundamentais de Criança e do Adolescente. *Anais da Defensoria Especializada de Infância e Juventude*. Belo Horizonte, 2011, p.5.

<sup>24</sup>BRASIL, Presidência da República, Secretaria Especial dos Direitos Humanos, *Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária*, Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente, Brasília - DF, Conanda, 2006, p.65.

<sup>25</sup>ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS, *Adoção passo-a-passo*. (Cartilha) Brasília, AMB, 2007. Disponível em: <<http://www.amb.com.br/>> [19/07/2012].

Quanto ao instituto da *adoção*, toda criança ou adolescente cujos pais são falecidos, desconhecidos ou foram destituídos do poder paternal ou poder familiar têm o direito a crescer e se desenvolver em uma família substituta e, para estes casos, levando em conta o princípio do superior interesse, deve ser priorizada a adoção que lhes atribui uma condição de filho e a integração numa família definitiva.

A palavra adotar vem do latim *adoptare*, que significa escolher, perfilhar, dar o seu nome a, optar, ajuntar, escolher, desejar. Do ponto de vista jurídico, a adoção é um procedimento legal que consiste em transferir todos os direitos e deveres dos pais biológicos (poder parental) para uma família substituta, conferindo para os adotados todos os direitos e deveres de filho, quando e somente forem esgotados todos os recursos para que a convivência com a família original seja mantida<sup>26</sup>.

A adoção é uma medida excepcional, conforme artigo 41 do Estatuto da Criança, que garante o direito fundamental das crianças e adolescentes à convivência familiar e comunitária, e que deve priorizar as reais necessidades e o interesse superior da criança e do adolescente prevista no artigo 28 do ECA.

É preciso mudar o paradigma tradicional segundo o qual a adoção tem a finalidade precípua de dar filhos a quem não os têm, pois que não deve estar, centrada no interesse dos adultos, na ordem jurídica vigente é a criança que tem o direito a uma família.

Essa medida de garantia de convivência familiar é irrevogável e irreatável, constitui medida de extrema importância para a formação da criança e/ou do adolescente que está sendo inserido em um novo núcleo familiar. Ademais, através desse processo, o filho oriundo da adoção passa a ocupar posição de igualdade entre os filhos, desvinculando-se da família biológica<sup>27</sup>.

Com o intuito de agilizar os processos de adoção e minorar o tempo de espera, mormente para proteção do melhor interesse da criança e do adolescente o legislador no Estatuto da Criança e do Adolescente previu no artigo 50º a criação de um cadastro estadual de crianças e adolescentes em condições de serem adotados, e de pessoas e casais habilitados para a adoção.

---

<sup>26</sup>BRASIL. Presidência da República, Secretaria Especial dos Direitos Humanos, *Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária*, Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente, Brasília - DF, Conanda, 2006, p.68.

<sup>27</sup>BRASIL.Presidência da República, Secretaria Especial dos Direitos Humanos, *Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária*, Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente, Brasília - DF, Conanda, 2006, p.68.

Entretanto, o cadastro tem-se revelado contrário aos interesses superiores de crianças, a medida em que são os adotantes quem fazem as escolhas e por circunstâncias diversas têm sido preterido: os grupos de irmãos; as crianças maiores de três anos de idade e adolescentes; aquelas com deficiência ou com necessidades específicas de saúde; os afrodescendentes ou pertencentes a minorias étnicas, negando a esses grupos de excluídos o direito à convivência familiar e comunitária<sup>28</sup>.

O instituto da *guarda* é uma medida legal temporária e revogável, prevista nos artigos 33 ao 35 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que visa proteger crianças e adolescentes que não podem ficar com seus pais e que a adoção não se revela no interesse superior da criança. A guarda é a medida de proteção em que, os cuidadores, ou seja, a família em sentido extenso, parentes próximos ou pessoas de extrema confiança, adquirem a partir da convivência com a criança ou adolescente, que não pode ficar com os seus genitores, uma responsabilidade parental temporária.

Na espécie, os vínculos familiares ficam preservados, a guarda não altera a filiação, tampouco o registro civil, e pode ser modificada a qualquer momento por decisão judicial. O guardião fica responsável pela assistência moral, material e educacional da criança até completar 18 anos, ou seja, o guardião torna-se seu responsável legal por prazo determinado<sup>29</sup>.

Pode a guarda da criança ou adolescente decorrer de procedimento prévio à adoção, como um estágio de convivência, ou em decorrência de fatos contrários aos interesses dos genitores, nos casos fortuitos ou força maior, com vigência até cessar os motivos que justificaram a concessão da guarda ou, ainda, até a criança completar a maioridade civil<sup>30</sup>.

A *tutela* é outro instituto que visa garantir a convivência familiar à criança, corresponde ao poder instituído judicialmente a qual nomeia um tutor para proteger e administrar os bens das pessoas menores de 18 anos de idade e que se encontram em uma

---

<sup>28</sup>BRASIL. Presidência da República, Secretaria Especial dos Direitos Humanos, *Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária*, Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente, Brasília - DF, Conanda, 2006, p. 68.

<sup>29</sup>SCUSSEL, Renato Rodvalho, et all., *Adoção Orientações as Gestantes: Guarda e Tutela*, Primeira Vara da Infância e da Juventude do Distrito Federal, Brasília/DF, SECOM, s/d. Disponível em:< [www.tjdft.jus.br/](http://www.tjdft.jus.br/)> [10/08/2012].

<sup>30</sup>SCUSSEL, Renato Rodvalho, et all., *Adoção Orientações as Gestantes: Guarda e Tutela*, Primeira Vara da Infância e da Juventude do Distrito Federal, Brasília/DF, SECOM, s/d. Disponível em:< [www.tjdft.jus.br/](http://www.tjdft.jus.br/)> [10/08/2012].

das situações de risco listadas pelo artigo 98 do Estatuto da Criança e do Adolescente<sup>31</sup>. A tutela somente pode ser conferida a um adulto civilmente capaz, na falta permanente dos pais, devido à destituição do poder familiar ou falecimento, até que o tutelado complete a maioridade civil. Encontra fundamento nos artigos 36 a 38 do ECA. A tutela assim como a guarda, podem ser revogadas<sup>32</sup>.

Por fim, a *institucionalização*, forma menos indicada de convivência familiar, por isso, excepcionalíssima, é a medida de proteção que indique o afastamento da criança e do adolescente de seu contexto familiar, por suspensão temporária ou ruptura dos vínculos atuais do poder parental. Assim, deve ser aplicada apenas em casos onde a situação de perigo pessoal ou social afete a integridade do desenvolvimento da criança e do adolescente, é quando se deve pensar no afastamento temporário ou definitivo de sua família de origem<sup>33</sup>.

Na família, a criança mantém os contatos mais íntimos, já que é o primeiro grupo social a que ela pertence, nenhum outro ambiente que não seja a família, por melhor estruturado que possa parecer, possui condições para o seu desenvolvimento psicossocial, conforme afirma Symanski, “uma instituição não substitui uma família, mas com atendimento adequado, pode dar condições para a criança e o adolescente desenvolverem uma vida saudável no futuro”<sup>34</sup>.

As instituições de acolhimento de crianças e adolescentes podem ser governamentais ou não-governamentais geridas com recursos públicos ou privados. Seus objetivos sociais são exclusivamente destinados a receberem crianças e adolescentes desprotegidos, vítimas de maus-tratos, em estado de abandono pessoal ou social e decorrente de destituição judicial do poder paternal<sup>35</sup>.

Quando esgotados todos os meios de manutenção da criança e do adolescente na família e na comunidade, o acolhimento em instituição é indicado de forma temporária e com a maior brevidade, para que volte ao convívio familiar de forma célere ou até o

---

<sup>31</sup> Conforme o art. 98 do ECA as medidas de proteção à criança e ao adolescente são aplicáveis sempre que os direitos reconhecidos nesta Lei forem ameaçados ou violados: I - por ação ou omissão da sociedade ou do Estado; II - por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável; III - em razão de sua conduta.

<sup>32</sup> SCUSSEL, Renato Rodvalho, et all., *Adoção Orientações as Gestantes: Guarda e Tutela*, Primeira Vara da Infância e da Juventude do Distrito Federal, Brasília/DF, SECOM, s/d. Disponível em: <[www.tjdft.jus.br/](http://www.tjdft.jus.br/)> [10/08/2012].

<sup>33</sup> RIZZINI, Irene; RIZZINI, Irma. *A institucionalização de crianças no Brasil: percursos histórico e desafios do presente*. Rio de Janeiro, Editora PUC – Rio, Loyola, 2004.p.48.

<sup>34</sup> SYMANSKI, Heloisa. *A relação família/escola: desafios e perspectivas*. Brasília, Plano, 2001.

<sup>35</sup> SILVA, Enid Rocha Andrade (coord.). *O direito à convivência familiar e comunitária: os abrigos para crianças e adolescentes no Brasil*. Brasília, IPEA/CONANDA, 2004, p.215.

momento em que os familiares possam recuperar sua capacidade de acolher a criança de volta, ou ainda, caso isso não seja mais possível, até que a criança possa ser colocada em uma família substituta<sup>36</sup>.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Podemos observar no contexto da evolução da sociedade que a família é lugar essencial a humanização e a socialização de crianças e adolescentes.

Diante de todas as conquistas na seara dos direitos de crianças e adolescentes, entendemos que existe uma importante e válida preocupação com a efetivação desses direitos, através da aplicação dos princípios da prioridade absoluta, da proteção integral e do interesse superior de crianças e adolescentes.

Crianças e adolescentes têm direito a uma família, cujos vínculos devem ser protegidos pela sociedade e pelo Estado. Nas situações de risco e enfraquecimento desses vínculos familiares, as estratégias de atendimento devem esgotar as possibilidades de preservação dos laços afetivos antes da institucionalização nas entidades de acolhimento.

No caso de ruptura desses vínculos o Estado é o responsável pela proteção das crianças e dos adolescentes, incluindo o desenvolvimento de programas, projetos e estratégias que possam levar à constituição de novos vínculos familiares e comunitários, propiciando as políticas públicas necessárias para a formação de novos vínculos que garantam o direito a convivência familiar e comunitária.

Apesar dos avanços introduzidos pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, observa-se em grande parte a omissão e fragilidade das políticas de fortalecimento dos vínculos familiares, existe ainda resistência por parte do governo a implementar a doutrina da proteção integral que tem a convivência familiar e comunitária seu marco fundamental.

É preciso rever práticas que continuam a violar e negar o direito a convivência de crianças e adolescentes, estimulando-se a implementação de políticas públicas para fortalecimento dos vínculos familiares e, quando isso não for possível, a passagem da criança nas instituições de acolhimento seja efetivamente brevíssima no sentido de que possam ser integradas em uma nova família.

---

<sup>36</sup> SILVA, Enid Rocha Andrade (coord.). *O direito à convivência familiar e comunitária: os abrigos para crianças e adolescentes no Brasil*. Brasília, IPEA/CONANDA, 2004, p.225.

## BIBLIOGRAFIA

- ARIÈS, Philippe. *A Criança e a Vida Familiar no Antigo Regime*. 2.<sup>a</sup> ed., Rio de Janeiro, Antropos, 1981.
- ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS. *Adoção passo-a-passo*. (Cartilha) Brasília, AMB, 2007. Disponível em: <<http://www.amb.com.br/>> [19/07/2012].
- BOLIEIRO, Helena; GUERRA, Paulo. *A Criança e a Família uma Questão de Direitos*. 1.<sup>a</sup> ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2009.
- BRASIL. Presidência da República, Secretaria Especial dos Direitos Humanos, *Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária*, Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente, Brasília - DF, Conanda, 2006,
- CASTEL, R. *A gestão dos riscos da antipsiquiatria à pós-psicanálise*. Rio de Janeiro, Francisco Alves, 1987.
- CAVALLIERI, A. *Falhas do Estatuto da Criança e do Adolescente*. Rio de Janeiro, Forense, 1995.
- COSTA, A.C Gomes da. *É possível mudar: A criança, o adolescente e a família na política social do município*. São Paulo, Malheiros, 1993.
- DEFENSORIA PÚBLICA. *A Defesa dos Direitos Fundamentais de Criança e do Adolescente. Anais da Defensoria Especializada de Infância e Juventude*. Belo Horizonte, 2011
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro. Direito de Família*, Vol. 5. 22.<sup>a</sup> ed., São Paulo, Editora Saraiva, 2007.
- MONTEIRO, A. Reis. *Direitos da Criança: era uma vez....* Coimbra, Almedina, 2010.
- NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil. Vol. 5 - Direito de Família*, 1.<sup>a</sup> ed., Rio de Janeiro, Editora Forense, 2006.
- NASCIMENTO, Marcio. *Convivência Familiar e Comunitária uma Questão de Prioridade Absoluta*. Disponível em <<http://www.mp.go.gov.br/>>, [18/09/2012].
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: Direito de Família*, Vol. V, 16.<sup>a</sup> ed., Rio de Janeiro, Editora Forense, 2007.

- PIOVESA, Flávia. *Temas de Direitos Humano*. 3. ed., São Paulo, Saraiva, 2009.
- RIZZINI, Irene, e RIZZINI, Irma. “A institucionalização de crianças no Brasil: percurso histórico e desafios do presente”. Rio de Janeiro, Ed. PUC – Rio, Loyola, 2004.
- SÁ, Eduardo; CUNHA, Maria João. *Abandono e Adopção: o nascimento da família*. Coimbra, Almedina, 1996.
- SANTOS, Eliane Araque. Criança e Adolescente: sujeito de direitos. *Revista Inclusão Social*, Brasília, v.2, nº.1, p.130- 134, out. 2006/mar.2007.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3ª. Ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2004.
- SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela e PIOVESAN, Flávia, *Igualdade, Diferença e Direitos Humanos*, 2.ª tiragem, Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 2010.
- SILVA, Enid Rocha Andrade da (coord). *O direito à convivência familiar e comunitário: os abrigos para crianças e adolescentes no Brasil*, Brasília, IPEA/CONANDA, 2004.
- SILVA, L. A. Palma e; STANISCI, S. A. e BACCHETTO, S. *Famílias: aspectos conceituais e questões metodológicas em projetos*. Brasília, MPAS/SAS, São Paulo, FUNDAP, 1998
- SCUSSEL, Renato Rodovalho, et all., “Adopção Orientações as Gestantes: Guarda e Tutela”, Primeira Vara da Infância e da Juventude do Distrito Federal, Brasília/DF, SECOM, s/d. Disponível em: < [www.tjdft.jus.br/](http://www.tjdft.jus.br/) > [10/08/2012].
- SYMANSKI, Heloisa, *A relação família/escola: desafios e perspectivas*, Brasília, Plano, 2001.
- TIBA, Içami . *Família fechada para balanço*. UOL, Educação. Disponível em: < <http://educacao.uol.com.br/> > [19/09/2012]
- TOMÁS, Catarina. *Há muitos mundos no mundo: cosmopolitismo, participação e direitos da criança*”, Porto, Afrontamento, 2011.
- UNICEF. *O direito de ser adolescente: oportunidade para reduzir vulnerabilidades e superar desigualdades*, Fundo das Nações Unidas para a Infância. Brasília, DF, 2011.

## A DISCRIMINAÇÃO DE TRABALHADORES PORTADORES DE HIV

ELSA SILVA<sup>1</sup>

[elsasilva\\_topo@hotmail.com](mailto:elsasilva_topo@hotmail.com)

### RESUMO

No presente artigo começaremos por dizer o que é o HIV/VIH, para depois analisar a doença no contexto laboral, nomeadamente no que diz respeito aos direitos e deveres do trabalhador infetado e aos direitos e deveres do empregador. A abordagem deste tema passará essencialmente pela análise de alguns princípios fundamentais da nossa Constituição e do Código do Trabalho, desde logo os princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da integridade física e moral, da reserva da vida privada e da não discriminação. Será debatida qual a posição que o trabalhador infetado deve tomar e se este pode ou não desempenhar as suas funções sem criar um risco para os que o rodeiam. Por sua vez, será também debatida qual a posição que o empregador deve adotar e se este pode exigir informações da vida privada do trabalhador, nomeadamente no que diz respeito a questões de saúde.

**PALAVRAS-CHAVE:** VIH/SIDA; direitos e deveres do trabalhador; posição do empregador; segredo médico.

### I. INTRODUÇÃO

O HIV (*Human Immunodeficiency Virus*), em português VIH (Vírus da Imunodeficiência Humana), é um vírus que enfraquece o sistema imunitário do corpo humano, ou seja, o sistema de defesa do organismo vai ficando desprotegido contra as várias agressões externas, como infeções microbianas e determinados tipos de cancro, e conduz, por fim, ao aparecimento da AIDS (Acquired Immune Deficiency Syndrome), em

---

<sup>1</sup> Licenciada em Direito pela Universidade do Minho, Pós-Graduada em Direitos Humanos pela Universidade do Minho, encontrando-se atualmente a escrever a Dissertação com vista à obtenção do grau de Mestre em Direitos Humanos, também na Universidade do Minho. Inscrita na Ordem dos Advogados como Advogada-Estagiária desde Dezembro de 2011, encontrando-se atualmente a estagiar num escritório de advogados em Fafe.

português SIDA (Síndrome da Imunodeficiência Adquirida), que é a última fase do vírus HIV.

Estima-se que atualmente cerca de 38 milhões de pessoas no mundo estejam infetadas com o vírus VIH/SIDA e, desse número, pelo menos 26 milhões são trabalhadores, com idades compreendidas entre os 15 e os 49 anos, ou seja, adultos em idade produtiva e reprodutiva.

O preconceito em relação ao VIH faz com que as pessoas tenham receio de conviver com portadores do vírus, não só o empregador mas também os colegas de trabalho. Existe medo da doença e, conseqüentemente, do seu portador, – motivo pelo qual a seropositividade tem sido e continua a ser um fator de discriminação entre os seres humanos.

A discriminação de que os portadores do vírus VIH são alvo vai contra diversos princípios consagrados na Constituição da República Portuguesa (CRP), no Código do Trabalho (CT) e no Código Civil (CC), sendo o primeiro desses princípios a dignidade da pessoa humana, do qual decorrem os princípios da igualdade, da integridade física e moral, da reserva da intimidade da vida privada, e da não discriminação. São, contudo, muito poucos os países cujas leis proíbem especificamente a discriminação com base no VIH.

Em Portugal, surgiu em 2004 o projeto da Plataforma Laboral contra a SIDA, como “a resposta necessária e urgente dos intervenientes do mundo do trabalho aos desafios colocados pela infeção pelo VIH/SIDA”<sup>2</sup>. Este projeto tem vários parceiros, desde logo, a Associação Empresarial Portuguesa (AEP), a Associação Industrial Portuguesa (AIP), a Confederação dos Agricultores de Portugal (CAP), a Confederação do Comércio e Serviços de Portugal (CCP), a Confederação da Indústria Portuguesa (CIP), a Confederação do Turismo Português (CTP), a Confederação Geral dos Sindicatos Independentes (CGSI), a Confederação Geral dos Trabalhadores Intersindical (CGTP-IN), a Confederação Nacional dos Jovens Agricultores de Portugal (CNJAP), a Organização Internacional do Trabalho (OIT), a União Geral de Trabalhadores (UGT), a União dos Sindicatos Independentes (USI) e a Comissão Nacional de Luta Contra a SIDA (CNLCS).

---

<sup>2</sup> Cf. SILVESTRE, António Meliço (coord.), *Plataforma Laboral Contra a SIDA: a resposta do meio laboral ao VIH-SIDA*. 1ª ed., Lisboa, Comissão Nacional de Luta Contra a SIDA, 2005, disponível em <[http://www.act.gov.pt/\(ptPT\)/SobreACT/CooperacaoParcerias/Paginas/PlataformaLaboralContraaSida.aspx](http://www.act.gov.pt/(ptPT)/SobreACT/CooperacaoParcerias/Paginas/PlataformaLaboralContraaSida.aspx)> [12.01.2012], p. 10.

Estes parceiros tentam conciliar os interesses do empregador e do trabalhador, de forma a fazer face à infeção pelo VIH/SIDA.

Em contexto laboral, o VIH/SIDA deve ser encarado como qualquer doença grave existente no local de trabalho. Os trabalhadores infetados não devem ser discriminados com base no seu estado de saúde, pois isso dificulta o seu tratamento e o combate na prevenção do vírus, além de lesar princípios e direitos fundamentais do cidadão<sup>3</sup>. Mais informação sobre a doença aumenta a capacidade dos trabalhadores se protegerem contra a mesma e pode até levar a uma mudança de atitude e de comportamento.

## II. PROTEÇÃO CONFERIDA PELA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA E PELO CÓDIGO DO TRABALHO

A Constituição da República Portuguesa, enquanto fonte de Direito do Trabalho, contempla um conjunto de normas e princípios relativos ao trabalho, que se têm designado por “Constituição laboral” ou “Constituição do trabalho”<sup>4</sup>. Estando os princípios fundamentais do Direito do Trabalho contidos na CRP, esta Constituição laboral aponta “a necessidade de recolocar a pessoa humana no centro do ordenamento jurídico e coloca indiscutivelmente como questão central do Direito do Trabalho o respeito pelos direitos dos trabalhadores”<sup>5</sup>.

As leis laborais não podem violar o disposto na Constituição, devendo ser interpretadas em conformidade com a mesma. Ora, a nossa Constituição proclama desde logo a dignidade da pessoa humana, que se encontra consagrada no seu artigo 1.º<sup>6</sup>. A dignidade da pessoa humana foi proclamada oficialmente por diversas constituições europeias após a Segunda Guerra Mundial, “como reacção contra os regimes totalitários que precederam o conflito”<sup>7</sup>, sendo este o valor principal do nosso ordenamento jurídico,

---

<sup>3</sup> Nesse sentido, cf. SILVESTRE, António Meliço (coord.), *Plataforma Laboral Contra a SIDA*, op. cit., p.22.

<sup>4</sup> Cf. GOMES CANOTILHO, J. J. E MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 4ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2005, pp. 702 ss.

<sup>5</sup> Cf. ABRANTES, José João, “O Código do Trabalho e a Constituição”, in António Moreira (coord.), *VI Congresso Nacional de Direito do Trabalho - Memórias*, Coimbra, Almedina, 2004, p. 154.

<sup>6</sup> Artigo 1º da CRP: “Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária”.

<sup>7</sup> Cf. RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes, “Consentimento Informado – Pedra Angular da Responsabilidade Criminal do Médico” in Guilherme de Oliveira (coord.), *Direito da Medicina – I*, Coimbra, Coimbra Editora, 2002, p.16.

logo “os direitos fundamentais, em que essa dignidade se traduz, não podem deixar de prevalecer sobre outros bens”<sup>8</sup>.

Outro dos princípios fundamentais do sistema jurídico português é o princípio da igualdade, previsto no artigo 13.º da CRP, que consagra:

- “1. Todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei.
2. Ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão de ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica, condição social ou orientação sexual”.

Este princípio contém no seu n.º 1 uma cláusula geral, segundo a qual a lei tem de ser aplicada a todos os seus destinatários do mesmo modo; e no seu n.º 2 uma cláusula específica, uma vez que se baseia em “cláusulas de desigualdade específicas”<sup>9</sup>. Mas os fatores indicados no n.º 2 não têm um carácter exaustivo, têm sim carácter meramente exemplificativo, sendo igualmente ilícitas todas as diferenciações de tratamento que se fundem em outros motivos que sejam contrários à dignidade humana.

O princípio da igualdade consiste em tratar por igual o que é essencialmente igual e em tratar diferentemente o que essencialmente for diferente. A igualdade não proíbe que a lei estabeleça distinções, proíbe sim as distinções arbitrárias e sem fundamento e proíbe também que se dê um tratamento igual a situações diferentes, proibindo ainda toda e qualquer discriminação<sup>10</sup>, isto porque “o princípio da igualdade terá de ser aplicado mesmo entre iguais, enquanto proibição de discriminações que atinjam intoleravelmente a dignidade humana dos discriminados”<sup>11</sup>.

Um tratamento diferenciado não será, à partida, inconstitucional se se fundar numa distinção objetiva das situações, se tiver um fundamento razoável e se obedecer a um fim legítimo, sendo certo que o tratamento diferenciador tem de ser idóneo à realização desse fim.

Mas o princípio da igualdade encontrava já consagração na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, que dispõe no seu artigo 1.º “*Os homens*

---

<sup>8</sup> Cf. ABRANTES José João, “O Código do Trabalho e a Constituição”, *op. cit.*, p.155.

<sup>9</sup> Cf. QUEIROZ, Cristina M. M., *Direitos Fundamentais (Teoria Geral)*, Coimbra, Coimbra Editora, 2002, p. 109.

<sup>10</sup> Nesse sentido, Acórdãos 433/87, 181/87, 39/88, 371/89, 169/90, 186/92, 226/92 do Tribunal Constitucional, in <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/home.html> [17.01.2012].

<sup>11</sup> Cf. VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 4ª edição, Coimbra, Almedina, 2010, p. 262.

*nascem e são livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundamentar-se na utilidade comum”, e na Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, que dispõe no seu artigo 1.º “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade” e no seu artigo 7.º “Todos são iguais perante a lei e, sem distinção, têm direito a igual protecção da lei. Todos têm direito a protecção igual contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação”.*

É no princípio da igualdade que se funda a proibição da adoção de comportamentos discriminatórios por parte do empregador e a obrigação de igualdade no acesso ao emprego e no trabalho, como consagram o artigo 24.º do CT no seu n.º1, “O trabalhador ou candidato a emprego tem direito a igualdade de oportunidades e de tratamento no que se refere ao acesso ao emprego, à formação e promoção ou carreira profissionais e às condições de trabalho, não podendo ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão, nomeadamente, de ascendência, idade, sexo, orientação sexual, estado civil, situação familiar, situação económica, instrução, origem ou condição social, património genético, capacidade de trabalho reduzida, deficiência, doença crónica, nacionalidade, origem étnica ou raça, território de origem, língua, religião, convicções políticas ou ideológicas e filiação sindical, devendo o Estado promover a igualdade de acesso a tais direitos”; e o artigo 25.º, também no seu n.º1, “O empregador não pode praticar qualquer discriminação, directa ou indirecta, em razão nomeadamente dos factores referidos no n.º 1 do artigo anterior”, ressalvando contudo no seu n.º2 que “Não constitui discriminação o comportamento baseado em factor de discriminação que constitua um requisito justificável e determinante para o exercício da actividade profissional, em virtude da natureza da actividade em causa ou do contexto da sua execução, devendo o objectivo ser legítimo e o requisito proporcional”.

Além disso, o trabalhador deve ver respeitados os seus direitos de personalidade, sendo o primeiro destes direitos o direito à reserva da intimidade da vida privada, previsto no n.º 1 do artigo 26.º da CRP, que estabelece “A todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à protecção legal contra quaisquer formas de discriminação”; o

artigo 16.º do CT, estabelece no n.º 1 que “*O empregador e o trabalhador devem respeitar os direitos de personalidade da contraparte, cabendo-lhes, designadamente, guardar reserva quanto à intimidade da vida privada*” e no n.º2 “*O direito à reserva da intimidade da vida privada abrange quer o acesso, quer a divulgação de aspectos atinentes à esfera íntima e pessoal das partes, nomeadamente relacionados com a vida familiar, afectiva e sexual, com o estado de saúde e com as convicções políticas e religiosas*”; e ainda no artigo 80.º do CC, que consagra no seu n.º1 que “*Todos devem guardar reserva quanto à intimidade da vida privada de outrem*”.

A CRP consagra ainda o direito à integridade física e moral, previsto no artigo 25.º, cujo n.º 1 estabelece “*A integridade física e moral das pessoas é inviolável*”; direito este que também vem consagrado no artigo 15.º do CT, segundo o qual “*O empregador, incluindo as pessoas singulares que o representam, e o trabalhador gozam do direito à respectiva integridade física e moral*”.

### **III. A POSIÇÃO DO TRABALHADOR**

O candidato a emprego/trabalhador não é obrigado a informar o empregador sobre circunstâncias que não interfiram na sua aptidão para exercer determinadas funções, designadamente informações sobre a sua vida privada (artigo 16.º do CT) e sobre a sua saúde (artigo 17.º do CT), pois “*efectivamente, deve considerar-se que existe um direito ao silêncio do candidato ao emprego sobre aspectos da sua vida que não tenham relevância directa para a aquisição do posto de trabalho*”<sup>12</sup>. Contudo, o trabalhador tem o dever de informar o empregador sobre qualquer circunstância que possa ser prejudicial para o exercício das suas funções, como estabelece o n.º 2 do artigo 106.º do CT, “*O trabalhador deve informar o empregador sobre aspectos relevantes para a prestação da actividade laboral*”, não só no início do contrato mas também durante a sua vigência.

A qualidade de seropositivo nem sempre implica a impossibilidade da prestação de serviços, uma vez que o trabalhador pode desempenhar as suas funções sem criar um risco para as pessoas que o rodeiam. É claro que é necessário ter certos cuidados, principalmente quando a profissão acarreta um maior risco de contaminação, como é o caso de enfermeiros, dentistas ou cirurgiões, que se encontram em contacto permanente com sangue ou fluidos corpóreos. Nestes casos, a discriminação é ainda maior, seja no

---

<sup>12</sup> Cf. LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *Direito do Trabalho*, Coimbra, Almedina, 2008, p.241.

aceso ao emprego, no exercício de funções ou na rescisão do contrato de trabalho. A discriminação de que o trabalhador possa ser alvo deve ser evitada pois em consequência da mesma ele pode esconder ainda mais o seu estado de saúde e não procurar tratamento adequado, correndo-se o risco de novas infeções.

Daqui decorre que o portador do vírus pode e deve ter uma atitude responsável, tomando medidas que previnam e impeçam que o vírus se transmita. No entanto, “o portador do vírus pode encontrar-se durante um longo período de tempo sem que se registre qualquer sintoma, apesar de já ser seropositivo”, o que faz com que possa “haver transmissão do vírus sem que uma pessoa tenha sintomas”<sup>13</sup>.

No caso do VIH, os riscos de contágio por parte do trabalhador infetado são perfeitamente controláveis e este pode exercer diversas atividades. Se o trabalhador está apto a desempenhar as suas funções, não lhe deve ser vedado o acesso ao emprego ou a continuidade/manutenção do mesmo. Contudo, o trabalhador infetado com o vírus pode ver a sua capacidade de trabalho reduzida, o que constitui “uma barreira ao normal desempenho das suas funções”<sup>14</sup>.

Essenciais para que se crie um ambiente de confiança e para que as pessoas queiram saber se são portadoras do vírus VIH/SIDA são a garantia da confidencialidade médica e a proteção de dados pessoais. O teste/despiste do VIH/SIDA deve resultar sempre de um consentimento claro e voluntário e tem de ser realizado por alguém qualificado para o efeito, em condições de estrita confidencialidade. O Código Deontológico da Ordem dos Médicos, revogado em 2008, consagrava no seu artigo 85.º o segredo médico enquanto condição essencial para a relação médico-doente; e consagrava no seu artigo 6.º a proibição da discriminação no exercício da atividade médica<sup>15</sup>.

No caso da medicina do trabalho, o médico tem uma dupla responsabilidade, na medida em que tem uma relação com o doente e outra com uma pessoa ou instituição a quem presta também serviços clínicos. Nestes casos, embora o médico se encontre

---

<sup>13</sup>Cf. RUEFF, Maria do Céu, “Pessoas com HIV/SIDA e Médico com Dupla Responsabilidade (MDR)”, in DUQUE, Vitor M. Jorge Duque, PEREIRA, André Dias, *A infeção VIH/SIDA e o Direito*, Santarém, Sida-Net, Associação Lusófona, 2010. Disponível em <<http://www.aidscongress.net/9congresso@15.aspx>> [10.01.2012], p.58.

<sup>14</sup> Cf. SILVESTRE, António Meliço, (coord.), *Plataforma Laboral Contra a SIDA*, op. cit., p.21.

<sup>15</sup> Artigo 6º do Código Deontológico da Ordem dos Médicos (revogado em 2008): “O médico deve prestar a sua actividade profissional sem qualquer forma de discriminação”;

Artigo 85º do Código Deontológico da Ordem dos Médicos (revogado em 2008): “O segredo médico é condição essencial ao relacionamento médico-doente, assenta no interesse moral, social, profissional e ético, que pressupõe e permite uma base de verdade e de mútua confiança”.

vinculado ao doente, encontra-se também vinculado a um terceiro (na maior parte dos casos a entidade patronal), com quem também mantém uma relação profissional. Por este motivo, “ a relação que se estabelece com um terceiro relativamente à relação médico-doente pode vir a colocar o profissional de saúde numa situação de concurso e (ou) conflito de deveres ”<sup>16</sup>.

O Novo Código Deontológico da Ordem dos Médicos, consagra no seu artigo 97.º que “*O Médico encarregado de funções de carácter pericial, tais como serviços biométricos, Juntas de Saúde, Médico de Companhias de Seguros e Médico do Trabalho, deve submeter-se aos preceitos deste Código, nomeadamente em matéria de segredo profissional, não podendo aceitar que ponham em causa esses preceitos*”, daqui decorrendo que mesmo que o médico se encontre vinculado a um terceiro deve respeitar o segredo profissional, sobe pena de incorrer no crime de violação de segredo, previsto e punido no artigo 195.º do Código Penal (CP), que estipula que “*Quem, sem consentimento, revelar segredo alheio de que tenha tomado conhecimento em razão do seu estado, ofício, emprego, profissão ou arte é punido com pena de prisão de 1 ano ou com pena de multa até 240 dias*”.

Mas, se o médico se encontrar perante um conflito de deveres, a lei penal prevê a exclusão da ilicitude, nos termos do artigo 36.º, n.º1 do CP, “*Não é ilícito o facto de quem, em caso de conflito no cumprimento de deveres jurídicos ou de ordens legítimas da autoridade, satisfizer dever ou ordem de valor igual ou superior ao do dever ou ordem que sacrificar*”.

Por sua vez, a recolha de sangue para rastreio do vírus VIH/SIDA no âmbito de um exame médico constitui uma ofensa à integridade física da pessoa em causa e, se for efetuada pelo médico sem o consentimento do paciente, estamos perante o crime de intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários, previsto e punido no artigo 156.º do CP, que consagra “*As pessoas indicadas no artigo 150.º<sup>17</sup> que, em vista das finalidades*

---

<sup>16</sup> Cf. RUEFF, Maria do Céu, “Pessoas com HIV/SIDA e Médico com Dupla Responsabilidade (MDR)”, *op. cit.*, p.60.

<sup>17</sup> Artigo 150º do Código Penal: “1 - As intervenções e os tratamentos que, segundo o estado dos conhecimentos e da experiência da medicina, se mostrarem indicados e forem levados a cabo, de acordo com as *leges artis*, por um médico ou por outra pessoa legalmente autorizada, com intenção de prevenir, diagnosticar, debelar ou minorar doença, sofrimento, lesão ou fadiga corporal, ou perturbação mental, não se consideram ofensa à integridade física.

2 - As pessoas indicadas no número anterior que, em vista das finalidades nele apontadas, realizarem intervenções ou tratamentos violando as *leges artis* e criarem, desse modo, um perigo para a vida ou perigo de grave ofensa para o corpo ou para a saúde são punidas com pena de prisão até 2 anos ou com pena de multa até 240 dias, se pena mais grave lhes não couber por força de outra disposição legal”.

*nele apontadas, realizarem intervenções ou tratamentos sem consentimento do paciente são punidas com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa”.*

Os testes e exames médicos, em contexto laboral, vêm regulados no artigo 19.º do CT e são objeto de várias restrições, pois fazem parte da esfera da vida íntima do trabalhador, “sendo que o seu acesso ou divulgação não viola apenas o direito à privacidade, mas também a integridade moral ou física do trabalhador”<sup>18</sup>. O artigo 19.º, n.º1 consagra que “*Para além das situações previstas em legislação relativa a segurança e saúde no trabalho, o empregador não pode, para efeitos de admissão ou permanência no emprego, exigir a candidato a emprego ou a trabalhador a realização ou apresentação de testes ou exames médicos, de qualquer natureza, para comprovação das condições físicas ou psíquicas, salvo quando estes tenham por finalidade a protecção e segurança do trabalhador ou de terceiros, ou quando particulares exigências inerentes à actividade o justifiquem, devendo em qualquer caso ser fornecida por escrito ao candidato a emprego ou trabalhador a respectiva fundamentação*”, daqui resultando a proibição de realização de testes ou exames médicos, de qualquer natureza, para comprovação das condições físicas ou psíquicas do candidato a emprego ou do trabalhador, ou seja, não é lícito estabelecer testes que destinem a verificar se o trabalhador é ou não seropositivo.

Contudo, devemos ter em atenção a parte do artigo que diz “*quando particulares exigências inerentes à actividade o justifiquem*”, que é o caso de atividades médicas ou de enfermagem, como reconhece o Conselho Nacional de Ética Para as Ciências da Vida quando defende que,

[na] prática de certas actividades e em determinadas situações, o teste da SIDA deve ser exigível às seguintes pessoas: profissionais de saúde, que entrem em contacto directo com órgãos ou líquidos biológicos humanos; dadores de sangue, de esperma, de tecidos e órgãos, grávidas, sobretudo as que pela sua história clínica (por exemplo de prostituição ou de toxicod dependência), se revelem de alto risco e com probabilidade de terem sido infectadas pelo vírus HIV<sup>19</sup>.

Por sua vez, artigo 19.º, n.º3 do CT consagra que “*O médico responsável pelos testes ou exames médicos só pode comunicar ao empregador se o trabalhador está ou não apto para desempenhar a actividade*”, sendo também nesse sentido o n.º2 do artigo 17.º do CT, mas esta regra pode ser ultrapassada se o trabalhador autorizar, por escrito, a divulgação de informações relativas ao seu estado de saúde.

<sup>18</sup> Cf. LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *Direito do Trabalho, op. cit.*, p. 171.

<sup>19</sup> Relatório Parecer sobre a Obrigatoriedade dos Testes da SIDA – 16/CNECV/96.

O Código Penal de 1982 inseriu o consentimento do ofendido no elenco de causas que excluem a ilicitude (artigo 31.º, n.º2, *al .d*) e artigo 38.º)<sup>20</sup>, mas traçou como seus pressupostos formais a “capacidade natural para consentir”, a “seriedade e liberdade do consentimento” e a “anterioridade do consentimento ao acto”<sup>21</sup>. Também o Novo Código Deontológico da Ordem dos Médicos estabelece no seu artigo 38.º o dever de esclarecimento do paciente, devendo o consentimento ser sempre livre, esclarecido e atual. Mas o consentimento informado está consagrado, desde logo, no artigo 3.º, n.º2 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, que estabelece “*No domínio da medicina e da biologia, devem ser respeitados, designadamente: - o consentimento livre e esclarecido da pessoa, nos termos da lei*”; e no artigo 5.º da Convenção dos Direitos do Homem e a Biomedicina, que estabelece “*Qualquer intervenção no domínio da saúde só pode ser efectuada após ter sido prestado pela pessoa em causa o seu consentimento livre e esclarecido*”.

#### **IV. A POSIÇÃO DO EMPREGADOR**

O empregador, na escolha do trabalhador, deve ter em consideração a sua aptidão para exercer determinada função, não devendo atender a outros elementos que não tenham qualquer relação com a função a ser desempenhada. Deve também adotar medidas contra a discriminação em relação aos trabalhadores portadores de VIH, partindo do princípio de que o trabalho não gera risco de contaminação ou transmissão do VIH, e não deve permitir qualquer prática que discrimine os trabalhadores infetados pelo vírus. Um trabalhador infetado pelo VIH não deve ser tratado de forma menos favorável em relação, por exemplo, a outro trabalhador que sofra de uma doença grave, nomeadamente no que diz respeito a remuneração, subsídios e adaptação do local de trabalho, sendo certo que, como é defendido na Plataforma Laboral Contra a SIDA,

---

<sup>20</sup> Artigo 31.º, n.º2, *al.d*) Código Penal: “2 - Nomeadamente, não é ilícito o facto praticado: (...) d) Com o consentimento do titular do interesse jurídico lesado”.

Artigo 38.º do Código Penal: “1 - Além dos casos especialmente previstos na lei, o consentimento exclui a ilicitude do facto quando se referir a interesses jurídicos livremente disponíveis e o facto não ofender os bons costumes. 2 - O consentimento pode ser expresso por qualquer meio que traduza uma vontade séria, livre e esclarecida do titular do interesse juridicamente protegido, e pode ser livremente revogado até à execução do facto. 3 - O consentimento só é eficaz se for prestado por quem tiver mais de 16 anos e possuir o discernimento necessário para avaliar o seu sentido e alcance no momento em que o presta”.

<sup>21</sup> Cf. RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes, “Consentimento Informado – Pedra Angular da Responsabilidade Criminal do Médico”, *op. cit.*, pp. 26/27.

[os] governos, os empregadores e as organizações de trabalhadores devem tomar todas as medidas necessárias para garantir que os trabalhadores infectados pelo VIH, ou doentes de SIDA e suas famílias, não sejam excluídos da plena protecção e prestações dos sistemas de Segurança Social e de regimes profissionais existentes<sup>22</sup>.

A intromissão do empregador na vida privada do trabalhador não é admissível, “sendo somente lícitas actuações que visem garantir a segurança, higiene e saúde do trabalhador e colegas de trabalho”<sup>23</sup>.

Daqui decorre que o empregador deve respeitar a reserva da intimidade da vida privada do trabalhador, como denota, desde logo, o n.º 2 do artigo 16.º do CT (já referido anteriormente); e a alínea a) do n.º 1 do artigo 17.º do CT “*O empregador não pode exigir a candidato a emprego ou a trabalhador que preste informações relativas: à sua vida privada, salvo quando estas sejam estritamente necessárias e relevantes para avaliar da respectiva aptidão no que respeita à execução do contrato de trabalho e seja fornecida por escrito a respectiva fundamentação*”, ou seja, o empregador não pode exigir ao trabalhador informações sobre a sua vida privada, a não ser que estas sejam relevantes para avaliar a sua capacidade para cumprir as funções que lhe estão destinadas. O trabalhador não pode ser discriminado devido à aquisição de certas doenças que não perturbem a prestação do seu trabalho, encontrando-se o seu estado de saúde protegido, a não ser que se revele prejudicial para a prestação do seu trabalho. O estado de saúde do trabalhador faz parte da sua vida íntima, merecendo por isso uma protecção absoluta, a não ser que tal informação seja absolutamente necessária para avaliar a aptidão do trabalhador para desempenhar determinada função.

O empregador deve respeitar os princípios da igualdade, da não discriminação e da confidencialidade e deve zelar para que o ambiente de trabalho seja saudável, tendo em consideração a prevenção, assistência e apoio; não só em relação ao trabalhador infetado mas em relação a todos os outros. É dever do empregador garantir a segurança, a higiene e a saúde do trabalhador no local de trabalho, em observância do disposto no n.º 2 do artigo 281.º do CT, “*O empregador deve assegurar aos trabalhadores condições de segurança e saúde em todos os aspectos relacionados com o trabalho, aplicando as*

---

<sup>22</sup> Cf. SILVESTRE, António Meliço (coord.), *Plataforma Laboral Contra a SIDA*, op. cit., p.110.

<sup>23</sup> Cf. MARTINEZ, Pedro Romano, “Considerações Gerais Sobre o Código do Trabalho” in António Oliveira (coord.), *VI Congresso Nacional de Direito do Trabalho - Memórias*, Coimbra, Almedina, 2004, p. 51.

*medidas necessárias tendo em conta princípios gerais de prevenção*”, o que tem como objetivo prevenir os riscos profissionais e promover a saúde dos trabalhadores.

No exercício de qualquer atividade profissional existe um certo risco, por mais pequeno que seja, de infeção por VIH, cabendo ao empregador, ponderando os diferentes bens em jogo, adotar medidas preventivas. Nas atividades em que há um maior risco de contágio tem de haver uma grande ponderação: por um lado, existe o direito dos trabalhadores à sua intimidade e ao acesso e estabilidade no emprego, mas, por outro lado, há também a necessidade de evitar a transmissão do vírus. As profissões que comportam risco de contágio são aquelas que envolvem uma alta probabilidade de contágio, como é o caso de profissões médicas. Nestes casos, admite-se uma conduta preventiva, embora não se admita, como é óbvio, uma conduta discriminatória.

## V. CASOS CONCRETOS

Analisaremos em primeiro lugar um caso em que foi diagnosticada seropositividade para o VIH a um médico-cirurgião<sup>24</sup> pelos serviços da medicina do trabalho, tendo sido tal situação comunicada à Diretora do Hospital em que o mesmo exercia as suas funções. É de questionar aqui, desde logo, a legitimidade de submeter o médico-cirurgião a um teste para o VIH no âmbito da medicina do trabalho, tendo em consideração o seu direito à reserva da intimidade da vida privada, consagrado nos artigos 26.º da CRP, 80.º do CC e 16.º do CT. No entanto, como estamos perante um profissional de saúde, que poderá entrar em contacto com órgãos ou líquidos biológicos humanos, uma vez que estamos perante um médico-cirurgião, poderia admitir-se a realização de tal teste.

Não se sabe se o médico da medicina do trabalho acedeu ao estatuto serológico do médico-cirurgião com ou sem o consentimento deste, caso em que incorreria no crime de intervenções médico-cirúrgicas arbitrárias, previsto e punido no artigo 156.º do CP, ou se foi o médico-cirurgião que deu o seu consentimento para a realização do teste. De qualquer das formas, o médico da medicina do trabalho estava obrigado ao sigilo médico, o que não respeitou, indo comunicar à Diretora do Hospital o estatuto serológico do médico-cirurgião, violando assim o disposto no artigo 19.º, n.º3 do CT e o disposto nos artigos 67.º e 68.º do Código Deontológico da Ordem dos Médicos, entretanto revogado, sendo tal

---

<sup>24</sup> Nesse sentido, Cf. DIAS PEREIRA, André Gonçalo, “Cirurgião Seropositivo. Do Pânico ao Direito”, *Lex Medicinæ Revista Portuguesa de Direito da Saúde* 4:8 (2007). Disponível em <<https://estudogeral.sib.uc.pt/handle/10316/2797>> [10.01.2012].

conduta punida nos termos dos artigos 192.º e 195.º do CP. O médico da medicina do trabalho apenas deveria informar a Diretora do Hospital da aptidão ou não aptidão do médico-cirurgião para exercer as suas funções, embora a ilicitude da sua conduta possa ser excluída tendo em atenção o conflito de deveres em que o médico da medicina do trabalho se encontrava: de um lado, o dever de sigilo médico relativamente ao estatuto do médico-cirurgião; de outro lado, “o dever de zelar pelas melhores condições de funcionamento da instituição de saúde onde desempenha a sua actividade”<sup>25</sup>.

O médico-cirurgião, além de exercer funções cirúrgicas exercia também funções de investigação e ensino, de gestão e administração e ainda serviços de consulta médica, sendo certo que o seu estatuto serológico em nada influenciava o exercício destas últimas.

Cabia então ao Conselho de Administração do Hospital apurar quais as funções que o médico-cirurgião estaria ou não apto a desempenhar, de forma a não colocar em risco a saúde dos pacientes. O Conselho de Administração tem também de respeitar o dever de confidencialidade e o dever de não discriminação, devendo ainda “promover e apoiar a requalificação profissional do jovem médico, nomeadamente no reforço das suas competências na área da consulta médica, nas tarefas de ensino e investigação e nas funções de gestão e administração da saúde”<sup>26</sup>.

Num segundo caso, analisaremos a situação de um cozinheiro (doravante designado por A) que começou a trabalhar num hotel em 1997, exercendo no início as funções de cafeteiro e passando mais tarde a exercer funções de cozinheiro. Em Outubro de 2002 foi-lhe diagnosticada tuberculose, motivo pelo qual esteve cerca de um ano de baixa médica. Em Dezembro de 2003 voltou ao serviço e foi enviado ao médico do trabalho do hotel, que pediu ao médico assistente do cozinheiro mais dados sobre a sua situação clínica. O médico assistente informou o médico da medicina do trabalho de que A era VIH positivo, mas que estava apto para retomar a atividade laboral e não apresentava qualquer perigo para os colegas. No entanto, o médico da medicina do trabalho considerou-o inapto para exercer as suas funções a título definitivo.

Em 2004, a gerência do hotel enviou uma carta a A comunicando-lhe a caducidade do contrato de trabalho por inaptidão para o exercício das funções

---

<sup>25</sup> Cf. DIAS PEREIRA, André Gonçalves, “Cirurgião Seropositivo. Do Pânico ao Direito”, *op. cit.*, p.10.

<sup>26</sup> Cf. DIAS PEREIRA, André Gonçalves, “Cirurgião Seropositivo. Do Pânico ao Direito”, *op. cit.*, pp. 22/23.

correspondentes à respetiva categoria profissional. A considerava que tal despedimento havia sido ilícito, pois encontrava-se totalmente apto para exercer as funções de cozinheiro.

Segundo a gerência do hotel, quando A se apresentou ao serviço demonstrava sinais de grande debilidade física, o que não lhe permitia desempenhar as suas funções, motivo pelo qual foi enviado ao médico da medicina do trabalho, que o considerou inapto para exercer as suas funções, como já foi referido. Não tendo outras funções que pudesse atribuir a A, a gerência entendeu que o contrato havia caducado pela impossibilidade deste desempenhar as suas funções – decisão esta que nada teve a ver com o facto de A ser VIH positivo, facto que a gerência do hotel desconhecia.

A recorreu então aos tribunais de forma a contestar este despedimento, chegando a causa ao Supremo Tribunal de Justiça<sup>27</sup>. Contudo, todas as instâncias entenderam não haver qualquer discriminação em relação a A em virtude do seu estatuto serológico nem qualquer ofensa à sua integridade pessoal, uma vez que o contrato de trabalho havia efetivamente caducado em virtude da impossibilidade de A desempenhar as suas funções.

## **VI. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Embora o vírus VIH se tenha verificado inicialmente em homossexuais, consumidores de drogas injetáveis e pessoas submetidas a várias transfusões de sangue, o certo é que o vírus pode afetar qualquer pessoa, independentemente da idade, raça, sexo, estado clínico e hábitos sexuais. O vírus VIH afeta pessoas de todos os continentes e dos mais diversos setores da sociedade.

Até à data, a medicina ainda não encontrou um tratamento que se mostre eficaz no combate a este vírus, embora em alguns portadores do VIH a doença não se manifeste tão rapidamente e estes sobrevivam durante muito tempo.

A transmissão do vírus dá-se através do contacto sexual (sémen), de transfusões de sangue e de seringas infetadas, embora já se tenha verificado a presença do vírus na saliva, no suor e nas lágrimas. Pode ocorrer a transmissão vertical, de mãe para filho, durante a gestação ou na fase da amamentação. A infeção pelo VIH/SIDA não se transmite por contactos laborais, sendo certo que o contacto social com pessoas infetadas não implica risco de contágio. O vírus não se transmite através do trabalho nem da partilha

---

<sup>27</sup> Acórdão do STJ de 24.09.2008, Documento nº SJ20080924037934.

de instalações de trabalho, não se transmite através da partilha de roupas, de refeitórios ou de casas de banho, nem mesmo através de abraços ou beijos. A relação diária com pessoas infetadas pode ser perfeitamente normal, não importando qualquer risco de contágio se certos cuidados forem tomados.

Esse é mais um motivo para que o trabalhador infetado não seja discriminado e para que se façam os possíveis para que este se integre no local de trabalho. Isto porque devemos encarar o portador do vírus HIV/SIDA como “uma pessoa portadora de uma deficiência irreversível no sistema de imunodeficiência humana”, que necessita de se integrar, cabendo também ao Estado o desenvolvimento de uma “pedagogia que sensibilize a sociedade quanto aos deveres de respeito e solidariedade para com tais cidadãos”<sup>28</sup>.

É certo que, na formação do contrato de trabalho, tanto o empregador como o trabalhador devem reger a sua conduta pelas regras da boa-fé, e se o trabalhador sabe ser portador do vírus VIH, embora não seja obrigado a informar a entidade patronal sobre o seu estado de saúde, deve fazê-lo. Essa atitude, por si só, criaria um vínculo de confiança entre as partes, embora o medo da reação da entidade patronal possa levar o trabalhador a esconder o seu estado. O sentimento de preconceito em relação aos portadores do vírus VIH é frequente, mas se as pessoas estiverem informadas sobre a doença, isso não só vai prevenir novas infeções como vai atenuar a discriminação existente.

## **BIBLIOGRAFIA**

- ABRANTES, José João, “O Código do Trabalho e a Constituição”, ” in António Moreira (coord.), *VI Congresso Nacional de Direito do Trabalho - Memórias*, Coimbra, Almedina, 2004.
- ALMEIDA LOPES, J.J., *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 6.<sup>a</sup> revisão, Coimbra, Almedina, 2005.
- ABRANTES, Manuel da Costa, *Direito Penal Médico: SIDA, testes arbitrários, confidencialidade e segredo*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008.
- APOSTOLIDES, Sara Costa, *Do Dever Pré-contratual de Informação e da sua Aplicabilidade na Formação do Contrato de Trabalho*, Coimbra, Almedina, 2008.

---

<sup>28</sup> Cf. RUEFF, Maria do Céu, “Segredo Médico e VIH/SIDA: Perspectiva Ético-Jurídica”, *Acta Médica Portuguesa*, v. 17, n. 6, 2004, p. 5. Disponível em: <<http://www.actamedicaportuguesa.com/pdf/2004-17/6/451-464.pdf>> [8.01.2012].

- DIAS PEREIRA, André Gonçalo, “Cirurgião Seropositivo. Do Pânico ao Direito”, *Lex Medicinæ Revista Portuguesa de Direito da Saúde* 4:8, 2007. Disponível em <https://estudogeral.sib.uc.pt/handle/10316/2797> [10.01.2012].
- GOMES CANOTILHO, J.J. e MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 4.<sup>a</sup> edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2005.
- LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *Direito do Trabalho*, Coimbra, Almedina, 2008.
- MARTINEZ, Pedro Romano, “Considerações Gerais Sobre o Código do Trabalho” in António Oliveira (coord.), *VI Congresso Nacional de Direito do Trabalho - Memórias*, Coimbra, Almedina, 2004.
- QUEIROZ, Cristina M. M., *Direitos Fundamentais (Teoria Geral)*, Coimbra, Coimbra Editora, 2002.
- QUINTAS, Paula, *Manual de Segurança e Saúde do Trabalho*, Coimbra, Almedina, 2011.
- QUINTAS, Paula e QUINTAS, Hélder, *Código do Trabalho - Anotado e Comentado*, 5.<sup>a</sup> edição, Coimbra, Almedina, 2007.
- RAMALHO, Maria do Rosário Palma, *Direito do Trabalho, Parte II – Situações Laborais Individuais*, 3.<sup>a</sup> edição, Coimbra, Almedina, 2010.
- RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes, “Consentimento Informado – Pedra Angular da Responsabilidade Criminal do Médico” in Guilherme de Oliveira (coord.), *Direito da Medicina – I*, Coimbra, Coimbra Editora, 2002.
- RUEFF, Maria do Céu, *O Segredo Médico como Garantia de Não-Discriminação*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009.
- \_\_\_\_\_, “Pessoas com HIV/SIDA e Médico com Dupla Responsabilidade (MDR)”, in DUQUE, Vitor M. Jorge Duque, PEREIRA, André Dias, *A infecção VIH/SIDA e o Direito*, Santarém, Sida-Net, Associação Lusófona, 2010. Disponível em <http://www.aidscongress.net/9congresso@15.aspx> [10.01.2012].
- \_\_\_\_\_, “Segredo Médico e VIH/SIDA: Perspectiva Ético-Jurídica”, *Acta Médica Portuguesa*, v. 17, n. 6, 2004. Disponível em: <http://www.actamedicaportuguesa.com/pdf/2004-17/6/451-464.pdf> [8.01.2012].

- SILVESTRE, António Meliço (coord.), *Plataforma Laboral Contra a SIDA: a resposta do meio laboral ao VIH-SIDA*. 1ª ed., Lisboa, Comissão Nacional de Luta Contra a SIDA, 2005, disponível em <[http://www.act.gov.pt/\(ptPT\)/SobreACT/CooperacaoParcerias/Paginas/PlataformaLaboralcontraaSida.aspx](http://www.act.gov.pt/(ptPT)/SobreACT/CooperacaoParcerias/Paginas/PlataformaLaboralcontraaSida.aspx)> [12.01.2012].
- VICENTE, Joana Nunes e ROUXINOL, Milena da Silva, “Em torno do VIH/SIDA: subsídios para uma cultura laboral de saúde e justiça”, in *A infecção do VIH e o Direito*, IX Congresso Virtual HIV/AIDS, Santarém, Sidnet, 2010. Disponível em <<http://www.aidscongress.net/9congresso@15.aspx>> [09.09.2012].
- VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 4.ª edição, Coimbra, Almedina, 2010.

## **DIREITOS HUMANOS EM FIM DE VIDA: O DIREITO AO ACESSO A CUIDADOS PALIATIVOS**

*GISELA PATRÍCIA DUARTE DE ALMEIDA<sup>1</sup>*

[gisela.duartedealmeida@gmail.com](mailto:gisela.duartedealmeida@gmail.com)

### **RESUMO**

No decorrer da investigação, pode-se constatar que na sociedade portuguesa existe um longo caminho a percorrer na sensibilização para as questões relacionadas com o fim da vida humana, as quais não poderão ser apenas remetidas para o contexto dos cuidados de saúde, mas debatidas nas comunidades locais. Considera-se que existe a necessidade de uma educação para a morte e para a sensibilização da sociedade para a importância do respeito pelos direitos humanos em fim de vida. Sendo que, no meu ponto de vista, em Portugal necessitamos de construir uma cidadania participante na coisa pública, o cidadão deve ser visto como a força motriz da mudança. Neste sentido, as redes de vizinhança e amizade, num momento de crise económica, não podem resvalar para a “crise da cidadania”.

**PALAVRAS-CHAVE:** Vida; Morte; Direitos Humanos em Fim de Vida; Cuidados Paliativos; Dignidade Humana; Dilemas éticos.

### **1. DILEMAS ÉTICOS EM FIM DE VIDA**

*“ ... Asclépio ensinava que a medicina só existe para as pessoas que, por sua natureza e regime, tem saúde e adoecem por contrair uma doença. Ela libertava-as das doenças ordenando-lhes que não mudassem a sua vida habitual. Quanto aos indivíduos inteiramente minados pela doença, não tentava prolongar-lhes a sua vida miserável. Naqueles em cujos corpos existia um estado de moléstia permanente Asclépio não propunha sequer qualquer tipo de tratamento, com infusões a purgas... A medicina não teria capacidade para ajudar ainda que fossem mais ricos que o Rei de Midas...”*

*(Platão, Republica, Livro III)*

---

<sup>1</sup> Pós-Graduada em Direitos Humanos pelo Centro de Direitos Humanos da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Mestranda em Direitos Humanos pela Escola de Direito da Universidade do Minho.

Os dilemas éticos relacionados com o prolongamento artificial da vida humana são questões muito importantes para o progresso da civilização.

Os avanços tecnológicos nos domínios da biomedicina permitiram que o curso do fim de vida se modificasse, neste sentido, a natureza deixou de constituir o único árbitro entre o viver e o morrer (ARCHER, 2001).

Com o consecutivo avanço das novas tecnologias aplicadas à área da saúde, a possibilidade de prolongamento da vida irá continuar a crescer, o que levará ao aumento dos dilemas criados pela extensão do sofrimento humano.

Na actualidade é necessário interrogarmo-nos sobre a possibilidade de manipulação da vida humana, com o problema de chegar ao inadequado domínio da técnica e a um subsequente desmoronamento da ética.

Existe um longo trabalho a fazer a nível social, para levar à crescente compreensão de que morrer com dignidade é uma decorrência do viver dignamente e não meramente sobreviver. Não se pode continuar a ignorar a existência de dor, do sofrimento e do modo de morrer.

Perante esta pequena exposição, interessa reflectir na questão do avanço da tecnologia aplicada ao ser humano relacionada com a possibilidade de permitir uma melhor qualidade de vida a cada ser humano, visto como um ser Biopsicossocial. Poderemos utilizar a técnica de forma indiscriminada e sem reflexão sobre a situação específica de cada pessoa? Estaremos a contribuir para uma melhor qualidade de vida?

## 1.1. O DIREITO À VIDA

O direito à vida é aquele que assume o primado perante todos os outros direitos e é considerado como um limite aos avanços científicos.

A Constituição da República Portuguesa assume no Título II- Direitos, Liberdades e Garantias, no seu Capítulo I- Direitos, Liberdades e Garantias pessoais, como valor democrático do Estado o **Direito à Vida (Artigo 24.º)**, na alínea 1 refere que “a vida humana é inviolável”. Referindo na alínea 2 do mesmo artigo que “em caso algum haverá pena de morte”.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem refere no artigo 3.º que “Todo o Homem tem direito à Vida, à liberdade e à segurança pessoal.” Toda a pessoa tem direito à vida, durante o ciclo vital, independentemente dos momentos ou dos estádios em que se

encontra. Devendo ser atribuída à vida de qualquer pessoa igual valor, devendo o cuidado à pessoa ser isento de qualquer discriminação económica, social, política, étnica, ideológica ou religiosa (Código Deontológico do Enfermeiro).

Refere-se ainda nesta matéria o artigo 2.º da Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano Relativamente às aplicações da Biologia e da Medicina, adoptada pela Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa em Novembro de 1996 e posteriormente ratificada em Portugal considera que “os interesses e o bem-estar do ser humano devem prevalecer sobre os interesses da ciência e da sociedade.”

Reconhecer a dignidade da pessoa humana exige o respeito pelos seus direitos, perspectivados na sua indivisibilidade. Este conceito encontra-se ainda intrinsecamente ligado ao dever de uma crescente humanização dos Cuidados de Saúde.

## **1.2. O DIREITO À SAÚDE**

A Organização Mundial de Saúde (OMS), em 1948, definiu saúde como sendo um estado completo de bem-estar físico, mental e social e não unicamente como a ausência de doença ou enfermidade.

Este conceito de saúde da OMS é historicamente conceituado, teremos também de considerar que a cada época corresponde o seu próprio conceito de saúde, reflectindo neste os conhecimentos biológicos da época, a relação da pessoa com o corpo e o grau de representação de cada função do corpo. Temos também de ter em consideração o entendimento que a sociedade tem sobre a morte e da forma como esta se comporta perante a mesma.

O conceito de doença pode ser entendido à luz de um determinado estágio de conhecimento médico. A doença é construída a partir de um conjunto de sintomas manifestado pelas pessoas.

Este direito encontra-se consagrado na Constituição da República Portuguesa, no artigo 64.º, no número 1, referindo que “ Todos têm direito à saúde e o dever de a defender e promover.”

## **1.3. A VIDA E A MORTE COMO COMPONENTE DA VIDA HUMANA**

*“ A morte é constitutiva da vida, desde que nascemos que estamos a morrer.”  
(Séneca)*

Falar do conceito de morte na sociedade actual como sendo uma sociedade de bem-estar e hedonista não se trata de uma tarefa fácil (BRITO, 2002). Este autor reflecte aqui a ideia de que a morte foi como que afastada da vida, da sociedade...é algo que se remete para um lugar afastado da sociedade feliz e de consumo. É interessante ainda a seguinte reflexão, há duas décadas atrás a grande maioria das pessoas morria em casa, na sua cama...actualmente o mais comum é morrer na cama de um hospital. Já dizia o poeta: “Mudam-se os tempos/ Mudam-se as vontades”.

Muitos consideram que na vida de todos os dias não deve ter em conta a morte porque o agir exige esforço, e para quê esforçar-me “se um dia hei-de ser em pó, cinza e nada “ (BRITO, 2002, citando Florbela ESPANCA).

A morte é algo inapreensível, que não dominamos e os temas desta natureza não são fáceis de encarar porque nos escapam. Com a modernidade e o processo de racionalização e desencantamento, como nos diz Max Weber, em que se privilegia a razão instrumental, as pessoas habituaram-se a ter tudo à mão, a ter tudo ao seu dispor. E se algo resiste ao esforço do domínio humano e não se submete aos projectos, então aí inicia-se um processo que leva à sua desvalorização e apagamento, tudo se faz para que se deixe de contar, de existir. Como é o caso da morte, em que se pretende reduzir a um problema médico a ser tratado (BRITO, 2002).

Como dizia Kant, todo o conhecimento tem a sua origem na experiência, embora tal não signifique que o conhecimento dependa estritamente da experiência. Posto isto, podemos dizer que temos experiência da morte? Temos a experiência da morte dos outros, pois é na morte dos outros que revemos a nossa morte...sendo a única que podemos tematizar.

Importa assim abordar sucintamente o conceito de morte como sendo a cessação das funções irreversíveis das funções do tronco cerebral, sabe-se que a mesma pode acontecer no fim de um processo de doença mais ou menos longo, ou de forma súbita.

Referindo ainda que a paragem da função cardiocirculatória e respiratória, por si só, não significa a morte de uma pessoa (Conselho Nacional de Ética e das Ciências da Vida no seu Parecer 10/95).

A morte corporal é a desorganização das células, dos tecidos e dos órgãos pela falência dos grandes sistemas de integração e associação, o que sugere a importância da prevalência e o reforço das relações humanas e interpessoais, nas fases do processo da morte, assim como ao longo de toda a vida (SERRÃO, 1998, citado por BRITO, 2002).

De acordo com Brito (2002), a realidade da generalidade dos hospitais portugueses é constrangedora, não existindo espaço nem privacidade no processo de morte. E por outro lado, é ocultado ao doente que este se encontra em fase terminal, não sabendo lidar com ele, as relações com os familiares e com os profissionais de saúde é em muitas situações quebrada. O que leva a que a morte não seja a consumação da vida, mas antes a extinção da vida.

Posto isto, remete-se para reflexão do leitor este ponto dizendo que, actualmente, humanizar o processo de morte é um bem necessário para que se saiba distinguir entre o curar e a palição dos sintomas.

#### **1.4. A CIÊNCIA E A REANIMAÇÃO**

##### *A Reanimação Cardiorrespiratória e a Decisão de Não Reanimar*

Com o avanço das tecnologias aplicadas à Medicina, nomeadamente na especialidade de Medicina Intensiva, chegamos a um patamar de conhecimento em que nos é permitido salvar a vida de pessoas que se encontravam num processo irreversível de morte.

No ano de 1965, Jude e Elam defenderam que o fundamento da reanimação cardio- respiratória (RCR) era “o doente ser recuperável”, desde esta data as suas indicações têm sofrido grandes modificações: inicialmente concebida para vítimas de acidentes agudos, rapidamente resvalou para uma terapêutica sistemática e indiscriminada de todos os doentes em paragem cardio-respiratória (PCR) (SOCIEDADE PORTUGUESA DE PEDIATRIA, 2006).

Os novos avanços criaram alguns problemas éticos, entre os quais, a determinação de morte cerebral e a legitimidade para iniciar ou suspender os meios de manutenção das funções vitais.

A Comissão de Cuidados Intensivos do Hospital Geral de Massachussets, em 1970, definiu o conceito de decisão de não reanimar (DNR), que culminou em 1974 com a proposta de uma política de DNR pela Associação Americana de Cardiologia, procurando

clarificar e uniformizar a actuação clínica (SOCIEDADE PORTUGUESA DE PEDIATRIA, 2006).

Recentemente, o Conselho Nacional de Ética e das Ciências da Vida no seu Parecer 11/95 relativamente à DNR, “que é ética a interrupção de tratamentos desproporcionados e ineficazes mais ainda que causam incómodo ou sofrimento ao doente, pelo que essa interrupção, ainda que vá encurtar o tempo de vida, não pode ser considerada eutanásia.”

Segundo o princípio básico da reanimação todas as vítimas de uma paragem cardio-respiratória devem ser reanimadas, a menos que haja uma decisão prévia para não reanimar. Contudo, em condições ideais em reanimação, só se tentariam reanimar doentes com elevada probabilidade de retorno a uma vida de relação digna e funcionalmente equiparável à que tinha antes da situação de paragem cardio-respiratória (CARNEIRO, 2001).

O European Resuscitation Council (2006) refere que menos de 20% das vítimas de paragem cardiorrespiratória (PCR) em meio hospitalar terão alta para o domicílio. Por outro lado, a maioria dos doentes sobrevivem quando tiveram uma PCR presenciada.

O European Resuscitation Council (2006), no que se refere à decisão de não reanimar, refere que existem situação de não reanimar quando: 1- O doente tenha manifestado previamente a vontade de não ser reanimado; 2- existência de uma elevada probabilidade de a vítima não sobreviver mesmo se forem instituídas manobras de reanimação.

Sublinha ainda que os profissionais não reconhecem facilmente as situações, em que a tentativa de reanimação não está indicada, pelo que **muitas reanimações são inapropriadas.**

Este foi o problema que identificou-se na prática, considerando que em muitas situações a reanimação é fútil.

## **1.5. ASPECTOS LEGAIS**

Neste capítulo pretende-se fazer referência à legislação considerada pertinente para nortear os profissionais de saúde na sua decisão.

A obstinação terapêutica é uma atitude inadequada, envolvendo meios extraordinários e desproporcionados ao benefício esperado. Que conduzem a sofrimentos desnecessários e gratuitos aos doentes sempre que exista uma alta probabilidade de que desta intervenção não resulte um prolongamento da vida autónoma e consciente. Por outro lado, cabe ao profissional de saúde fazer cumprir o direito à vida e à qualidade de vida da pessoa.

Na dificuldade de estabelecer um critério preciso, rigoroso e bem justificado clinicamente, poderão muitas vezes surgir muitos dilemas éticos. E no que se relaciona com o presente ensaio, a decisão de não reanimar impõe muitas questões éticas relacionadas com o não proporcionar suporte de vida.

Código Penal (2007), Livro II- Parte especial; Título I- Dos Crimes contra as Pessoas; Capítulo I- Dos Crimes contra a Vida

**Artigo 133.º (Homicídio Privilegiado):** refere que quem matar outra pessoa dominado por compreensível emoção violenta, compaixão, desespero ou motivo de relevante valor social ou moral, que diminuam sensivelmente a sua culpa, é punido com pena de prisão até 5 anos.

**Artigo 134.º (Homicídio a pedido da vítima),** número 1- quem matar outra pessoa determinado por pedido sério, instante e expresso que ela lhe tenha feito é punido com pena de prisão até três anos; número 2- a tentativa é punido.

**Artigo 135.º (Homicídio ou ajuda ao suicídio),** número 1- quem incitar outra pessoa a suicidar-se, ou lhe prestar ajuda para esse fim, é punido com a pena de prisão até três anos, se o suicídio vier efectivamente a ser tentado ou a consumir-se; número 2- se a pessoa incentivada a ou a quem se presta a ajuda for menor de 16 anos ou tiver, por qualquer motivo, a sua capacidade de valoração ou de determinação sensivelmente diminuída, o agente é punido com pena de prisão de um a cinco anos.

**Artigo 150.º (Intervenções e Tratamentos Médico - Cirúrgicos)**

1- As intervenções e os tratamentos que segundo o estado dos conhecimentos e da experiência da medicina, se mostrarem indicados e forem levados a cabo, de acordo

com a *leges artis*, por um médico ou por outra pessoa legalmente autorizada, com a intenção de prevenir, diagnosticar, debelar ou minorar a doença, sofrimento, lesão ou fadiga corporal, ou perturbação mental, não se consideram ofensa à integridade física.

- 2- As pessoas indicadas no número anterior que, em vista das finalidades nela apontadas, realizem intervenções ou tratamentos violando as *leges artis* e criarem, desse modo, um perigo para a vida ou perigo grave ofensa para o corpo ou para a saúde, são punidas com pena de prisão até dois anos ou com pena de multa até 240 dias, se pena mais grave lhes não couber por força de outra disposição legal.

### **Artigo 156.º (Intervenções e tratamentos Médico- Cirúrgicos arbitrários)**

- 1- As pessoas indicadas no artigo 150.º que, em vista das finalidades nele apontadas, realizarem intervenções ou tratamentos sem consentimento do paciente são punidas com pena de prisão até três anos ou com pena de multa.
- 2- O facto não é punível quando o consentimento:
  - a) Só puder ser obtido com adiamento que implique perigo para a vida ou perigo grave para o corpo ou para a saúde; ou
  - b) Tiver sido dado para certas intervenções ou tratamento, tendo vindo a realizar-se outro diferente por se ter revelado imposto pelo estado dos conhecimentos e da experiência da medicina como meio para evitar o perigo para a vida, o corpo ou a saúde; e não se verificarem circunstâncias que permitam concluir com segurança que o consentimento seria recusado.
- 3- Se, por negligência grosseira, o agente representar falsamente os pressupostos do consentimento, é punido com penas de prisão até seis meses ou com penas de multa até 60 dias.
- 4- O procedimento criminal depende de queixa.

Importa ainda referir o **Artigo 149.º (Consentimento), do Código Penal**, uma vez que qualquer acto médico deve ter por base um consentimento da pessoa e no caso de esta não se encontrar em condições de o manifestar, deve se obter o consentimento do seu representante legal.

- 1- Para efeito de consentimento a integridade física considera-se livremente disponível.

2- Para decidir se a ofensa ao corpo ou à saúde contraria os bons costumes, tomam-se em conta, nomeadamente, os motivos e os fins do agente ou do ofendido, bem como os meios empregados e amplitude previsível da ofensa.

Ainda no que se refere nos mecanismos de tutela com vista à protecção do Direito à Vida considera-se importante ter em atenção os seguintes documentos, de acordo com Vital MOREIRA e J.J. Gomes CANOTILHO (2007).

## O DIREITO À VIDA NO DIREITO PORTUGUÊS:

### **Legislação:**

- Código Penal, artigos 131.º e seguintes, 140.º e seguintes, 184.º e seguintes e 358.º;
- Lei n.º 6/84, de 11-05 (Exclusão de ilicitude de interrupção da gravidez); Lei n.º 8/97, de 12-04 (Incrimina condutas susceptíveis de criar perigo para a vida e integridade física, decorrentes do uso e porte de armas e substâncias ou engenhos explosivos ou pirotécnicos);
- Lei n.º 12/93, de 22-04, e Decreto-Lei n.º 244/94, de 26-09 (colheita e transplante de órgãos e tecidos); Lei n.º 90/97, de 30-07 (altera os prazos de exclusão de ilicitude nos casos de interrupção voluntária da gravidez); Lei n.º 12/2001, de 29-05 (contracepção de emergência).

**Jurisprudência:** Acórdãos números 25/84 e 85/85 (licitude do aborto).

Pareceres: Procuradoria-Geral da República, P000311982 (aborto, interrupção voluntária da gravidez/direito à vida/protecção constitucional dos nascituros; Pareceres, Vol. II, pp.17 e seguintes).

## O DIREITO À VIDA NO DIREITO INTERNACIONAL:

- Declaração Universal dos Direitos do Homem, artigo 3.º, artigo 6.º e o seu Protocolo Adicional com vista a abolição da Pena de Morte, artigo 11.º; Convenção para a prevenção e repressão do crime de genocídio, de 01-12-1948; Convenção Europeia dos Direitos do Homem, artigo 2.º e os seus Protocolos números 6 e 13.

**Jurisprudência:** Acórdão do Tribunal dos Direitos do Homem de 29-04-2002, caso Pretty vs. Reino Unido.

## O DIREITO À VIDA NO DIREITO EUROPEU:

### **Legislação:**

- Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, artigo 2.º; Decisão do Conselho de 03-12-1998 (que confere à Europol para tratar das infracções cometidas ou susceptíveis de serem cometidas, no âmbito de actividades de terrorismo que atentem contra a vida, a integridade física, a Liberdade das pessoas e os bens). Tratado da Constituição Europeia, artigo II- 62.º.

**Jurisprudência:** Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem de 29-04-2002, caso *Pretty vs. Reino Unido* (ajuda ao suicídio).

- Pareceres: Conselho Económico e Social sobre “A União Europeia e os aspectos externos da política de direitos humanos” (97/C 206/21); sobre “Para uma Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia” (2000/ C 367/08).

## **1.6. DIREITOS DO HOMEM E DA BIOMEDICINA**

*(Artigo 4.º- Obrigações Profissionais e regras de conduta)*

A Convenção dos Direitos do Homem e da Biomedicina data de 1997, sendo também conhecida como Convenção de Oviedo. Esta foi ratificada por Portugal em 2001.

Importa incluir esta Convenção na abordagem sobre a Decisão de Não Reanimar, uma vez que, após o julgamento de Nuremberga, a comunidade humana considerou uma obrigação regulamentar a prática da experimentação em seres humanos, em particular no que respeita à obtenção de consentimento informado.

Em causa encontrava-se a violação de alguns direitos fundamentais, colocando em dúvida a essência da dignidade humana.

O autor, Nunes (2003), no seguimento desta reflexão coloca a seguinte questão: “Mas pode perguntar-se, desde logo, qual a fundamentação da ética numa sociedade plural e secularizada?” A doutrina dos Direitos Humanos, em todas as sociedades de tradição judaico-cristã, evoluiu ao ponto de conferir uma autonomia quase limitada ao ser humano individual.

Sendo uma noção que se encontra expressa na Declaração Universal dos Direitos do Homem, deve ser determinante em toda a reflexão ética em torno das ciências

da vida. “Qualquer intervenção na área da saúde, incluindo a investigação, deve ser efectuada na observância das normas e obrigações profissionais, bem como pelas regras de conduta aplicáveis ao caso concreto.” (Artigo 4.º da Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano Relativamente às Aplicações da Biologia e da Medicina).

## 1.7. CONVENÇÃO EUROPEIA DOS DIREITOS DO HOMEM

No que se refere às questões relacionadas com as decisões tomadas no decorrer do fim de vida a Convenção Europeia dos Direitos do Homem no **Título I- Direitos e Liberdades**, no seu **artigo 2.º - Direito à Vida**, faz referência às seguintes considerações:

- 1- O direito de qualquer pessoa à vida é protegido pela lei. Ninguém poderá ser intencionalmente privado da vida, salvo em execução de uma sentença capital pronunciada por um tribunal, no caso de o crime ser punido com esta pena de lei.
- 2- Não haverá violação do presente artigo quando a morte resulte do recurso à força, tornando absolutamente necessário:
  - a) Para assegurar a defesa de qualquer pessoa de uma violência ilegal;
  - b) Para efectuar uma detenção legal ou para impedir a evasão de uma pessoa detida legalmente;
  - c) Para reprimir, em conformidade com a lei, uma revolta ou uma insurreição.

### JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM

#### *Acórdão Pretty vs Reino Unido (IV Sessão)*

O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem refere-se à obrigação do estado de proteger a vida, não considerando que o artigo 2.º possa conter o aspecto negativo deste direito. O que faria com que o artigo 2.º, sem distorção de linguagem, fosse interpretado de modo a conferir um direito diametralmente oposto, o direito a morrer. Considerando que não seria vantajoso criar um direito de autodeterminação neste sentido, o de atribuir a todos os indivíduos o direito de escolher a morte em vez da vida. Consequentemente, não seria possível deduzir do artigo 2.º um direito a morrer, seja um acto particular ou com a assistência de uma autoridade pública.

No que diz respeito ao artigo 3.º, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem sublinha que o governo não infligiu qualquer tratamento inaceitável à requerente; a mesma

não refere não ter recebido tratamentos adequados por parte dos serviços médicos do Estado. A requerente considera como um tratamento desumano e degradante o facto de as autoridades do Estado não permitirem que o seu marido lhe dê ajuda no suicídio (responsabilizando o Estado).

Admitir a obrigação positiva que a requerente coloca sobre o Estado reivindicando a que o mesmo admitisse actos com vista à interrupção da vida, obrigação que o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem considera que não pode ser interpretada no artigo 3.º.

A requerente é impedida por lei de exercer a sua vontade de forma a evitar o que é para si um fim de vida indigno e penoso. O Tribunal considerou que não pode excluir que tal facto representa um atentado ao direito da pessoa ao respeito pela sua vida privada, como está descrito no artigo 8.º § 1 (BERGER, 2007).

## **2. DIGNIDADE HUMANA**

Na abordagem do primado do Ser Humano sobre a Técnica, é imprescindível falar de Dignidade Humana, a qual é extremamente bem referenciada no Parecer 26/CNECV – Reflexão Ética sobre a Dignidade Humana, do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida (CNECV). Neste parecer o CNECV analisa o conceito da dignidade humana nas suas componentes filosóficas, biológicas e nas suas implicações éticas.

Quando nos debruçamos sobre a Convenção Europeia dos Direitos do Homem sabemos que a mesma está eticamente fundamentada à luz do conceito de Dignidade Humana. Uma vez que esta Convenção assume que: “Decididos, enquanto Governos de Estados Europeus animados no mesmo espírito, possuindo um património comum de ideias e tradições políticas, de respeito pela liberdade e pelo primado do direito, a tomar as primeiras providências apropriadas para assegurar a garantia colectiva de certo número de direitos enunciados na Declaração Universal” (BARRETO, 2005).

Ao assentar na base do respeito pela Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 10 de Dezembro de 1948, texto Português publicado em diário da República, I Série, n.º 57, de 9 de Março de 1978, é importante referir a ênfase atribuída no seu Preâmbulo à Dignidade Humana: “Considerando que, na Carta, os Povos das Nações Unidas proclamam, de novo, a sua fé nos direitos fundamentais do homem, na sua

dignidade e no valor da pessoa humana, na igualdade de direito dos homens e das mulheres e se declaram resolvidos a favorecer o processo social e a instaurar melhores condições de vida dentro de uma liberdade mais ampla” (BARRETO, 2005).

Considerando pertinente referir o conceito de liberdade, no sentido de que a liberdade do profissional de saúde em tomar uma decisão perante a pessoa em fim de vida deverá respeitar a liberdade de decisão da mesma e da sua família.

“A liberdade humana sei o que é: verdade da consciência como Deus. Por ela chego facilmente ao direito absoluto; por ela sei apreciar as instituições sociais. Sei que a esfera dos meus actos livres só tem por limites a esfera dos actos livres dos outros, e por limites factícios as restrições a que conviesse submeter-me para a sociedade existir e para eu achar nela a garantia do exercício das minhas liberdades” (Alexandre HERCULANO citado pelo Prof. Doutor CANOTILHO, 1997).

A noção de dignidade humana pode variar consoante as épocas e os locais, é a ideia central que actualmente possuímos e admitimos na civilização ocidental, que constitui a base dos textos fundamentais sobre Direitos Humanos (26/CNECV/99). “Os Direitos Humanos são a expressão directa da dignidade da pessoa humana, a obrigação dos Estados de assegurarem o respeito que decorre do próprio reconhecimento dessa dignidade” (26/CNECV/99, citando LENOIR e MATHIEU, 1998).

A abordagem da dignidade humana faz-se sobretudo pela negativa, ou seja, pela negação da banalidade do mal; é o confronto com situações de indignidade ou de ausência de respeito que se tem em consideração o tipo de comportamentos que têm de ser respeitados.

A dignidade humana é um conceito evolutivo, dinâmico, abrangente. Lenoir e Mathieu, referindo a Declaração Universal dos Direitos do Homem, e tendo em conta o alargamento do conceito de dignidade, referem os princípios que lhe estão associados: o princípio da não discriminação; o direito à vida; a proibição de tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes; o respeito pela vida privada e familiar; o direito à saúde; a liberdade de investigação (em respeito com a dignidade da pessoa humana).

Estes são conceitos muito importantes a ter em consideração quando se fala no cuidar e na tomada de decisões em fim de vida.

Importa ainda referir a noção de ética de responsabilidade de Hans Jonas, que se centra no cuidado, “que nos põe no centro de tudo o que nos acontece e que nos faz responsáveis pelo outro...” (B. SOUSA SANTOS).

### 3. OS CUIDADOS PALIATIVOS COMO UM DIREITO HUMANO

A palavra “paliativo” provém do verbo latino *palliare*, que significa, “cobrir com capa”, deste modo o que é paliativo pretende atenuar, aliviar, apresentando uma eficiência apenas temporária.

Os cuidados paliativos tendem a incidir não sobre a causa da doença, pois pressupõe não existir a possibilidade de cura, mas sobre o tratamento dos sintomas, respeitando a dignidade e a promoção da qualidade de vida da pessoa que sofre de doença grave e/ou crónica incurável.

Centrando-se na ideia expressa por Cicely Saunders, fundadora da primeira unidade inglesa de cuidados paliativos, no ano de 1967, considerando que: “*You matter because you are. You matter to the last moment of your life and we do all we can, not only to help you die peacefully, but also to live until you die.*”

Para que as pessoas que necessitam de cuidados paliativos tenham acesso aos mesmos, é necessário a criação em todo o território nacional de unidades de cuidados paliativos.

### 4. CUIDADOS PALIATIVOS – MORRER COM DIGNIDADE

Os cuidados paliativos assim como são definidos pela Organização Mundial de Saúde (2002), estes são cuidados de saúde que não tem por objecto uma doença específica, nem apenas a doentes em fase terminal, tendo como objectivo a satisfação das necessidades decorrentes da progressão de doenças graves e/ou crónicas e incuráveis.

Estes cuidados podem prolongar-se, em muitos casos, ao longo de semanas, meses ou anos.

O objectivo da sua prestação é o de permitir a cada um “terminar os seus dias docemente, tranquilamente, liberto das suas dores, rodeado dos seus, num clima de paz e de ternura”; é de “não apenas tratar a dor, mas também escutar, dialogar, sentar-se à cabeceira do leito de quem vai morrer, aceitar falar com ele sobre os seus medos e tentar compreendê-lo” (HENNEZEL, 2004).

De acordo com Helena Pereira de Melo (2010), a lei portuguesa deveria consagrar expressamente que: “*Os profissionais de saúde utilizam todos os meios disponíveis para assegurar a cada um uma vida digna até à morte.*”

## **5. OS CUIDADOS PALIATIVOS NO DIREITO PORTUGUÊS**

### **5.1. O DIREITO A CUIDADOS PALIATIVOS**

Os cuidados de saúde devem assegurar a cada um uma vida digna até ao fim através do direito à saúde.

O direito à saúde, de que todo o ser humano é titular, como já foi referido anteriormente, encontra-se consagrado na Constituição da República Portuguesa e na Convenção sobre os Direitos do Homem e da Biomedicina, sublinhando que as partes contratantes deverão adoptar medidas adequadas para que seja assegurado “um acesso equitativo aos cuidados de saúde de qualidade apropriada” (artigo 3.º, Convenção sobre os Direitos do Homem e da Biomedicina).

A prestação de cuidados paliativos integra-se no conteúdo do direito de cada cidadão à prestação de cuidados de saúde, sendo da responsabilidade do Governo Português garantir que este tipo de cuidados se encontra acessíveis a todas as pessoas que necessitam – devendo os cuidados paliativos serem considerados uma prioridade de saúde pública (de acordo com o Conselho da Europa, Recomendação Rec (2003) 24 do Comité de Ministros aos Estados Membros sobre a Organização dos Cuidados Paliativos, de 12 de Novembro de 2003).

A Professora Helena Pereira de Melo, refere que para que sejam o direito das pessoas com doença incurável a acederem a cuidados paliativos imprescindíveis para o controlo dos sintomas e para desfrutarem de um elevado nível de bem-estar físico, psicológico, social e espiritual, é sugerido que no artigo 64.º da Constituição seja alterado na perspectiva de incluir cuidados de medicina paliativa. Propondo a seguinte redacção para o n.º 3 do mesmo artigo: “Para assegurar o direito à protecção da saúde, incumbe prioritariamente ao Estado: a) Garantir o acesso de todos os cidadãos, independentemente da sua condição económica, aos cuidados da medicina preventiva, curativa, de reabilitação e paliativa.”

### **5.2. A REDE DE CUIDADOS PALIATIVOS**

A criação da rede de cuidados paliativos é essencial para o acesso aos mesmos em todo o território nacional.

De acordo com a minha visão – uma visão de quem presta cuidados de saúde a pessoas que necessitam destes cuidados específicos –, a actual prestação de cuidados paliativos continua a ser insuficiente em Portugal; existem diferenças no acesso e na qualidade de cuidados prestados, que em certo modo, podem ser consideradas discriminações injustas em função do estado de saúde (artigo E da Carta Social Europeia Revista e na Lei n.º 46/2006, de 28 de Agosto, que proíbe e pune a discriminação em razão da deficiência e da existência de risco agravado para a saúde).

Actualmente existem “2000 camas montadas no país em cerca de cem unidades”, segundo Inês Guerreiro, coordenadora da Unidade de Missão para os Cuidados Continuados Integrados.

Contudo considerando que morrem em Portugal, por ano, cerca de cem mil pessoas, é fácil constatar que o número de camas existentes é insuficiente para fazer face às necessidades de cuidados da pessoa em fase terminal.

Por outro lado, uma vez que este tipo de cuidados são financiados, em parte, pelas receitas dos jogos sociais (artigo 3.º do Decreto – Lei n.º 56/2006, de 15 de Março, que regula a distribuição dos resultados líquidos dos jogos sociais explorados pela Santa Casa da Misericórdia de Lisboa), de acordo com Helena Pereira de Melo, “parece-nos que poderiam ser fixadas metas quantitativas anuais em matéria de prestação de cuidados paliativos mais ambiciosas do que as fixadas no Programa Nacional de Cuidados Paliativos”, aprovado pelo Despacho do Ministério Da Saúde de 15 de Junho de 2004 (ponto IV do referido Programa).

### **5.3. A LEI DE ACESSO A CUIDADOS PALIATIVOS**

Existem diversos instrumentos jurídicos que em Portugal se aplicam à prestação de cuidados de medicina paliativa. Contudo, a tutela que lhes é dispensada é, no entanto, dispersa e fragmentária.

- O Plano Nacional de Luta Contra a Dor, aprovado por Despacho Ministerial de 26 de Março de 2001, tendo como objectivo o alívio da dor aguda ou crónica de qualquer causa. Contudo, não abrange o tratamento da angústia e depressões causadas pela doença grave e incurável.
- A Resolução do Conselho de Ministros n.º 129/2001, de 2 de Agosto, aprovou o Plano Oncológico Nacional 2001-2005, cujo capítulo VIII definiu objectivos a

alcançar em matéria de cuidados paliativos e medidas a adoptar para a sua concretização.

- O Plano Nacional de Saúde 2004 – 2010, segundo o qual cuidados paliativos constituem uma área prioritária de intervenção. Para concretizar o disposto nesse documento foi elaborado por um grupo de peritos no âmbito da Direcção Geral de Saúde o já aludido Programa Nacional de Cuidados Paliativos; onde se prevê uma abordagem específica dos cuidados paliativos a prestar por equipas multidisciplinares com formação própria para o efeito.
- O Decreto – Lei n.º 101/2006, de 6 de Junho, que cria a Rede Nacional de Cuidados Integrados, no âmbito da qual se prevê a prestação de cuidados paliativos. Facilitaria a aplicação das normas nele contidas a adopção de um diploma legal que assegure o respeito pelos direitos das pessoas no acesso aos cuidados paliativos.

## **6. O DIREITO AO ALIVIO DA DOR COMO UM DIREITO HUMANO**

A OMS preconizou o efectivo controle da dor e dos seus sintomas comuns e paliativos como das mais importantes prioridades no sistema de saúde, estimulando que cada governo o inclua no seu sistema de saúde, de avaliar a dor e outros sintomas e melhorar a qualidade de vida dos doentes sendo a humanização uma ferramenta mestre para a obtenção do trabalho adequado (WHO, 1999).

A humanização evoca que o alívio da dor e o controle dos sintomas em cuidados paliativos devem começar desde o diagnóstico da doença crónica (ou não) até à fase avançada.

Humanizar é a garantia de atender as necessidades destes doentes. Os indivíduos são singulares e não podemos pedir que respondam da mesma forma às nossas intervenções, nem que mantenham uniformemente respostas a longo prazo. Tratar um doente requer considerá-lo como um todo, nas suas dimensões biológicas, psicológicas, familiares, sociais, económicas e todas as que estão nas relações estabelecidas entre os sistemas envolvidos. Não basta controlar os sintomas, mas também o doente e os sistemas que com ele interagem.

A humanização envolve observar todos os aspectos do "adoecer", o respeito, as crenças e fragilidades dos doentes e familiares, além da ética nas actividades técnico-científicas.

O sofrimento humano e as percepções da dor precisam ser humanizadas, para isso tem que existir comunicação – sem ela não há humanização, pois esta depende da capacidade de ouvir e do diálogo.

A tecnociência torna-se desumana porque vê o doente como um mero objecto despersonalizado de uma investigação fria e objectiva.

O processo de humanização deve ser monitorizado, gerido pelos indicadores tangíveis, como o consumo de morfina, a redução do quadro álgico (dor), pois estes indicadores têm como finalidade nortear os gestores de forma objectiva, avaliar as actividades existentes e acrescentar todas as acções necessárias para melhorar a assistência oferecida aos doentes e seus familiares, envolvendo toda a equipa multidisciplinar neste melhoramento.

A humanização em cuidados paliativos e dor tem o desafio de cuidar com competência humana e científica, reivindicando a necessidade de cuidar de forma imperativa, porque a dor é uma experiencia multidimensional e de alta complexidade. Constatamos que passamos por uma profunda crise de humanismo. Fala-se muito de ambientes desumanizados, tecnicamente perfeitos, mas sem alma e ternura humana. A pessoa humana vulnerabilizada pela doença deixou de ser o centro de atenções e passou a ser instrumentalizada em função de determinado fim, pode ser objecto de aprendizagem, cobaia de pesquisa, todavia, as pessoas têm dignidade que tem que ser respeitada.

É vital a adopção de políticas de assistência e cuidado que honre a dignidade do ser humano doente.

### **O acesso ao alívio da dor como um Direito Humano (baseado no relatório da Human Rights Watch)**

Posto isto, considerar o acesso ao alívio da dor como um Direito Humano é um imperativo no que respeita a proporcionar à pessoa uma melhor qualidade de vida. A frase introdutória do relatório da Human Rights Watch é de uma enorme riqueza conceptual que nos permite abordar de forma pormenorizada a questão do acesso ao alívio da dor como um direito de todos os cidadãos:

### **Tratamento da Dor, Cuidados Paliativos e Direitos Humanos**

- 1- A saúde como um Direito Humano;

- 2- Tratamento da dor e Direito à Saúde;
- 3- Tratamento da dor e o Direito de não ser submetido a tratamentos cruéis, desumanos e degradantes.

### **Obstáculos ao fornecimento de tratamentos de alívio da dor e cuidados paliativos**

- 1- Sistema de oferta funcional e eficaz (avaliação das necessidades nacionais; garantir uma distribuição eficaz);
- 2- Adotar políticas em matéria do tratamento da dor e de cuidados paliativos;
- 3- Falta de formação/ informação aos profissionais de saúde;
- 4- Regulamentação do controlo de drogas ou de práticas de aplicação das mesmas muito restritivas;
- 5- Reacções relativas ao receio de sanção legal;
- 6- Os custos para a Saúde.

### **Situações – Problema: O caso do Uganda e do Vietname – quebrar o ciclo vicioso do tratamento insuficiente da Dor**

(Relatório da Human Rights Watch- Figura da Página 23).

#### **Imperativo para reflectir sobre este assunto:**

*«Pendant deux jours, j'ai eu une douleur atroce dans le dos et aussi sur le devant du corps. J'ai cru que j'allais mourir. Le docteur a dit qu'il n'y avait pas besoin de me donner des médicaments pour la douleur, que c'était juste un hématome et que la douleur disparaîtrait toute seule. J'ai crié toute la nuit.»*

– Un Indien décrivant son séjour à l'hôpital immédiatement après un accident survenu sur un chantier de construction, au cours duquel il a subi un traumatisme de la moelle épinière.

*«Le cancer nous tue. La douleur me tue parce que depuis plusieurs jours jen'ai pas pu trouver de morphine injectable nulle part. S'il vous plait Mr. le Secrétaire à la Santé, ne nous laissez plus souffrir...»*

– Petite annonce publiée dans un journal colombien en septembre 2008 par la mère d'une femme atteinte d'un cancer du col de l'utérus.

*«Les médecins ont peur de la morphine... Les docteurs [au Kenya] sont tellement habitués aux patients qui meurent dans la douleur (...) qu'ils pensent que c'est comme ça qu'on doit*

*mourir. Ils sont méfiants si vous ne mourrez pas comme ça – [et pensent] que vous êtes mort prématurément.»*

– Um médico de um hospício do Kenya.

## 7. CONCLUSÃO

A suspensão ou abstenção de tratamento, ou a administração de medicamentos com a finalidade terapêutica está fora do âmbito da eutanásia; sendo a morte superveniente uma consequência esperada mas não desejada (não é intencional). Na perspectiva ética, a complexidade da situação agrava-se quando se proclama a morte directa e intencional: é sempre ilegítima mas “deixar morrer” seria aceitável nalgumas circunstâncias – principalmente quando a intenção é aliviar o sofrimento ou providenciar a analgesia necessária.

Existem argumentos éticos válidos a favor e contra a prática da eutanásia, sendo estes:

- Argumentos contra: O carácter sagrado da vida humana, integridade da profissão médica e abuso potencial (slippery- slope);
- Argumentos a favor: respeito pela autodeterminação da pessoa e alívio da dor e do sofrimento.

De acordo com o mais recente estudo sobre a eutanásia realizado na Holanda por Van der Heide *et al.*, evidencia uma evolução positiva no que diz respeito ao controlo da eutanásia voluntária, mas permanecem algumas dúvidas sobre outras decisões médicas em fim de vida, como sendo a sedação com morfina (pretendendo o alívio da dor e do sofrimento, não se trata de uma morte intencional, mas sim com efeito subsidiário em relação ao objectivo principal que é o alívio do sofrimento através da sedação.

Posto isto, será necessário a adopção de um diploma específico em matéria de cuidados paliativos que consagre os direitos referidos ao longo do trabalho assim como os seguintes direitos:

- O direito a assistência psicológica;
- O direito a assistência espiritual;
- O direito de recusa de tratamento;
- O direito a acompanhamento por familiares e amigos;
- O direito ao repouso;

- O direito a formular directivas antecipadas de vontade;
- O direito ao apoio domiciliário.

Deste modo iria contribuir para que cada um de nós seja em alguma medida “dono” da sua própria morte. No sentido de organizar a sua própria morte, de a tornar numa “morte oportuna” e numa “boa morte”.

Como nos refere Helena Pereira de Melo (2010), “se eutanásia significa etimologicamente ‘boa morte’, parece-nos que ninguém se oporá a ela no sentido proposto: o de assegurar a cada pessoa os cuidados paliativos indispensáveis para que viva o melhor possível, sem sofrimento e sem dor, até ao termo da sua vida biológica”.

O respeito pelo Direito à Vida impõe o respeito pela Dignidade ao longo da Vida e no seu termo, para isto pretende o presente projecto, ser um contributo para a discussão pública e implementação de mudanças nos cuidados de saúde à pessoa em fim de vida.

## **BIBLIOGRAFIA**

- ARCHER, Luís; BISCAIA, Jorge; OSWALD, Walter; RENAUD, Michel. *Novos Desafios à Bioética*. Porto: Porto Editora. 2001. ISBN: 972-0-06036-0.
- BARRETO, I. C. *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem Anotada*. 3.<sup>a</sup> Edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. ISBN: 972-32-1350-8
- BRITO, J.H. Silveira. “O que dizer da Morte”. *Cadernos de Bioética*. N. 30. Dezembro de 2002
- CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa de 2 de Abril de 1976: revista pelas leis constitucionais n.ºs 1/82, 1/89, 1/92 e 1/97: Lei do Tribunal Constitucional*. 4.<sup>a</sup> Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1997. ISBN: 972-32-0492-3.
- CARNEIRO, António H. *et al. Manual de Suporte Avançado de Vida*. Conselho Português de Ressuscitação, 2001.
- EUROPEAN RESUSCITATION COUNCIL. *Curso de Suporte Avançado de Vida*. Plano Estratégico Regional para Urgência/ Emergência em Unidades de Saúde. Ministério da Saúde. ARS- Centro, 2006.
- GONÇALVES, Manuel Lopes Maia. *Código Penal Anotado Português*. 14.<sup>a</sup> ed., Coimbra: Almedina, 2001.

- HENNEZEL, Maria. *Diálogo com a Morte*. 3ª Edição. Lisboa: Notícias Editorial. 1999. ISBN: 972-46-0793-3. Pág.11
- LEE, R., MORGAN, D. *Death Rights: Law and Ethics at the end of Life*. Routledge- London and New York. New York, 1996. ISBN: 0-415-14026-9
- NUNES, Rui. *Regulação da Saúde*. 2.ª Edição. Porto: Vida Económica Editora, Maio de 2009. ISBN: 978-972-788-305-9
- NUNES, R., REGO, G. *Prioridades na Saúde*. Lisboa: McGraw – Hill, 2002.
- NUNES, R. *Direitos do Homem e da Biomedicina*. Lisboa: Editorial Verbo, 2003. ISBN: 972-54-0048-8.
- NUNES, R. *Humanização a saúde*. Coimbra: Gráfica de Coimbra, Janeiro de 2007. ISBN: 978-972-603-386-8
- PESSINI, L. *Morrer com dignidade*. 2ª ed. Aparecida: Editora Santiago. 1990.
- PORTUGAL. *Código Deontológico para Enfermeiros*. Decreto-lei n.º 104/98. Disponível em: <http://www.ordemdosenfermeiros.pt> [10.10.2012].
- SANTOS, A. L. *Bem da Pessoa e Bem Comum: um desafio à Bioética*. Coimbra: Gráfica de Coimbra, Centro de Estudo de Bioética, 1998. ISBN: 972-603-185-0
- SERRÃO, D.; NUNES, R. *Ética em Cuidados de Saúde*. Porto: Porto Editora, 1998. ISBN: 972-0-06033-6
- SINGER, P. *Ética prática*. 2ª Edição. Cambridge University Press, Madrid, 2003.
- TWYXCROSS, R. *Cuidados Paliativos*. 2.ª ed., Lisboa: CLIMEPSI Editores, Novembro de 2003. ISBN: 972-796-093-6

**Concelho Nacional de Ética para as Ciências da Vida.**

<http://www.cnecv.gov.pt/cnecv/pt/>

- Parecer 11/CNECV/95 sobre os “Aspectos éticos dos Cuidados de Saúde relacionados com o final da vida.”
- Parecer 10/CNECV/95 sobre os “Critérios de Morte.”
- Documento de Trabalho 26/CNECV/99 Reflexão Ética sobre a Dignidade Humana.
- Parecer sobre o Estado Vegetativo Persistente 45/CNECV/05.

**Associação Portuguesa de Bioética:**

- Parecer N.º P/13/APB/08 – Proposta em um Referendo Nacional sobre a Prática da Eutanásia.
- Parecer N.º P/05/APB/06 – Sobre Directivas Antecipadas de Vontade.
- Guidelines sobre Suspensão e Abstenção de Tratamento em Doentes Terminais.

### **Revistas**

- HORTA, Márcio Palis. “Eutanásia: problemas éticos da morte e do morrer”. In *Revista Bioética* Vol. 7, nº 1 (1999), p.27-33.
- MELO, Helena. Os aspectos jurídicos dos direitos dos doentes. *Actas do V Seminário do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida*. Imprensa Nacional Casa da Moeda, Presidência do Conselho de Ministros. Lisboa, 1999. p. 41.
- MELO, Helena. “Direito, Eutanásia e Suicídio Assistido”. *Actas do VIII Seminário Nacional do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida*. Presidência do Conselho de Ministros. Lisboa, 2001.
- MELO, Helena. “Legislação e Bioética”. *Cadernos de Bioética*. N. 19. 1999. p. 15-22.
- NUNES, Rui. “A Doença e a Morte”. *Acção Médica*. N. 4, 1990.
- NUNES, Rui. “Dimensão Ética da abordagem do Doente Terminal”. *Cadernos de Bioética*. N. 5, 1994.
- NUNES, Rui. “Responsabilidade Médica na Urgência”. *Arquivos de Medicina*. N. 10 (Sup. 5), 1996.
- NUNES, Rui. “A Vida Humana: Início e termo”. *Humanística e Teologia*. Vol. 17, N. 3. 1996.
- RAPOSO, J. M. “O cuidar e o Morrer”. *Cadernos de Bioética*. Ano XII, N. 31, Abril de 2003.
- RUBIALES, À. S., “Atitude ante el final de la vida en los profesionales de la sanidade”. *Cuadernos de Bioética*. N.º 60, Vol. XVII, 2006.
- WICKS, E. “The right to refuse medical treatment under the European Convention on Human Rights”. *Medical Law Review*. Vol. 9, N. 1. Oxford University Press, Spring, 2001.

## **“NAVEGAR É PRECISO, VIVER NÃO É PRECISO.” O DIREITO À IDENTIDADE DE GÊNERO E A FALÁCIA DO DETERMINISMO BIOLÓGICO**

PIETRO VIEIRA SARNAGLIA<sup>1</sup>  
[sarnaglia.pietro@gmail.com](mailto:sarnaglia.pietro@gmail.com)

### **RESUMO**

Sendo evidente a percepção de que nós, seres humanos, somos incompletos, é fácil perceber a necessidade daí resultante de uma busca por aperfeiçoamento com o objetivo de se alcançar a completude e a realização plena de uma identidade. Sob tal aspecto não se pode falar em identidade plena sem que se considere as questões que envolvem o sexo, o gênero e o desejo, bem como sua manifestação através da prática sexual. Nessa busca, o processo de construção da “*identidade individual*” está sujeito a sofrer rupturas, visto que não existem garantias de que o resultado de nosso desenvolvimento restará suficientemente harmônico com os padrões vigentes de modo a garantir a aceitação e reconhecimento desta identidade pela sociedade, que ainda hoje se mostra limitada a conferir legitimidade somente às categorias historicamente concebidas (e opostas) de homem e mulher. O fato flagrantemente constatado de que uma parcela significativa de indivíduos não pode se adequar a esta divisão dúplex, os proíbe de adquirir uma identidade que efetivamente se preste a finalidade de identificar. A análise da relação entre sexo, gênero e seus reflexos sobre a construção da identidade de um sujeito, bem como a resposta dada pela legislação portuguesa pertinente (Lei nº 07/2011) é o tema motivador deste trabalho.

**PALAVRAS-CHAVE:** Identidade; dignidade humana; gênero; sexo; transexualidade; direitos da personalidade.

### **1. INTRODUÇÃO**

---

<sup>1</sup> Advogado; Graduado em Direito pela Universidade Federal de Ouro Preto; Mestrando em Direitos Humanos pela Universidade do Minho. ([sarnaglia.pietro@gmail.com](mailto:sarnaglia.pietro@gmail.com))

Antes de adentrar precisamente no tema objeto de estudo deste trabalho que visa expor e analisar os aspectos sociais e antropológicos do direito à identidade de gênero e sua relação com a legislação portuguesa que trata o assunto, nomeadamente a Lei 07/2011, faz-se necessária uma breve explicação dos motivos pelos quais o mesmo foi nomeado desta forma.

A conhecida expressão “*navegar é preciso, viver não é preciso*” foi usada originalmente pelo general romano Pompeu<sup>2</sup> (106-48 a.C.) e está relatada na obra de Plutarco intitulada “Vida de Pompeu”<sup>3</sup>. Ela foi empregada no intuito de demonstrar que a arte de aventurar-se pelos mares apoiava-se na exatidão aritmética com que se dava o seu fazer. O ato de navegação, na altura, já era auxiliado por instrumentos tecnológicos que lhe garantiam exatidão, ou seja, a precisão de navegar. Em contraponto, o general acreditava que a “arte de viver” era incerta, sujeita a ocorrências imprevisíveis, portanto, para ele, viver era impreciso.<sup>4</sup>

Porém, foi na voz do poeta português Fernando Pessoa (1888-1935), muitos anos mais tarde, que a frase, tornada poesia<sup>5</sup>, ganhou a fama e a proporção significativa que hoje possui.

Nas palavras de Fernando Pessoa o significado atribuído originalmente à passagem ‘*viver não é preciso*’ é alterado para se impor novo sentido, qual seria o da real necessidade de se viver. Para Pessoa criar é *preciso*. A *necessidade* de criar, em sua percepção supera até mesmo a necessidade de se viver, uma vez que para ele há mais valor no legado deixado – tido como construção *cultural* do ser humano - do que na própria vida em si – condição *natural* de existência deste.

Aqui, entretanto, modifica-se ainda mais o conceito da sentença que dá nome a este ensaio acadêmico. A passagem poética é entendida como justificativa e hipótese deste trabalho, no qual “*navegar é preciso*” denuncia a necessidade de aventurar-se pelos

---

<sup>2</sup> A frase original, dita pelo general romano Pompeu aos marinheiros, amedrontados, que recusavam viajar durante a guerra, foi “*Navigare necesse; vivere non est necesse*” - cf. Plutarco, in *Vida de Pompeu*.

<sup>3</sup> Informação em disponível em <<<http://www.fpessoa.com.ar/poesias.asp?Poesia=036>>> (21/01/2012).

<sup>4</sup> Edgar BELLE– *Um olhar intertextual em: “Navegar é preciso, viver não é preciso”*, Caderno de Pós-Graduação em Letras, São Paulo – 2004, p. 97.

<sup>5</sup> “*Navegadores antigos tinham uma frase gloriosa:*

*‘Navegar é preciso; viver não é preciso’.*

*Quero para mim o espírito [d]esta frase,*

*transformada a forma para a casar como eu sou:*

*Viver não é necessário; o que é necessário é criar.”* Fernando PESSOA, *Obra poética*. Organização de Maria Aliete Galhoz. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Aguilar, 2004.

caminhos da pesquisa questionando valores e conceitos tidos como irretocáveis e colocando em cheque também arranjos sociais e comportamentais amplamente aceitos pela maioria das pessoas que se vêem submetidos a tais estruturas.

Por “*viver não é preciso*” adentra-se efetivamente no tema em análise para defender que a construção e reconhecimento de uma identidade (de gênero) é processo individualizado de cada sujeito, que se dá ao longo de sua vida por meio de suas experiências, e não comporta – ou não deveria comportar – submissão a categorias genericamente pré-determinadas.

É importante destacar, porém, que não se pretende neste trabalho, traçar uma definição do que seja gênero ou que ele venha a significar. Furtamo-nos em fazê-lo, pois travar tal discussão, além demandar uma erudição acadêmico-filosófica demasiado ampla, exigiria um esforço de pesquisa e argumentação que supera em muito os limites deste trabalho.<sup>6</sup>

## 2. INCOMPLETUDE, INSATISFAÇÃO E IDENTIDADE DE GÊNERO

A incompletude humana pode ser percebida e verificada por meio de nossa constante insatisfação; da perene necessidade em vermos atendidos nossos desejos ilimitados. Em termos econômicos básicos, a relação entre a escassez dos recursos disponíveis e nossas necessidades inesgotáveis é que justifica o nosso estado de permanente insatisfação.<sup>7</sup>

A incompletude, porém, não se traduz somente sob o aspecto econômico, nem se limita a uma característica exclusivamente humana. Está, pois, presente também em qualquer outro ser vivo, uma vez que sob determinado aspecto, todos eles são invariavelmente imperfeitos, portanto, passíveis de melhora. A incompletude é aqui entendida como o próprio inacabamento do ser<sup>8</sup>.

---

<sup>6</sup> Para uma análise dos diversos conceitos historicamente atribuídos ao termo “Gênero” ver, Joan Wallach SCOTT, “*Gênero: uma categoria útil de análise histórica*”. Educação & Realidade. Porto Alegre, vol. 20, nº 2, jul./dez. 1995, pp. 71-99.

<sup>7</sup> “A economia é a ciência que estuda as formas de comportamento humano resultantes da relação existente entre as ilimitadas necessidades a satisfazer e os recursos que, embora escassos, se prestam a usos alternativos”. Lionel Charles ROBBINS In [http://netopedia.tripod.com/diversos/definicoes\\_economia.htm](http://netopedia.tripod.com/diversos/definicoes_economia.htm) (22.01.2012)

<sup>8</sup> João Inácio KOLLING – “A Incompletude Humana”, disponível em [http://www.unilasalle.edu.br/lucas/assets/upload/INCOMPLETUDE\\_HUMANA.pdf](http://www.unilasalle.edu.br/lucas/assets/upload/INCOMPLETUDE_HUMANA.pdf) (18.11.2011)

Nesses termos, o que então nos diferencia dos demais viventes (e nos torna insatisfeitos diante de tal condição) é o fato de somente nós, humanos, termos consciência desse inacabamento. Neste sentido, João Inácio Kolling afirma que sob uma visão antropológica considera-se que os outros animais já nascem satisfeitos, pois possuem uma predisposição inata adequada a realização das necessidades de sua espécie. “[N]inguém precisa ensinar ao filhote de João-de-barro a fazer curso de engenharia e de arquitetura a fim de edificar sua casinha de barro. Ele já nasce naturalmente equipado com esta capacidade (nasce satisfeito)”<sup>9</sup>.

É, portanto, a constatação da incompletude e não a própria incompletude em si que nos torna insatisfeitos e, conseqüentemente, nos motiva a buscar um aperfeiçoamento. Nas palavras de Paulo Freire “seria uma agressiva contradição se, inacabado e consciente do inacabamento, o ser humano não se inserisse num permanente processo de esperançosa busca”<sup>10</sup>.

Mas que implicações esse processo de busca teria sobre a identidade de um sujeito? Que relação haveria entre identidade e gênero? A realização de uma identidade de gênero seria mesmo uma construção cultural baseada em nossas experiências? Ou haveria uma essência inata; natural; prévia ao fazer cultural capaz de justificar certa identidade?

Provar a noção de que o desenvolvimento de uma identidade de gênero assume caráter acidental por ser resultante de uma complexa busca pela plenitude e satisfação – não se tratando meramente de uma caminhada reta; com destino certo e biologicamente determinado – é uma proposta ambiciosa, muitas vezes ignorada no seio de uma sociedade que se constituiu baseada nos princípios da “matriz heterossexual”<sup>11</sup> e da “regulação binária da sexualidade”<sup>12</sup>.

A ideia de que sexo e gênero constituem realidades distintas, e que este (o gênero) é fruto de uma construção cultural, nos induz ao “lógico” raciocínio de aquele (o sexo) seria, por sua vez, uma realidade natural. Tal lógica, que trabalha com a noção

---

<sup>9</sup> João Inácio KOLLING, op. cit. p. 04, parênteses no original, interpelação nossa.

<sup>10</sup> Paulo FREIRE - *Pedagogia da indignação: cartas pedagógicas e outros escritos*, São Paulo: Editora UNESP, 2000, p. 114.

<sup>11</sup> A matriz heterossexual corresponde à “grade de inteligibilidade cultural por meio da qual os corpos, gêneros, e desejos são naturalizados.” Este conceito em Monique Wittig é denominado “contrato heterossexual”, para Adrienne Rich, “heterossexualidade compulsória”. Judith BUTLER – *Problemas de Gênero: feminismo e a subversão da identidade*. Trad. Renato Aguiar, Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, pp. 215, 216.

<sup>12</sup> “A regulação binária da sexualidade suprime a multiplicidade subversiva de uma sexualidade que rompe as hegemonias heterossexual, reprodutiva, e médico-jurídica.” Judith BUTLER – *Problemas de Gênero*, op. cit. p. 41

binária e oposta de natureza/cultura, foi assumida por algumas teóricas feministas no intuito de explicar e dar credibilidade à distinção sexo/gênero<sup>13</sup>, ou mesmo, foi utilizada para esclarecer a fonte da universalidade da subordinação feminina diante dos homens<sup>14</sup>.

Mas o sexo seria mesmo um dado natural imutável; uma atribuição biológica determinante? Ou não seria a própria noção natural de sexo, e os significados que ela assume, uma criação da cultura? Haverá alguma característica humana capaz de permanecer “puramente natural” depois de interpretada e subordinada pela cultura? Que relação se estabelece entre o par sexo/gênero diante do par natureza/cultura?

### 3. SEXO/GÊNERO, NATUREZA/CULTURA

Muitos (as) estudiosos (as), sobretudo os (as) que se dedicam ao feminismo, têm dispensado esforços para explicar o gênero, sua relação com o sexo e com dado biológico “correspondente”, bem como sua submissão às categorias socialmente constituídas.

Estabelecendo esta relação entre sexo e gênero, Judith Butler afirma que a distinção entre os dois conceitos foi originalmente concebida para questionar a concepção de que o sexo biologicamente atribuído a um sujeito é o seu destino. O afastamento dos termos se presta a defender que, por mais que o sexo sugira ser irretratável do ponto de vista biológico, o gênero, por sua vez, seria o resultado de uma construção cultural.

Consequentemente, as duas instituições estariam separadas de modo que não poderia um ser concebido como implicação necessária do outro. Assim, Butler defende que “[o gênero] não é resultado causal do sexo, nem tampouco tão aparentemente fixo quanto o sexo”<sup>15</sup>. Deste modo, a pretensa unidade e completude do sujeito se vêem questionada por essa diferenciação, que permite ao gênero manifestar-se como interpretação múltipla e não definida do sexo.

Sendo o gênero os significados culturalmente assumidos de forma acidental e não exata por um corpo sexuado, nada pode garantir que de determinado sexo tenha que

---

<sup>13</sup> Judith BUTLER – *Problemas de Gênero*, op. cit. p. 65.

<sup>14</sup> Sherry B. ORTNER, “*Está a Mulher para o Homem Assim como a Natureza Está Para a Cultura?*” In *A Mulher, a Cultura, a Sociedade*, coord. Michelle Zimbalist Rosaldo e Louise Lamphere, 1979, Ed. Paz e Terra, 1979, p. 95. Neste artigo, Ortner explica que apesar de extremamente convincente, a associação das mulheres à natureza, dos homens à cultura e as consequências opressivas daí resultantes se mostram um erro de avaliação, pois que a própria noção que distingue a natureza da cultura e lhes atribui diferentes valores, é também culturalmente criada.

<sup>15</sup> Judith BUTLER – *Problemas de Gênero*, op. cit. p. 24, interpelação nossa.

surgir determinado gênero. Se nós aprofundarmos nessa distinção, pode-se afirmar que inexistem qualquer relação obrigatória de continuidade entre os corpos sexuados e os gêneros culturalmente construídos sobre estes corpos.

A crença na existência de uma relação necessária entre um sexo e um gênero, na qual o gênero reflete o sexo ou encontra nele o seu limite, é, por fim, fruto da concepção de que o sexo só pode ser inteligível se inserido no sistema binário que coloca em oposição duas categorias fixas e determinadas e antagonicamente concebidas pela cultura que sustenta esta oposição.

Porém, no momento em que se teoriza a condição cultural do gênero como sendo independente do sexo, conclui-se que *homem* e *masculino* podem, perfeitamente ter significado tanto num corpo feminino como num corpo masculino, da mesma maneira que *mulher* e *feminino* podem também significar tanto um corpo masculino como um feminino<sup>16</sup>.

Sendo então o sistema binário do sexo o que justifica uma pretensa determinação biológica do gênero, como seria possível desvincular o gênero do sexo – para defender que o gênero seja culturalmente criado – sem antes desconstruir a lógica que estabelece a divisão bipartida das categorias sexuais?

Após considerar a hipótese de que os fatos ostensivamente “naturais” do sexo poderiam também ter sido produzidos discursivamente – por meio de discursos científicos que atendiam a outros interesses políticos e sociais<sup>17</sup> – Butler propõe que se a imutabilidade do sexo não constitui uma certeza, talvez a própria noção de sexo, e sua consequente estabilidade, sejam tão culturalmente concebidas quanto à ideia gênero.

A rigor, talvez o gênero não seja apenas um reflexo do sexo, exatamente porque o sexo pode sempre ter sido o próprio gênero, ambos igualmente elaborados na cultura, sendo, entretanto, aquele (o sexo) produzido e estabelecido como pré-discursivo

---

<sup>16</sup> Judith BUTLER – *Problemas de Gênero*, op. cit. p. 24.

<sup>17</sup> Neste sentido, Joan Scott afirma: “O gênero é uma das referências recorrentes pelas quais o poder político foi concebido, legitimado e criticado. Ele se refere à oposição homem/mulher e fundamenta ao mesmo tempo o seu sentido. Para reivindicar o poder político, a referência tem que parecer segura e fixa, fora de qualquer construção humana, fazendo parte da ordem natural ou divina.” Joan Wallach SCOTT. “*Gênero: uma categoria útil de análise histórica*”. op. cit, p. 93. Ainda nesta linha, exemplificando como um dado natural assume significado cultural direcionado, Simone de Beauvoir afirma que “no momento em que o dado fisiológico (inferioridade muscular) assume uma significação, esta surge desde logo como dependente de todo um contexto; a “fraqueza” só se revela como tal à luz dos fins que o homem se propõe, dos instrumentos de que dispõe, das leis que se impõe.” Simone de BEAUVOIR, – “*O Segundo Sexo: Fatos e Mitos*”, 4ª ed., Trad. Sérgio Milliet, Difusão Européia do Livro: São Paulo, 1970, p. 55.

pela própria cultura. Deste modo, a distinção entre sexo e gênero acabaria por ruir se mostrando absolutamente inexistente<sup>18</sup>.

Surge daí que o gênero não representa para a cultura o mesmo que o sexo representa para a natureza, pois a própria noção de sexo seria também um resultado discursivo por meio do qual a ideia de uma “natureza sexuada” dos corpos é apresentada e estabelecida como prévia à cultura, ou, nas palavras de Butler, tida como “uma superfície politicamente neutra *sobre a qual* age a cultura”<sup>19</sup>.

Nestes termos, o reconhecimento da dualidade do sexo como sendo pré-discursiva é o que garantiria de modo eficaz e persuasivo a própria estrutura binária do sexo e sua convincente estabilidade interna, de modo a impedir a “existência legítima” de identidades que fujam a esta dualidade e pretendam se estabelecer de modo diverso.

Acreditar o sexo como instituição estável e duplamente polarizada é limitar a identidade; é sucumbir diante de toda a construção discursiva que institui a matriz heterossexual como unicamente legítima, sem contudo, questionar a essência e o propósito dessa construção.

#### **4. GÊNERO E IDENTIDADE**

Mas que relação se estabelece entre identidade e gênero? O que podemos, então, entender como sendo identidade? Que fatores sustentam a premissa de que as identidades são fixas, contínuas, duradouras e internamente “coerentes”?

A discussão sobre a “identidade” não pode estar dissociada da discussão sobre identidade de gênero e isso se dá por uma razão bastante simples: a “identidade” serve ao óbvio propósito de identificar “pessoas”, e “pessoas” só se tornam socialmente inteligíveis ao assumir um gênero que esteja de acordo com os padrões reconhecíveis de inteligibilidade de gênero.

Padrões reconhecíveis são aqueles que mantêm internamente uma “coerência” linear, contínua e invariável entre sexo, gênero, prática sexual e desejo. Porém, linearidade, continuidade e imutabilidade não se constituem características lógicas analiticamente

---

<sup>18</sup> Judith BUTLER – *Problemas de Gênero*, op. cit. p. 25

<sup>19</sup> Judith BUTLER – *Problemas de Gênero*, op. cit. p. 25, *itálicos no original*.

justificadoras da condição de pessoa, mas ao revés, são na verdade normas de inteligibilidade socialmente instituídas e mantidas artificialmente<sup>20</sup>.

Como consequência, características e comportamentos que revelem incoerência e descontinuidade, conceitos estes só existentes em função dos seus opostos, são sistematicamente proibidos e criados pela própria lógica moral que pretende estabelecer uma relação de ligação sem ruptura entre o sexo biológico, o gênero culturalmente construído e a “exteriorização” do desejo por meio da prática sexual.

Esta conclusão é desenvolvida por Butler para responder a uma provocação que ela mesma levanta ao questionar “[em] que medida é a ‘identidade’ ideal normativo, ao invés de uma característica descritiva de experiência?”<sup>21</sup>.

Uma vez estabelecida esta lei que determina a obrigatoriedade da coerência, o complexo normativo cultural por meio do qual a identidade de gênero de torna possível e assimilável obriga que “identidades” descontinuadas ou incoerentes não possam existir.

Se assumirmos que tais estruturais são legítimas, as “identidades” que se constituem fora dela deverão, por consequência lógica, ser estendidas como ilegítimas. Se a “correspondência” é por fim ela mesma o resultado de um raciocínio validamente lógico, as “identidades” estranhas a ela deverão ser obrigatoriamente entendidas como uma falácia.

Sendo assim, uma vez negada a identidade de um sujeito – em virtude da sua “incoerência” ou “não correspondência” do sistema sexo/gênero/desejo/prática – como classificar, reconhecer e enquadrar tal sujeito para daí se extrair efeitos jurídicos? Quais “esforços legislativos” buscam assegurar que tais sujeitos, excluídos do vigente sistema de significação de uma identidade, tenham uma identificação social legítima?

## **5. LEI Nº 07/2011 E IDENTIDADE DE GÊNERO.**

Neste ponto do trabalho os termos “sexo” e “gênero” não serão mais utilizados com o rigor teórico apresentado anteriormente. O fato de assumirmos momentaneamente os conceitos ordinários de sexo e gênero, bem como sua submissão ao sistema binário, não deve ser entendido como desqualificador na argumentação desenvolvida até agora. Faz-se

---

<sup>20</sup> Judith BUTLER – *Problemas de Gênero*, op. cit. p. 38

<sup>21</sup> Nas palavras de Beauvoir “não é o corpo-objeto descrito pelos cientistas que exige concretamente e sim o corpo vivido pelo sujeito. A mulher é uma fêmea na medida em que se sente fêmea.” Simone de BEAUVOIR, – “*O Segundo Sexo: Fatos e Mitos*”, op. cit. p. 58.

necessário tal desvio para que seja possível, de modo coerente evoluir na discussão, uma vez que ela agora se dará levando em conta o sistema sexual binário para o qual a Lei nº 07/2011 foi concebida.

Na data de 15 de março do último ano foi aprovada em Portugal a referida lei que alterou o procedimento de reconhecimento da mudança de “sexo” e de nome próprio no registro civil. A nova legislação é sem qualquer dúvida uma valiosa conquista para os que defendem uma abordagem sobre as questões de gênero distinta da que se tem hoje, e representa um expressivo avanço em termos legais.

Em suma, a lei garante o direito ao reconhecimento da mudança de “sexo” e de nome independentemente da instauração de um procedimento judicial para esta finalidade, bastando a submissão de um pedido “devidamente<sup>22</sup>” instruído em qualquer conservatória de registro civil.

Os direitos resultantes da Lei nº 07/2011 têm significativos reflexos para aqueles indivíduos que sob seu amparo poderão ver satisfeitas de modo muito menos burocrático sua pretensão de “ajustamento” entre a identidade pessoalmente entendida como “coerente<sup>23</sup>” com suas personalidades (comportamento performático) e aquela socialmente atribuída a eles no momento do nascimento (que leva em conta basicamente o dado biológico presente).

Sob outra perspectiva, a “permissão” do Estado para que determinados sujeitos possam cambiar de categoria sexual mais facilmente, pode ter um impacto positivo na sociedade, na medida em que irá provocar uma maior discussão do tema que “convenientemente” permanece relegado a estreitos nichos acadêmicos ou entidades particularmente interessadas.

Entretanto, por mais “bem intencionados” que tenham sido os motivos que levaram à criação de Lei nº 07/2011 nos termos que se deu, uma análise pouco mais aprofundada da norma revela que suas vantagens terminam nos aspectos acima citados, ou que inversamente, nem estes persistiriam, pois a lei poderia vir a causar um prejuízo maior que os benefícios auferidos.

---

<sup>22</sup> Os requisitos a serem apresentados no momento da instrução não serão objeto de análise neste trabalho, pois suscitam também inúmeras considerações, que possivelmente serão abordados em um trabalho autônomo.

<sup>23</sup> Conforme afirmado anteriormente, a noção de “coerência” só pode adquirir significação quanto inserida no sistema sexual binário. Portanto, vale também para este termo a mesma ressalva adotada quanto às expressões “sexo” e “gênero”.

Inicialmente, cabe considerar que a mencionada lei somente se aplica a transexuais, ou seja, àqueles que desejam *transformar* o seu *sexo*, qualquer outro indivíduo que, mesmo estando insatisfeito com a sua identificação civil, não queria se submeter a um procedimento cirúrgico de reatribuição sexual, está impedido de pleitear o direito com fundamento nesta lei. Este “pormenor” exclui de pronto todos os transgêneros de se beneficiarem da Lei nº 07/2011 – para fins de argumentação consideraremos transgêneros aqueles que “*transformam*”<sup>24</sup> “apenas” o seu “*gênero*”, mas mantêm o órgão sexual dado biologicamente.

Diante disso é imprescindível discutir: quais os fatores que poderiam justificar esta exclusão, se não a própria ideia de que o reconhecimento de uma “*identidade sexual*” (neste ponto de discussão, ainda não se concebe uma identidade baseada no gênero) deve prestar obediência a uma determinação que leva em conta a simples presença de certo órgão genital?

Este esquema baseado ainda no determinismo – que agora não é biológico, mas que se constitui igualmente controverso num determinismo cirúrgico – somente prestigia uma ideia que vem tentando ser combatida por muitos teóricos, e também aqui neste trabalho.

O fundamento sobre o qual se estabelece a “*razão de ser*” dessa norma nestes termos não pode ser outro que não os já apresentados conceitos de divisão binária, estável e contínua do sexo. Por mais contraditório que possa parecer, o elemento racional orientador de uma lei que permite que um “*homem*” seja legalmente reconhecido como uma “*mulher*” é por fim a própria noção de heterossexualidade compulsória.

Mas não seria então o órgão sexual dotado de algum valor normativo suficientemente relevante a ponto de justificar sua gravação num documento? O sexo, aqui entendido como “*decorrência lógica*” do órgão genital, afinal, é capaz por si só de identificar alguém? E como provar, do ponto de vista prático, que o órgão sexual não é condição necessária nem suficiente para concretização de uma identidade?

## **5.1 Desconstrução do Determinismo Biológico: Da Teoria à Prática**

---

<sup>24</sup>Conforme amplamente discutido nos capítulos anteriores, é incorreto afirmar a possibilidade de uma transformação ou mudança do gênero, uma vez que este é uma construção aleatória, mutável e não linear. A descontinuidade não pode ser entendida como um fenômeno externo que subordina o gênero para modificá-lo, pois na verdade se trata da própria essência do gênero.

Cotidianamente, lidamos com diversas pessoas que presumimos – por estarmos inseridos numa estrutura binária – serem homens ou mulheres.<sup>25</sup> Dessa classificação sumariamente concebida dos sujeitos surtem diversos efeitos e padrões comportamentais que se traduzem deste um trivial aceno de cabeça até a efetiva proibição de entrada e permanência em determinados locais.

Porém, para que possamos em nosso dia-a-dia avaliar, julgar e classificar os sujeitos segundo o seu “sexo” não é necessário que se lance mão da verificação de um registro documental, muito menos, que se comprove a presença deste ou daquele órgão sexual.

A análise e identificação (instantânea) do outro como pertencente a este ou aquele “sexo” se dá por via da observação do comportamento performático do sujeito analisado e a consequente associação deste comportamento a uma das categorias sexuais, por parte de quem avalia<sup>26</sup>.

Além disso, considerando o que ocorre na prática, apenas em alguns casos – nos quais não é possível a análise do comportamento performático pelo sujeito avaliador, ou como ocorre em diversos procedimentos burocráticos – é que o “sexo” deve ser “provado” por meio de um suporte documental. Ainda assim, na grande maioria desses procedimentos, a apresentação de documentos não tem por objetivo final a comprovação efetiva do “sexo”. Esta serve antes de tudo, senão exclusivamente, para atender a exigências do próprio sistema burocrático, que numa detida análise pode ser também considerado como parte integrante das estruturas de poder que se prestam a confirmar os falaciosos conceitos de estrutura binária e naturalização do sexo<sup>27</sup>.

Sendo então questionada a existência de uma condição natural, contínua e imutável que permita fixar o sexo como contendo uma essência própria e independente das interpretações culturais que por fim acabam por “justificá-la”, não há razão para que

---

<sup>25</sup> [...] basta passear de olhos abertos para comprovar que a humanidade se reparte em duas categorias de indivíduos, cujas roupas, rostos, corpos, sorrisos, atitudes, interesses, ocupações são manifestamente diferentes: talvez essas diferenças sejam superficiais, talvez se destinem a desaparecer. O certo é que por enquanto elas existem com uma evidência total. Simone de BEAUVOIR, – “*O Segundo Sexo: Fatos e Mitos*”, op. cit. pp. 09 e 10.

<sup>26</sup> Neste sentido, se apropriando e desenvolvendo um conceito lançado originalmente por Nietzsche, Judith Butler afirma que “não há identidade de gênero por trás das expressões de gênero; essa identidade é *performativamente* constituída, pelas próprias ‘expressões’ tidas como seus resultados.” Judith BUTLER – *Problemas de Gênero*, op. cit. p. 39. Aspas e itálicos no original.

<sup>27</sup> “A oposição binária e o processo social das relações de gênero tornam-se, ambos, partes do sentido do próprio poder. Colocar em questão ou mudar um aspecto ameaça o sistema por inteiro.” Joan Wallach SCOTT. “*Gênero: uma categoria útil de análise histórica*”. op. cit, p. 93.

determinados sujeitos permanecerem classificados e divididos por critérios que não tem o condão de refletir a realidade.

Como demonstrado teoricamente, mesmo que se assuma por um instante a validade e estabilidade da lógica binária do sexo, ainda assim os fundamentos sobre os quais se deu a criação da Lei nº 07/2011 - que chegou a ser noticiada como a “lei para transexuais mais liberal do mundo”<sup>28</sup> – *são incapazes de encerrar um único silogismo válido que não se revele diante do mínimo questionamento uma verdadeira falácia.*

Mas se do ponto de vista teórico resta provada a inadequação desses fundamentos, como racionalizar esse discurso e extrair dele exemplos práticos que confirmem a falibilidade da lógica binária e do determinismo, seja ele biológico ou cirúrgico? Como provar, também através que exemplos práticos, que não só os transexuais, mas também os transgêneros deveriam possuir o direito de ter seus novos nomes e “sexos” reconhecidos num documento?

Pois bem, se é “pacificamente” aceito que o sexo determinado pela genética não é o destino necessário de uma pessoa – e a própria Lei nº 07/2011 se harmoniza com essa ideia ao oferecer suporte legal para a mudança de “sexo” – pode-se entender então que também é “pacífica” a ideia de que a “simples” presença de pênis/vagina não seja imprescindível para tornar qualquer um homem/mulher de forma definitiva.

Partindo desta premissa, cabe questionar: se é aceito e “legalmente reconhecido” que o sexo biologicamente imposto não tem força vinculativa suficiente para encerrar uma identidade, então porque o sexo cirurgicamente construído o teria? A resposta a tal questionamento está sem dúvida baseada no fato de que na segunda hipótese, o sujeito pôde optar livre e conscientemente por determinado sexo. Sendo assim, não haveria mais conflito e resolvido estaria o problema da identidade de gênero.

Porém, se num caso a presença de certo órgão sexual não é suficiente para se impor ao sujeito uma determinada identidade e noutro caso o é, em verdade, conclui-se que o órgão sexual por si só é indiferente ou insuficiente para tal determinação, pois, em última análise, o que “legitima” uma ou outra “identidade sexual<sup>29</sup>” é a aceitação desta identidade e não a mera existência desta ou daquela genitália.

---

<sup>28</sup> Nuno Miguel ROPIO – “Portugal com a lei para transexuais mais liberal do mundo”, publicado em 18.11.2010 em <<<http://www.ilga-portugal.pt/noticias/186.php>>> (18.12.2011)

<sup>29</sup> Personalidade e identidade sexual aqui são entendidas como crença no pertencimento a uma das categorias sexuais binariamente considerados, trata-se mesmo, de acreditar-se *homem ou mulher*.

Contrariamente, porém, poder-se-ia ainda sustentar que do mesmo modo que o órgão sexual isoladamente não define uma “personalidade sexual<sup>30</sup>”, também somente o elemento volitivo seria insuficiente para o seu reconhecimento. Haveria de se ter então uma coincidência entre a personalidade aceita e o sexo socialmente entendido como correspondente a tal personalidade. Infelizmente para os entusiastas desse raciocínio, ele também não pode prosperar. O erro deste entendimento pode ser facilmente demonstrado se imaginarmos a hipótese inversa da sugerida anteriormente.

A título de exemplo suponhamos que alguém nascido com genital masculino se identifique perfeitamente com o “sexo masculino” e deste modo, assuma o “gênero” para o qual estava socialmente “predisposto” a assumir. Imaginemos ainda que este homem seja, numa hipótese aberrante, submetido a uma cirurgia de mudança de sexo contra a sua vontade. Após o procedimento cirúrgico, possuindo agora uma vagina, passará ele a ser uma mulher? Obviamente não. E porque, não? Primeiramente deve-se considerar que este homem, no exemplo, foi vítima de um crime de lesão corporal gravíssima, e por óbvio não dado ao Estado legitimar o resultado de ato criminoso ou mesmo impor uma “sanção” à vítima deste crime.

Porém, se analisarmos a questão de modo mais aprofundado é fácil perceber que muito embora a resposta agora siga um caminho pouco mais complexo, o fundamento permanece o mesmo. A rigor – diferentemente do que ocorre no crime de homicídio, por exemplo, em que a concordância da vítima é irrelevante para a configuração do crime – o procedimento cirúrgico de reatribuição sexual por si só; isoladamente analisado; não se constitui crime. Trata-se meramente de um procedimento cirúrgico regular. Tal intervenção cirúrgica só passa a assumir um caráter delitual quando realizado contra a vontade do paciente/ vítima.

Deste modo, mesmo tendo agora uma vagina, não se tornará ele uma “mulher” essencialmente por não se reconhecer assim. Do mesmo modo, não deixará de ser “homem” somente pelo fato passar a possuir um órgão sexual tipicamente associado às mulheres.

Deste modo, pode-se mais uma vez afirmar que a razão pela qual este homem – que agora possui o órgão sexual tipicamente associado às mulheres – não será reconhecido como mulher, reside essencialmente no fato de ele, em seu foro íntimo, não se reconhece

---

<sup>30</sup> Vide nota anterior.

como pertencente ao sexo feminino; por que ele em qualquer momento optou livre e conscientemente por se tornar uma mulher.

Como se pode perceber, em ambos os casos citados a identidade sexual – e ainda mais a identidade de gênero – não reside na presença de um ou outro órgão sexual, mas sim na auto-imagem que cada sujeito tem de si, daí porque resta inválido qualquer raciocínio que sustente não poderem os transgêneros usufruir das prerrogativas conferidas pela Lei nº 07/2011. Exigir que se possua um determinado órgão sexual para ser reconhecido como pertencente a determinado sexo é contradizer a lógica que acaba de ser demonstrada.

Além disso, como se sabe, as diferenças biológicas entre homens e mulheres não se encerram na presença de pênis/vagina. Segundo a Lei nº 07/2011 para que os transexuais femininos sejam reconhecidos legalmente como homens não é necessária a retirada de outros órgãos exclusivamente femininos tais como útero e ovários, então por que persiste a necessidade da construção de um genital? Qual a razão motivadora deste “apego” ao órgão sexual?

A diferenciação estabelecida pela Lei nº 07/2011 mostra-se ainda mais equivocada quando se leva em consideração que os próprios transexuais, já se acreditam como fora do “sexo de origem” e pertencentes ao “sexo de destino” antes mesmo da realização do procedimento cirúrgico de reatribuição sexual. Aliás, ao que tudo indica é justamente a crença no pertencimento ao sexo binariamente oposto o que justifica a necessidade dos transexuais se submeterem ao procedimento cirúrgico. Deste modo, o “desejo”<sup>31</sup> em possuir um novo aparelho genital se revela meramente uma consequência de uma identidade de gênero que o indivíduo já possui e não um pré-requisito fundamental para o reconhecimento desta.

Por fim defende-se que fato de o transgênero não desejar modificar seu genital, não é suficiente para mantê-lo preso à identificação tipicamente “correspondente” a ele, pois, se assim fosse, deveríamos defender também que o homem forçosamente operado fosse identificado como mulher, pois o que se tem em ambos os casos é uma identificação do sujeito não correspondente com o órgão tipicamente associado a ela.

---

<sup>31</sup> “*Isto não é um desejo, é um problema sério que tem de ser resolvido com ajuda médica.*” Esta declaração é uma jovem transexual chamada Andreia que se alto define como sendo “*uma Rapariga Transexual, de 17 anos, numa luta pela sua identidade. Sou sensível, afectuosa, desprotegida, mas lutadora. A minha vida é feita de sonhos e esperanças, mas quero acreditar que um dia vou poder viver como qualquer outra pessoa. Quero acreditar que daqui por pouco tempo serei capaz de ME ser, por inteiro!*” disponível em <<<http://andreia-sonhos.blogspot.com>>> (26/01/2012)

Outros aspectos na Lei nº 07/2011 são igualmente controversos e passíveis de discussão, porém, mais uma vez, evoca-se a brevidade deste trabalho para postergar tal análise para outra ocasião.

## **6. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Pretender questionar estruturas tão fixamente enraizadas como as noções de mulher e homem; natureza e cultura e ainda tentar adequá-las, mesmo que precariamente a um sistema político-jurídico pouco flexível que somente comporta pequenas mudanças que se dão numa velocidade diminuta, se revela um desafio intrigante e estimulante.

Intrigante porque a todo tempo suscita dúvidas e questionamentos que colocam em cheque as mais elementares “certezas” e geram, por mais paradoxal que possa parecer, um agradável desconforto ao desconstruir premissas básicas do comportamento e entendimento humano e substituí-las por outras, mais complexas, porém mais justas e inteligíveis.

Estimulante porque a cada velho conceito derrubado se apresentam novas concepções capazes de revelar um universo de possibilidades inexploradas, e permite interpretar os sujeitos e a própria sociedade de um modo inovador.

No início deste trabalho foi apresentada uma passagem poética que tinha por objetivo chamar a atenção para as novas descobertas a que a pesquisa pode nós levar, e em harmonia com essa proposta serve a conclusão deste trabalho. Pois aqui se pôde defender que as categorias de sexo hoje ainda entendidas como manifestações precisas de uma ordem biológica são na verdade apenas alegorias problemáticas incapazes de explicar satisfatoriamente os sujeitos que se subordinam a elas.

Estabelecer de modo claro e inteligível as relações e as diferenças – ou ausência delas – entre sexo e gênero, teve neste trabalho o objetivo de esclarecer o quanto é contraditório atribuir-se tratamento legal diferenciado a transexuais e transgêneros, principalmente no que se refere a questões relacionadas à identidade.

Por fim, a partir da análise da Lei nº 07/2011 de 15 de março – a qual se teve que voltar momentaneamente a assumir a existência de uma estrutura binária – reconhecemos que houve uma positiva inovação no sentido da desburocratização do procedimento de reconhecimento de novo nome próprio e novo sexo no registro civil, o que representa um significativo avanço se comparada com a realidade anterior.

Porém, constatou-se principalmente que mesmo a lei tendo sido concebida para suprimir iniquidades no que diz respeito ao reconhecimento da identidade de um indivíduo, este conjunto normativo ainda se funda e insiste em legitimar “verdades” culturais e sociais que são, por fim, a razão da existência e permanência dessas mesmas iniquidades.

## BIBLIOGRAFIA

- BELLE, Edgar – “*Um olhar intertextual em: “Navegar é preciso, viver não é preciso”*”, Caderno de Pós-Graduação em Letras São Paulo – 2004;
- BEAUVOIR, Simone de – “*O Segundo Sexo: Fatos e Mitos*”, Trad. Sérgio Milliet – Difusão Européia do Livro: São Paulo, 4<sup>o</sup> ed. 1970;
- BUTLER, Judith P. – “*Problemas de Gênero: Feminismo e a subversão a identidade*”. Trad. Renato Aguiar – Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003;
- FERREIRA, João Décio – “*O Nascimento da Lei 7/2011 de 15 de Março*”, disponível em <<<http://joaodecioferreira.com/joaodecioferreira/noticias-transexuais/108-lei-72011-de-15-de-marco.html>>> (18.11.2011)
- FERREIRA, João Décio – “*O reconhecimento legal da Transexualidade em Portugal*”, disponível em <<<http://joaodecioferreira.com/cirurgia-dos-transexuais/a-transexualidade/51-reonhecimento-legal-da-transexualidade-em-portugal.html>>> (18.11.2011)
- “*Foucault e a Teoria Queer*”, autor não identificado, disponível em <<<http://psicogenero.blogspot.com/2011/04/foucault-teoria-queer-e.html#ixzz1gIrinlp0>>> (18.11.2011);
- FREIRE, Paulo – “*Pedagogia da indignação: cartas pedagógicas e outros escritos*”, São Paulo: Editora UNESP, 2000;
- GALLINA, Justina Franch – “*Pós-feminismo através de Judith Butler*”, disponível em <<[http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104026X2006000200018&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104026X2006000200018&script=sci_arttext)>> (18.11.2011);
- KNUDSEN, Patrícia Porchat Pereira da Silva – “*Conversando sobre psicanálise: entrevista com Judith Butler*” entrevista realizada em julho de 2008, Paris, França, disponível em

- <<[http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104026X2010000100009&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104026X2010000100009&script=sci_arttext)>> (18.11.2011);
- KOLLING, João Inácio – “A Incompletude Humana”, disponível [http://www.unilasalle.edu.br/lucas/assets/upload/INCOMPLETUDE\\_HUMANA.pdf](http://www.unilasalle.edu.br/lucas/assets/upload/INCOMPLETUDE_HUMANA.pdf);
  - NIETZSCHE, Friedrich – “*On the Genealogy of morals*”, trad. Walter Kaufmann Nova York: Vintage, 1969;
  - ORTNER, Sherry B., “*Está a Mulher para o Homem Assim como a Natureza Está Para a Cultura?*” In *A Mulher A Cultura A Sociedade*, coord. Michelle Zimbalist Rosaldo e Louise Lamphere, 1979, Ed. Paz e Terra;
  - PESSOA, Fernando – “*Obra poética.*” Organização de Maria Aliete Galhoz. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Aguilar, 2004;
  - ROPIO, Nuno Miguel – “*Portugal com a lei para transexuais mais liberal do mundo*”, publicado em 18.11.2010 em <<<http://www.ilga-portugal.pt/noticias/186.php>>> (18.12.2011)
  - SCOTT, Joan Wallach - “*Gênero uma categoria útil de análise histórica*”. Educação & Realidade. Porto Alegre, vol. 20, nº 2,jul./dez. 1995.

## O PRINCÍPIO FUNDAMENTAL DO ACESSO À JUSTIÇA EM UM JUDICIÁRIO MODERNO NO BRASIL

ADRIANA LEMES FERREIRA<sup>1</sup>  
[adrianalemesferreira@hotmail.com](mailto:adrianalemesferreira@hotmail.com)

A insatisfação da sociedade com o Judiciário é muito elevada, conforme pesquisa feita pela Ordem dos Advogados do Brasil, da Seccional do Estado de Goiás, que demonstrou que de 520 pessoas entrevistadas, 66,9% consideraram o funcionamento do Judiciário ruim ou péssimo<sup>2</sup>. É perceptível os problemas do sistema judiciário brasileiro, que conta com um número de juízes inferior ao ideal para a quantidade de procedimentos ajuizados, além de sofrer com a ausência de uma estrutura de apoio adequada ao trabalho das decisões judiciais<sup>3</sup>. A sociedade vem assistindo à constante ineficiência dos tribunais, ao mesmo tempo em que clama por uma melhor prestação jurisdicional, a exemplo da dificuldade de acesso ao Judiciário, o que gera uma carência social.

Apesar de ser um direito fundamental, o acesso à justiça está muito aquém do ideal, o que corrobora para um descredito no sistema judiciário por parte da sociedade civil. Uma pesquisa feita em 2010, pela Fundação Getúlio Vargas (FGV), divulgou os índices da confiança judicial perante a população, 88% das pessoas avaliam que o Judiciário resolve os conflitos de forma lenta ou muito lenta. Para 80%, os custos para acessar a Justiça são altos ou muito altos e 60% dos entrevistados acreditam que ela é nada ou pouco independente<sup>4</sup>.

O acesso à justiça é uma das garantias básicas prevista na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que foi promulgada após um período de intensa

---

<sup>1</sup> Bacharel em Direito pela Universidade Paulista – UNIP, Brasil. Pós-graduada em Direito Público Material pela Universidade Gama Filho, Brasil, 2009. Pós-graduada em Direito Civil e Direito Processual Civil pela Universidade Cândido Mendes, Brasil. Mestranda em Direitos Humanos pela Universidade do Minho, Portugal.

<sup>2</sup> Cf. MARTINS, Janaína - Pesquisa aponta insatisfação com Judiciário, *Jornal Opção*, 09.02.12 disponível em: <http://www.jornalopcao.com.br/posts/ultimas-noticias/pesquisa-aponta-insatisfacao-com-judiciario>, acesso em 18.09.2012.

<sup>3</sup> Cf. CALGARO, Cleide – “A reforma do Poder Judiciário: chegada de um novo direito”, in *Seminário Virtual Âmbito Jurídico: Reforma do Judiciário*, 23 a 25 de Março de 2004. Disponível em <<http://www.ambito-juridico.com.br/>> acesso em 22.02.2012.

<sup>4</sup> Cf. CASTRO, Fabricio de – “FGV: população considera Justiça lenta, cara e parcial”, *Estadão* 02.08.2010, disponível em <http://www.estadao.com.br/noticias/geral,fgv-populacao-considera-justica-lenta-cara-e-parcial,589426,0.htm>, acesso em 02.02.2012.

repressão ditatorial, período em que houve a supressão de vários direitos fundamentais. A Constituição simbolizou a ânsia de mudança em favor de um maior equilíbrio no âmbito social, político e institucional, o que justifica a presença de um extenso catálogo de direitos fundamentais na Carta, que tem por fundamento a liberdade, justiça e paz<sup>5</sup>.

O acesso à justiça é uma das garantias prevista no rol do artigo 5º da Constituição Brasileira, estabelecido no título dos direitos e garantias fundamentais e, em especial, no capítulo de direitos individuais e coletivos; ou seja, faz parte da lista dos direitos que devem ser garantidos pelo Estado a todos os cidadãos. Os direitos fundamentais que garantem a dignidade da pessoa humana completam os princípios constitucionais que abrangem as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo o valor do sistema jurídico brasileiro.

Relevante é dizer que a “Constituição não tem como escopo assegurar um direito abstrato de acesso à Justiça”<sup>6</sup>, pois, o acesso não se traduz apenas na possibilidade de provocar a máquina judiciária, mas também no direito de acompanhar todo o desenvolvimento do procedimento e do processo no tribunal.

Para que haja o verdadeiro e efetivo acesso à justiça é necessário um maior número de pessoas admitidas a demandar e a defenderem-se adequadamente, além de diminuir a distância entre o cidadão comum e o poder judiciário.

Uma iniciativa que visa melhorar o acesso do cidadão à justiça é promovida pelo Movimento Nacional pela Conciliação, que teve início em 2006, coordenado pelo Conselho Nacional de Justiça<sup>7</sup>, através de campanhas que buscavam promover uma melhor prestação jurisdicional.

É o Estado que exerce o poder de dizer o Direito e resolver os litígios. Contudo, por vezes, a intervenção estadual não consegue eliminar as tensões entre as partes, não havendo, portanto, um acordo social entre elas. É por isso que Hans Kelsen aduz que o anseio por justiça é o eterno anseio do homem por felicidade, uma vez que afirma que “justiça é felicidade social, é a felicidade gratuita por uma ordem social, mesmo não podendo existir a felicidade de ordem justa, isto é, que proporcione felicidade a

---

<sup>5</sup>Cf. PIOVESAN, Flávia - *O direito internacional dos direitos humanos e a redefinição da cidadania no Brasil*, disponível em <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge/revista2/artigo3.htm>, acesso em 28.08.2012.

<sup>6</sup> Cf. TAVARES, André Ramos - *Curso de Direito Constitucional*, 4ª edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2006, p. 630.

<sup>7</sup>Cf. NASCIMENTO, Meirilane Santana – “Acesso à Justiça: abismo, população e Judiciário”, in *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIII, n. 74, mar. 2010, disponível em [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=7498](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7498), acesso em 18.09.2012.

todos”<sup>8</sup>. Sendo assim, podemos entender que existe uma impossibilidade de satisfação de todas as vontades das partes em conflito.

Podemos concluir que a pretensão da realização da justiça é ainda uma busca do equilíbrio de interesses entre todas as partes que compõem o quadro da lide. Apesar disso, ressalte-se que não é fácil atingir a satisfação de duas pessoas com interesses distintos. Por isso, o que visa o direito é o equilíbrio e a eficiência na resolução do conflito e não a satisfação plena das partes.

No entanto, exige-se uma mudança cultural para a construção de uma democracia com maior participação cidadã na administração da justiça, além da aceitação do Estado em incentivar e promover, cada vez mais, os meios alternativos de resolução de conflitos, promovendo formas céleres, informais, econômicas e justas de realização da justiça. Ocorre que tais problemáticas são abordadas pela maior parte da doutrina como crise no Judiciário brasileiro.

Para o Judiciário, ainda faltam meios materiais e condições técnicas que torne possível a compreensão, em termos de racionalidade subjetiva, dos litígios inerentes a contextos socioeconômicos cada vez mais complexos<sup>9</sup>. Nessa lógica, os meios alternativos de soluções de controvérsias são, na atualidade, um caminho indispensável na busca pela simplificação da justiça, desobstruindo os Tribunais e reduzindo o número de demandas.

A carência no Judiciário também está relacionada à crise do próprio Estado. Diversas formas de ultrapassar esses obstáculos foram buscadas na doutrina, tendo sido apresentadas algumas das seguintes vantagens para os meios alternativos de resolução de disputas: custos baixos, celeridade, informalidade.

Não obstante, os meios de resolução de litígios extrajudiciais constituem um meio alternativo para reduzir a carga de processos ajuizados cotidianamente. A conciliação, a mediação e a arbitragem estão conquistando um lugar cada vez mais relevante, uma vez que são procedimentos de natureza consensual que funcionam como alternativa, pois envolvem a intervenção de um terceiro neutro e imparcial face à contenda, assim orientadas por uma forma não jurisdicional de composição, superam o tradicional monopólio Judicial.

---

<sup>8</sup> Cf. KELSEN, Hans - *O que é justiça?: a justiça, o direito e a política no espelho da ciência*. Tradução de Luís Carlos Borges, 3ª ed., São Paulo: Editora Martins Fontes, 2001, p.2. (*What is justice?*).

<sup>9</sup> Cf. FARIA, José Eduardo – “A crise do Judiciário no Brasil: notas para a discussão”. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Jurisdição e direitos fundamentais*. Anuário 2004/2005. Porto Alegre: Livraria do Advogado/Ajuris: 2005, pp. 8-9.

Destaque-se, então, a diferença entre tais formas extrajudiciais de resolução de conflitos: a conciliação traduz-se na intervenção de uma terceira parte, alheia ao conflito, que auxilia os litigantes a encontrarem uma plataforma de acordo visando resolver a disputa; a mediação também se traduz na intervenção do terceiro neutro, entretanto, faz-se através da apresentação às partes de uma recomendação ou proposta de acordo da sua autoria; já a arbitragem representa a submissão de um litígio de fato ou de direito, ou de ambos, a um tribunal arbitral, composto por uma ou mais pessoas, ao qual as partes atribuem o poder de emitir uma decisão vinculante, ressaltando-se que o árbitro decide com base no direito ou segundo juízos de equidade<sup>10</sup>.

Os processos alternativos de resolução de conflitos contribuem para garantir a efetivação do direito à justiça, uma vez que o sistema judicial não detêm capacidade para responder de forma justa, célere e eficaz todos os processos que são intentados nos tribunais.

Sendo assim, temos a mediação como o mais novo protótipo de resolução de litígios por meio da organização do diálogo entre as pessoas, ajudando-as a restabelecer a relação social, a prevenir e a solucionar os litígios. Destaca-se esta figura por ser um mecanismo diferente do modelo tradicional de justiça, cuja tendência é de vislumbrar o mundo por uma ótica judicial, imutável, condicionada à priorização de peças processuais.

O que se propõe não é simplesmente a alteração legislativa, mas uma adaptação da organização social através da implantação de uma política pública voltada à solução e prevenção de litígios e para inclusão e pacificação social, para a educação e formação de uma cultura de paz, construindo assim um ambiente para o desenvolvimento da participação política, cívica e, por consequência, para a construção da paz. A mediação, nesse sentido, além de atuar na busca destes objetivos, é um instrumento importante, pois possibilita a participação individual que resulta em cidadania.

Desta sorte, somos a concluir que o exercício da cidadania e o acesso à justiça é possível através do instituto da mediação, visto que a mediação não apenas resolve o conflito, mas também educa, facilita e ajuda a produzir decisões sem a intervenção estatal. Assim, os indivíduos têm autonomia na tomada das decisões.

É importante destacar que comungamos da opinião de que os processos de alta complexidade não fazem parte do rol dos processos a serem dissipados por uma justiça

---

<sup>10</sup> Cf. PEDROSO, João - *O acesso ao direito e à justiça: um direito fundamental em questão*. Coimbra: Observatório Permanente da Justiça Portuguesa/Centro de Estudos Sociais, 2002, p. 75.

extrajudicial, afinal, por mais bem preparados que sejam os mediadores, esta preparação não é voltada para a resolução de casos complexos, uma vez que resolver litígios complicados tornaria também à justiça alternativa um meio moroso.

Assim a mediação emerge não apenas como um método alternativo de acesso à justiça, mas como um instrumento eficaz de proteção de direitos fundamentais.

## **BIBLIOGRAFIA**

- CALGARO, Cleide – “A reforma do Poder Judiciário: chegada de um novo direito”. In *Seminário Virtual Âmbito Jurídico: Reforma do Judiciário*, 23 a 25 de Março de 2004. Disponível em <<http://www.ambito-juridico.com.br/>> acesso em 22.02.2012.
- CASTRO, Fabricio de – “FGV: população considera Justiça lenta, cara e parcial”, *Estadão* 02.08.2010, disponível em <http://www.estadao.com.br/noticias/geral,fgv-populacao-considera-justica-lenta-cara-e-parcial,589426,0.htm>, acesso em 02.02.2012.
- FARIA, José Eduardo – “A crise do Judiciário no Brasil: notas para a discussão”. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Jurisdição e direitos fundamentais*. Anuário 2004/2005. Porto Alegre: Livraria do Advogado/Ajuris: 2005.
- KELSEN, Hans - *O que é justiça?: a justiça, o direito e a política no espelho da ciência*. Tradução de Luís Carlos Borges, 3ª ed., São Paulo: Editora Martins Fontes, 2001. (*What is justice?*).
- MARTINS, Janaína - Pesquisa aponta insatisfação com Judiciário, *Jornal Opção*, 09.02.12 disponível em: <http://www.jornalopcao.com.br/posts/ultimas-noticias/pesquisa-aponta-insatisfacao-com-judiciario>, acesso em 18.09.2012
- NASCIMENTO, Meirilane Santana – “Acesso à Justiça: abismo, população e Judiciário”, in *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIII, n. 74, mar. 2010, disponível em <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=7498](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7498)>, acesso em 18.09.2012.
- PEDROSO, João - *O acesso ao direito e à justiça: um direito fundamental em questão*. Coimbra: Observatório Permanente da Justiça Portuguesa/Centro de Estudos Sociais, 2002.

- PIOVESAN, Flávia - *O direito internacional dos direitos humanos e a redefinição da cidadania no Brasil*, disponível em <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge/revista2/artigo3.htm>, acesso em 28.08.2012.
- TAVARES, André Ramos - *Curso de Direito Constitucional*, 4ª edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2006.

## CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA, DIREITO COMPARADO LATINO-AMERICANO E HIERARQUIA DOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS NO BRASIL

FLÁVIA DE ÁVILA<sup>1</sup>  
[flaviadeavila@gmail.com](mailto:flaviadeavila@gmail.com)

Segundo Marçal (2008), o Direito é produzido de maneira autoritária em sociedades nas quais tanto a educação quanto o exercício da cidadania não tornam efetiva a participação crítica dos cidadãos, pelo livre exercício de sua racionalidade e autonomia. Esta é a realidade do Estado brasileiro, responsável pela instituição do Estado Democrático de Direito neste território, que, mesmo depois da edição da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), ainda não permite que práticas emancipatórias ocorram no âmbito de seus poderes instituídos. Isto, porque, conforme enfatiza Marçal, o *Colonialismo* português deixou marcas socioculturais profundas no país, que se impregnaram na tradição jurídica brasileira e ainda hoje são “[...] responsáveis pela escassa participação cidadã no processo de efetivação do Estado Democrático de Direito no Brasil”.

Primeiramente, Marçal (2010, p. 9) identificou o “[...] *idealismo dogmático e dedutivista* [...]” como fator que se reflete no modo de pensar e operar dos agentes do Direito brasileiro, tanto no que diz respeito à sua formação educacional quanto na atitude adotada em relação à reprodução de fórmulas legais arcaicas e interpretações judiciais deficientes. O segundo fator, a “[...] *postura parasitária e frequentemente ilegal de agentes públicos* [...]”, relaciona-se com a postura dos administradores estatais, que se comportam como senhores da coisa pública e beneficiários últimos dos fins do Estado. Deste modo, os cidadãos são encarados como seres desprovidos de autonomia, relegados a coadjuvantes no exercício da cidadania ou mesmo coagidos por pessoas que utilizam do aparato legal para se portarem de maneira “[...] *autoritária, formal e cartorial* [...]”.

---

<sup>1</sup> Mestre em Direito e Relações Internacionais pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), Doutora de Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC/MG), pesquisadora e professora do Núcleo de Relações Internacionais da Universidade Federal de Sergipe. Email: [flaviadeavila@gmail.com](mailto:flaviadeavila@gmail.com)

Por fim, Marçal (2010, p. 9) chama a atenção para a presença do ardiloso “[...] *paternalismo simbiótico* entre Estado e governados, largamente difundido e estruturalmente reforçado pelas práticas sociais, econômicas, jurídicas e políticas brasileiras [...]”, pelo qual a apatia e o descrédito dos cidadãos são fomentados. Nesta perspectiva, o Estado é encarado como um utópico provedor, do qual tudo se pode esperar em termos de promessas proclamadas, mas não cumpridas e muito menos cobradas. Deste modo, torna-se cômodo ao cidadão simplesmente aguardar, portanto sem exercer seu direito de reivindicação, por soluções pouco realistas para problemas eminentemente públicos, enquanto a impunidade dos administradores fica sem apuração.

Desta maneira, continua Marçal (2010, p. 10), o eminentemente formal Estado Democrático de Direito, instituído no país, acarreta a “[...] *descrença do cidadão e mediação providencialista* dos agentes públicos: tanto o cidadão como o agente público conhecem o jogo que estão jogando e acreditam-se ganhadores [...]”. E, ainda conforme Marçal (2010, p. 10), a experiência construída pelo cidadão, que sempre conviveu com práticas e linguagens que refletem esta mentalidade sociocultural, a ele se revela e convence que de nada adiantaria se posicionar ativamente ou se comprometer com atitudes garantidoras da mudança de suas condições desfavoráveis, o que perpetua a anulação da incapacidade de o modelo institucional efetivar direitos. Assim, o tão prolatado Estado Democrático de Direito, que se diz consagrado pela Constituição Cidadã de 1988, torna-se simulacro da real situação do país, que ainda é a dessa retroalimentada e alimentadora simbiose.

O mesmo se pode dizer em relação à efetividade dos Direitos Humanos no Brasil, que estão previstos em tratados internacionais, dos quais o país faz parte de maneira apenas formalizada, mas cujos empecilhos para a efetiva aplicação advêm das mais diversas frentes. Mesmo assim, pouco a pouco, se percebem brechas neste sistema, principalmente causadas pela engajada atuação de alguns setores da sociedade civil, em articulada conjugação com pressões externas, muitas delas provenientes de organismos internacionais de Direitos Humanos.

Um exemplo das contradições que o Brasil apresenta no âmbito da proteção de direitos diz respeito à participação brasileira em fóruns e organizações internacionais sobre Direitos Humanos, bem como no que diz respeito à adoção de tratados internacionais que versam sobre a matéria. Cançado Trindade (2000, p. 35) afirma que, no plano das relações internacionais, percebe-se a ativa participação dos representantes brasileiros na redação de

instrumentos internacionais de Direitos Humanos, ao mesmo tempo em que, no plano interno, tais tratados não eram adotados em razão de desrespeitos aos Direitos Humanos que ocorriam no país. Loureiro, por sua vez, (2004, p. 22) enfatiza as pressões que o país começou a receber principalmente dos Estados Unidos em razão do redimensionamento da política externa norte-americana ocorrida durante o governo Carter.

No âmbito das Américas, a proposta de criação de um tribunal que tivesse competência para julgar os Estados no que diz respeito a violações de Direitos Humanos foi brasileira, apresentada na IX Conferencia Internacional Americana, ocorrida em Bogotá, no ano de 1948. Esta proposta se transformou na Resolução XXI da OEA, que dispunha sobre a necessidade da criação de órgão judicial internacional para tornar adequada e eficaz a proteção jurídica dos direitos humanos internacionalmente reconhecidos.

Por ocasião da V Reunião de Consulta dos Ministros de Relações Exteriores, ocorrida em Santiago do Chile em 1959, o representante brasileiro apresentou projeto de resolução com finalidade de fortalecimento da democracia nas Américas, sustentando a superioridade da lei sobre os governos, bem como a incorporação da Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem, de 1948, ao direito positivo dos Estados. O Brasil também se manifestou em favor da celebração de uma convenção que tivesse o propósito de proteger regionalmente os Direitos Humanos (CANÇADO TRINDADE, 2000, p. 40).

Desta reunião, originou-se a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), criada pela Resolução VIII, que, em razão de seu estatuto, de 1960, tinha poderes limitados para a promoção e proteção dos Direitos Humanos. Assim, na VIII Reunião de Consulta de Ministros das Relações Exteriores, ocorrida em Punta del Este, em 1962, por meio da Resolução IX, estipulou-se que houvesse ementa ao tratado constitutivo da OEA, o que veio a ocorrer na II Conferência Interamericana Extraordinária, realizada no Rio de Janeiro, em 1965. Nesta ocasião, foi adotada a Resolução XXII, que ampliou os poderes da Comissão para inclusive receber petições ou comunicações sobre violações de direitos humanos. Em todas estas situações, o Brasil sempre foi considerado um dos grandes interlocutores em favor dos Direitos Humanos, tendo inclusive defendido a posição de que acordos regionais e universais de Direitos Humanos coexistiriam em harmonia (CANÇADO TRINDADE, 2000, p. 39-48).

Contudo, depois do Golpe de Estado de 1964, o Brasil procurou manter sua tradição de grande interlocutor pela defesa dos Direitos Humanos nas Américas, porém adaptando tais expedientes a sua situação interna. Este paradoxo, segundo Carvalho Ramos (2012, p. 202), pode ser esclarecido pela tentativa das ditaduras em comunicar uma aspecto de normalidade para os demais países da sociedade internacional, o que legitimaria seu poder e daria apoio para sua perpetuação. Para isto, seria necessário “[...] mimetizar o discurso de respeito a direitos humanos e democracia, mesmo sem qualquer intenção de pô-lo em prática”.

Deste modo, na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, ocorrida na cidade de San José, na Costa Rica, em 1969, o Brasil foi um dos maiores defensores da criação da CADH, mas apresentou a proposta de cláusula facultativa de reconhecimento da jurisdição da CorteIDH, constante do art. 62 do texto da convenção, que não permite o reconhecimento automático da jurisdição da Corte a partir do momento da ratificação ou da adesão do Estado ao tratado. No âmbito da Assembleia Geral da OEA, por exemplo, em 1979 o Brasil fez reservas em relação a atribuições que seriam conferidas à Comissão Interamericana de DH para que tratasse de matérias de cunho econômico, social e cultural em nome da não intervenção em assuntos internos (CANÇADO TRINDADE, 2000, p. 49, 58).

A respeito das posições brasileiras em foros multilaterais de Direitos Humanos, o Brasil se mostrava um participante ativo, como na I Conferencia Mundial de Direitos Humanos da ONU, ocorrida em Teerã, em 1968, da qual resultou a Proclamação de Teerã e 29 outras resoluções sobre a matéria. Todavia, a incongruência da atuação internacional brasileira em relação aos Direitos Humanos, a despeito de sua ativa participação internacional, fez com que o país apresentasse posições dúbias perante a Comissão de Direitos Humanos da ONU. Ou seja, ora o Brasil reafirmava sua suposta convicção nas obrigações internacionais do país frente aos Direitos Humanos, mas ora também defendia que caberia aos Estados a responsabilidade exclusiva sobre a matéria (CANÇADO TRINDADE, 2000, p. 55-57).

A posição paradoxal brasileira também era constatada em razão da ausência de vontade política para que houvesse a adesão do país ao PIDCP, ao PIDESC e à CADH, dentre outros tratados, apesar do parecer emitido por Cançado Trindade, ao Ministério das Relações Exteriores, declarando que não havia qualquer impedimento constitucional e relembrando às autoridades brasileiras sobre a participação ativa de seus representantes em

foros nos quais estes documentos foram negociados (CANÇADO TRINDADE, 2000, p. 57).

Somente nos primórdios do processo de redemocratização do Brasil, em 1985, é que o presidente José Sarney assumiu publicamente o compromisso de aderir a tratados de Direitos Humanos, o que de fato começou a se concretizar em 1998, como se verá mais à frente. Apesar disso, o texto constitucional de 1988 não dispôs diretamente sobre o processo de aprovação de tratados desse tipo, portanto ficando considerado análogo ao da legislação ordinária e herdando, assim, todos os entraves burocráticos que tornaram o processo legislativo bastante moroso no país. No início dos anos 90, após a mobilização da opinião pública, o país aderiu à CADH e aos pactos internacionais de 1966, além de outros documentos internacionais importantes (CANÇADO TRINDADE, 2000, p. 57-72; CARVALHO RAMOS, 2012, p. 203).

A nova ordem constitucional brasileira, apesar de não conter um artigo sobre a hierarquia de tratados internacionais de Direitos Humanos, dispôs sobre uma cláusula aberta, pela qual os direitos dos cidadãos brasileiros não se esgotariam no texto da constituição. No âmbito formal, a CRFB/88 contém extenso rol de direitos e garantias constitucionais, que abarca vários artigos e numerosos incisos. Desde seu art. 1º, a cidadania e a dignidade da pessoa humana, dentre outros, são fundamentos do Estado Democrático de Direito. O conteúdo conceitual tanto de cidadania quanto de dignidade da pessoa humana abrange, em tese, os preceitos jurídicos estipulados nos artigos posteriores, a exemplo do art. 5º, cujo caput e maioria dos incisos estipulam formas de exercício da cidadania e maneiras de desenvolvimento de linguagem, bem como práticas associadas à dignidade da pessoa humana. Contudo, enfatiza-se, a própria CRFB/88, no seu art. 5º, § 2º, determina que os dispositivos expressos no diploma constitucional não esgotam os direitos dos cidadãos brasileiros, que podem recorrer a tratados internacionais, dos quais o Brasil faça parte, para integralizar tanto a linguagem quanto as práticas cidadãs do país.

Este regime, chamado de *paridade constitucional* entre normas constitucionais e tratados internacionais sobre os Direitos Humanos, no âmbito material, também se estende para o aspecto formal, em razão do art. 5º, §3º da CRFB/88, acrescido ao texto original pela Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004, que assim dispõe: “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

Desta maneira, segundo Mazzuoli (2009, p. 751-752), os tratados de Direitos Humanos aprovados no Brasil antes da Emenda Constitucional nº 45, apesar de não terem passado por procedimentos mais rígidos para sua aprovação, gozam do regime constitucional previsto pelo legislador originário, pelo qual o sistema usual de aprovação de tratados seria utilizado, mesmo sem a exigência de quórum qualificado e de votação em dois turnos. Conseqüentemente, e em razão do §2º do art. 5º, estes tratados seriam constitucionais não só em relação ao conteúdo mas também no que respeita à forma, configurando-se verdadeira emenda à Constituição.

Ainda de acordo com Mazzuoli (2009, p. 752-767), aqueles que fossem ratificados pelo Brasil após a edição da Emenda Constitucional nº 45, só poderiam ser formalmente constitucionais se aprovados pelo quórum exigido no § 3º do art. 5º da CRFB/88, mas, mesmo não aprovados pelo quórum especificado, ainda assim teriam conteúdo constitucional em razão da *paridade constitucional* estabelecida pelo §2º desse mesmo art. 5º. Atualmente, a *Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência* e seu *Protocolo Facultativo*, assinados em Nova York no dia 30 de março de 2007 e promulgado no Brasil pelo Decreto Executivo 6.949, de 25.8.2009 (publicado no DOU de 25 de agosto de 2009), é o único tratado internacional que passou pelos procedimentos especiais, previstos pela Emenda Constitucional nº 45.

Contudo, esta orientação de Mazzuoli não é a mesma acolhida pelo Supremo Tribunal Federal, que tem divergências sobre a matéria desde os primeiros anos de vigência da CRFB/88. Em razão da ausência de dispositivo que mencione a hierarquia normativa dos tratados internacionais no texto constitucional brasileiro, desde a edição da Constituição o Supremo Tribunal Federal (STF) determinara que os tratados internacionais, que vinham sendo incorporados ao ordenamento jurídico interno, teriam status equivalente ao de lei ordinária, pois o quórum de votação aplicados aos tratados coincide com os da lei ordinária, em razão da aplicação do art. 47 da CRFB/88<sup>2</sup>.

É importante destacar que até 1977, o posicionamento do STF era no sentido de dar primazia ao tratado internacional quando em conflito com norma infraconstitucional. Contudo, a partir de 1977, o SFT tem adotado o sistema de *paridade legal*, segundo o qual Tratado e lei interna têm o mesmo status de lei ordinária, valendo-se

---

<sup>2</sup> Na ausência de outro dispositivo constitucional específico sobre a aprovação de tratados, aplica-se o art. 47, contido no título IV, *Da organização dos poderes*, do Cap. I, *Do Poder Legislativo*, da seção I, *Do Congresso Nacional*, cuja redação é a seguinte: “Salvo disposição constitucional em contrário, as deliberações de cada Casa e de suas Comissões serão tomadas por maioria dos votos, presente a maioria absoluta de seus membros”.

dos critérios cronológico (*lex posterior derogat priori*) e/ou de especialidade (*lex specialis derogat legigenerali*)<sup>3</sup>. Desta maneira, era possível que ocorresse o chamado *treaty override*, doutrina desenvolvida a partir do entendimento da Suprema Corte dos Estados Unidos, nos anos 50 e 60 do séc. passado, a respeito da *cláusula de supremacia* da Constituição contida no art. 6º, § 2º do texto constitucional estadunidense<sup>4</sup>.

Contudo, uma polêmica se instaurou quando o Brasil aderiu à CADH, em 1992, também denominada Pacto de San José da Costa Rica, tratamento mais usado pelo STF. De acordo com o art. 7º, § 7º da CADH, a possibilidade de prisão por dívida só poderia ocorrer em razão de débito alimentar, o que se confrontava frontalmente com o disposto no inciso LXVII do art. 5º, pelo qual a prisão civil por dívida poderia ocorrer não só devido a obrigações alimentares, como também para quem se encontrasse na situação de depositário infiel. As decisões do STF nestes casos foram taxativas, determinando que o sistema constitucional brasileiro não admitisse que tratados internacionais tivessem paridade constitucional, apesar de o constituinte originário se ter expressado no sentido oposto.

A decisão do Habeas Corpus 77.631-5, de 1988, em que estava em discussão o mencionado art. 7º, §7º do Pacto San Jose da Costa Rica face ao art. 5, inciso LXVII da CRFB/88, que havia recepcionado o Decreto-lei nº 911/69, este regulamentando a prisão civil por dívida de inadimplente alimentício e devedor infiel, foi bastante questionada à época em que foi proferida. A decisão final do caso, exarada em 1998, sentenciou que a norma internacional estava prejudicada por se tratar de norma geral e hierarquicamente

---

<sup>3</sup> O Recurso Extraordinário nº 80.004, de 1977, determinou que a Lei Uniforme de Genebra (LUG), que entrou em vigor com o Decreto 57.663, de 1966, havia sido revogada por lei posterior, o Decreto-lei 427/69 – exigia aval apostado na nota promissória, uma exigência formal que não constava da LUG.

<sup>4</sup> Antes da Primeira Guerra Mundial, os debates sobre a supremacia dos tratados, em relação à Constituição, eram frequentes no Congresso Norte-americano. A argumentação defendida pelos Estados da federação norte-americana era a de que não cabia ao governo federal firmar tratados em relação a matérias contidas na 10ª Emenda à Constituição, que estipula que os poderes governamentais não listados no texto constitucional são poderes dos Estados da federação. No caso *Missouri v. Holland* (1920), que envolveu a validade de um tratado entre Canadá e Estados Unidos sobre a regulação da caça de aves migratórias, o Estado de Missouri, local de maior concentração destes animais, arguiu que o tratado feito pelo governo federal havia invadido os poderes reservados aos Estados da federação pela 10ª Emenda. Neste caso, o juiz Oliver Wendell Holmes defendeu o posicionamento de que poderia haver situações em que, no caso do interesse nacional, atos do Congresso poderiam não ser aptos a lidar com tais questões, mas tratados seriam. Holmes, portanto, sugeriu que as restrições constitucionais ao *treaty making power* não seriam as mesmas referentes à separação de competências entre os entes federados. Assim, os poderes dos Estados federais não seriam uma limitação inerente ao poder de se firmar tratados. Esta polêmica ressurgiu no caso *Reid v. Covert* (1957), em que os dependentes civis de militares americanos no exterior têm direito a julgamento civil. Nenhum tratado poderia conferir poderes ao Congresso ou a qualquer parte do governo fora dos limites da Constituição. Este caso determinou a *Supremacy Clause* em relação aos efeitos dos tratados, comparados à normativa infraconstitucional interna (HALL, 2005, p. 1026-1027).

inferior à norma especial da CRFB/88 e do Decreto-lei nº 911/69. Assim, e reiterando, o Pacto de San José não poderia revogar a CRFB/88, por ser norma hierarquicamente inferior. Também não poderia revogar o Decreto-lei nº 911/69, mesmo tendo status de lei ordinária, pois, e apesar de sua adesão ter sido em data posterior à da sua recepção, representaria uma norma geral, ou seja, que expandia direitos e não os limitava por ser específica, como no caso da legislação infraconstitucional que regulamentava a questão do depositário infiel.

A decisão deste caso, o primeiro a ser julgado depois da adesão do Brasil ao Pacto de San José, serviu de precedente para os demais, pelo qual o STF passou a adotar tanto o critério cronológico quanto o da especialidade para determinar a validade de tratados internacionais no Brasil, ignorando o já mencionado art. 5º, §2º, bem como o §1º daquele mesmo dispositivo legal, pelo qual as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais teriam aplicação imediata. Este entendimento perdurou até que a edição da Emenda Constitucional nº 45 obrigou a sua revisão, conforme será visto adiante.

Retomando a anteriormente mencionada promessa do presidente José Sarney à adesão de tratados de Direitos Humanos, logo no início do processo de redemocratização em 1985, daí em diante essa questão começou a ser viabilizada no âmbito do poder público federal e o primeiro deles (a *Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes*) foi ratificado em 1989. Contudo, e apesar de a postura das relações internacionais brasileiras sinalizar para o resto do mundo que o Brasil passaria, daquele momento em diante, a dar prevalência aos Direitos Humanos, conforme disposição do art. 4º, II da CRFB/88, esta não era a realidade doméstica quanto aos então recém-aprovados tratados de Direitos Humanos. Ademais, convém destacar que, no mesmo ano em que a decisão do STF sobre o status normativo CADH foi emitida, o Brasil passou a reconhecer, por meio do Decreto Legislativo n.º 89, de 03 de dezembro de 1998, a competência obrigatória da Corte IDH, em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da CADH, desde que ocorridos a partir do citado Decreto, de acordo com o previsto no parágrafo primeiro do seu artigo 62.

Consequentemente, esse posicionamento de âmbito interno do STF, mas enquanto órgão encarregado de interpretar a Constituição, desferiu duro golpe contra a própria ordem constitucional brasileira. Mais uma vez, os brasileiros receberam a mensagem, do máximo órgão oficialmente instituído como assegurador de direitos e garantias próprios do Estado Democrático de Direito, de que a luta por práticas que

incentivassem a cidadania se definiria na encurralada burocracia dos concernentes trâmites jurídico-legislativos.

Esta incoerência brasileira, em relação a normas de Direitos Humanos, já à época se contrastava com os novos diplomas constitucionais de outros países latino-americanos, ou com reformas constituintes que integravam os Direitos Humanos aos textos constitucionais. Quase todas as constituições latino-americanas, à exceção de Cuba, Chile, México e Panamá, contêm cláusulas abertas que, a exemplo do art. 5º, §2º da CRFB/88, declaram que os direitos contidos no âmbito do texto constitucional não excluem outros enumerados em tratados de Direitos Humanos. Muitas delas se utilizam de expressões, tais como *direitos inerentes* ou *inalienáveis*, derivadas de concepções jusnaturalistas.

Entretanto, o STF brasileiro continuou à margem destas discussões, defendendo a teoria da *paridade legal* dos tratados de Direitos Humanos no Brasil, até que a Emenda Constitucional nº 45, de 2004, produziu grandes alterações no texto constitucional, promovendo a denominada *reforma do judiciário*, e introduzindo novos parágrafos ao art. 5º. Conforme pesquisa de Cunha (2010, p. 58-67)<sup>5</sup>, apesar de os internacionalistas brasileiros, como Piovesan (2006), Cançado Trindade (1991) e Mazzuoli (2002), dentre outros, terem alertado para o fato de que tratados versando sobre Direitos Humanos possuem status diferenciado na ordem constitucional brasileira, este entendimento não era compartilhado pela maior parte da magistratura, inclusive dos ministros do STF. Esta Corte considerava que qualquer tratado, incluindo os de Direitos Humanos, poderiam ser revogados tacitamente quando a lei lhe sobreviesse e lhe fosse contrária, em razão de lhe aplicarem as teses sintetizadas nos brocardos latinos anteriormente mencionados “*lex posteriori derogat priori*” e “*lex specialis derogat legi generali*”.

Contudo, a alteração constitucional de 2004 reacendeu os debates entre os magistrados sobre o status hierárquico dos tratados de Direitos Humanos no Brasil. Segundo LAFER (2005, p. 16), a inclusão do §3º ao art. 5º teria sido a maneira encontrada

---

<sup>5</sup> Pesquisa resultado do Projeto de Iniciação Científica (ProPic) da Universidade Fumec, de Belo Horizonte, Brasil. A pesquisa foi conduzida entre os anos de 2009 e 2010 e coordenada por Flávia de Ávila, denominado *A hierarquia dos tratados internacionais: a tese da supralegalidade das leis e o princípio da dignidade da pessoa humana*. Seus resultados foram publicados por Brenda Cunha no livro coordenado pela Universidade Fumec de divulgação de pesquisas selecionadas, que foram conduzidas na instituição naquele período.

pelo legislador para introduzir uma lei interpretativa, destinada a acabar com controvérsias jurisprudenciais e doutrinárias sobre a aplicação do § 2º do artigo 5º.

Em 2008, o Recurso Extraordinário 466.343/SP, relatado pelo ministro Cezar Peluso e julgado em 3 de dezembro, determinou que o Pacto de San José da Costa Rica tenha nível hierárquico diferenciado em relação às leis ordinárias. A maioria dos ministros do STF acompanhou o voto-vista do ministro Gilmar Mendes, que defendeu a teoria da *supralegalidade*. Divergiu desta opinião o voto-vista do Min. Celso de Mello, que adotou a *paridade constitucional*, baseado no art. 5º, §2º da CRFB/88, acompanhado apenas pelos ministros Cezar Peluso e Menezes Direito. Desta forma, a partir desse julgamento, foi abandonado o posicionamento que igualava os tratados internacionais ao nível da legislação ordinária, mas conferido ranqueamento hierárquico aos tratados de Direitos Humanos condizente com o texto constitucional brasileiro.

Neste caso, os ministros Gilmar Mendes e Celso de Mello apresentaram interpretação sistemática dos artigos 5º, LXVII, §§1º, 2º e 3º da CRFB/88, bem como do art. 7º, §7º do Pacto de San Jose da Costa Rica, e do art. 11 do PIDCP, este que dispõe sobre a proibição da prisão em razão de descumprimento contratual. Especificamente sobre a alienação fiduciária, foi analisado o Decreto-Lei 911/69, que até então regulamentava o art. 5º, inciso LXVII, que permitia a prisão civil por dívida. Este tipo normativo previa a equiparação do devedor-fiduciante ao depositário infiel para fins de prisão civil.

Para o relator, ministro Cezar Peluso, não era necessária a discussão sobre o status normativo do Pacto de San Jose, pois a CRFB/88 somente teria excetuado a proibição da prisão civil por dívida do inadimplente de obrigação alimentar e de depositário infiel, não do alienante fiduciário. Por esta razão, a equiparação prevista no art. 4º do Decreto-Lei 911/69 a tornava inconstitucional, visto que o depositário infiel não teria prerrogativas próprias do direito de propriedade, pois o alienante continuaria sendo proprietário, embora limitado em seu domínio. Com base neste entendimento, e não querendo se comprometer com o status dos tratados de Direitos Humanos no Brasil, o ministro defendeu que o Decreto-Lei 911/69 seria inconstitucional. O ministro Joaquim Barbosa, que acompanhou o voto do relator, utilizou dos mesmos argumentos, acrescentando que, com o advento do Pacto de San José da Costa Rica, teria se tornado ainda mais insustentável a tese que acolhia a prisão civil nos casos que envolvem alienação fiduciária em garantia, com base na proibição taxativa do art. 7º, § 7º, que contraria frontalmente o Decreto-Lei de 1969.

O ministro Cezar Peluso, que seguiu a fundamentação teórica do voto do ministro Celso Mello, conforme será visto adiante, afirmou que a CRFB/88 apresentou duas regras sobre a prisão civil: a principal, que a proíbe, e a secundária, que abre a possibilidade de exceção, significando que a Constituição apenas autoriza o legislador a adotar a prisão civil do depositário infiel e do devedor de alimentos. Por outro lado, se o legislador infraconstitucional, usando da competência que lhe é conferida pela Constituição, na norma excepcional contida na cláusula final do art. 5, LVII, optar pela incorporação dos termos restritivos da Convenção à ordem jurídica interna, observa-se que terá adotado a regra principal, a da exclusão da admissibilidade da prisão civil do depositário. Por esta razão, seria indiferente a posição hierárquica dos tratados, pois tanto o legislador infraconstitucional quanto o constitucional poderiam se utilizar da regra principal, referente à prisão civil, que impede a restrição de direitos na maioria das situações, para também inadmitir seu emprego ao depositário, qualquer que seja a qualidade ou a natureza do depósito.

A ministra Carmem Lúcia se utilizou de parte deste entendimento, declarando que o devedor fiduciante não era depositário. Contudo, sobre a hierarquia dos tratados de Direitos Humanos no Brasil, a ministra defendeu que o art. 4º do decreto-lei n. 911/69 não teria sido recepcionado pela Constituição. No seu lugar, teria sido acolhido o dispositivo do art. 7º, §7º do Pacto de San José da Costa Rica de maneira *supralegal*, em razão da impossibilidade de se dar interpretação extensiva a tudo que limita a liberdade, como no caso da prisão por dívida.

Já o ministro Ricardo Lewandowski entendeu igualmente que a alienação fiduciária não se encaixa na exceção prevista no art. 5º, LXVII e defendeu interpretação proativa dos direitos fundamentais, para que os mesmos sejam efetivados. Entretanto, não tratou com mais detalhes das questões ligadas à hierarquia dos tratados de Direitos Humanos no ordenamento jurídico brasileiro. Apenas acrescentou que os Direitos Humanos não seriam *numerus clausus*, mas *apertus*. Citou a *teoria geracional* de direitos, pela qual os direitos de *quarta geração* estariam em pleno desenvolvimento, alguns já internacionalmente em fase de reconhecimento, como os direitos à paz, ao desenvolvimento, ao patrimônio comum da humanidade, à comunicação, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento e ao meio ambiente. Tais direitos foram considerados pelo ministro de difícil compreensão e, portanto, não passíveis de lhes atribuir status constitucional.

Em seu voto, o ministro Carlos Britto também acompanhou o relator, ainda fundamentando sua decisão no princípio da *proporcionalidade*, também invocado pelo ministro Gilmar Mendes, bem como os princípios da *dignidade humana* e da *prevalência dos Direitos Humanos*, que constam da CRFB/88. O Pacto de San José seria, no entender do ministro, uma norma *supralegal* também em razão da proibição do retrocesso, que não permitiria à lei ordinária recuar quanto à tutela dos Direitos Humanos, comparados às conquistas dos tratados internacionais.

Para o ministro Marco Aurélio, que em julgamentos anteriores sempre havia sido contra a admissibilidade da prisão civil do depositário infiel, explicitou em seu voto que, ainda que fosse possível confundir a figura do devedor fiduciante com a do depositário infiel, o Brasil, como parte do Pacto de San José da Costa Rica, teria de fazer cumprir seu dispositivo, que suplantou a legislação regulamentadora do texto constitucional sobre a prisão por dívida. Contudo, o tratado não estaria no mesmo patamar dos dispositivos constitucionais em virtude de não ter sido submetido, por ocasião de sua aprovação, às maiores solenidades envolvidas nos procedimentos referentes a emendas à Constituição.

O extenso voto do ministro Gilmar Mendes foi o que mais discorreu sobre a questão da posição hierárquica dos tratados internacionais, em relação ao ordenamento jurídico brasileiro, além do voto proferido pelo ministro Celso Mello. Assim, confrontando a questão do devedor fiduciante e a previsão do Pacto de San José da Costa Rica, o ministro enfatizou que as legislações mais avançadas em matéria de Direitos Humanos proíbem expressamente qualquer tipo de prisão civil decorrente do descumprimento de obrigações contratuais, excetuando-se apenas o caso de inadimplência alimentar. Com a adesão do Brasil aos documentos internacionais mais importantes de Direitos Humanos, como o Pacto de San José da Costa Rica e o PIDCP, iniciou-se intenso debate sobre a possibilidade de revogação, por tais diplomas internacionais, da parte final do inciso LXVII do art. 5, especialmente da expressão *depositário infiel*, e, por consequência, de toda a legislação infraconstitucional que nele se fundamentava direta ou indiretamente.

Segundo o ministro Gilmar Mendes, em razão do disposto no §2º do art. 5º, algumas correntes foram defendidas no âmbito do direito brasileiro em relação ao status dos tratados de Direitos Humanos, sendo elas: *supraconstitucionalidade*, defendida por Albuquerque Mello; *paridade constitucional*, conforme Cançado Trindade e Flávia Piovesan; *paridade legal* com a lei ordinária, conforme precedente do Recurso Especial

80.004 SE, de 1977, que teve como relator o ministro Xavier de Albuquerque; e a *supralegalidade*, constante nas Constituições da Alemanha (art. 25), França (art. 55) e Grécia (art. 28).

Com base no princípio da supremacia formal e material da Constituição sobre todo o ordenamento jurídico, a tese da *supraconstitucionalidade* seria inviável por não permitir o controle de constitucionalidade de tratados internacionais, apesar de não conter cláusula constitucional expressa sobre o assunto. Esta não seria necessária, porque o art. 102 da Constituição já estipula o controle de constitucionalidade de tratados internacionais. O ministro Gilmar Mendes também citou o RHC 79.785/RJ, relatado pelo ministro Sepúlveda Pertence no recurso de Habeas Corpus 79.785/RJ, decidindo que os representantes brasileiros deveriam sempre observar a Constituição, de forma que os tratados e convenções fossem celebrados em consonância com o procedimento formal, bem como respeitassem as limitações materiais impostas pela Constituição brasileira, especialmente quando se trata de direitos e garantias fundamentais.

No entender do ministro Gilmar Mendes, a ampliação inadequada do conteúdo material, relativo aos Direitos Humanos, poderia ser perniciosa para o sistema jurídico brasileiro, pois permitiria produção normativa alheia ao controle de sua compatibilidade com a ordem constitucional interna e inviabilizaria o controle de sua constitucionalidade pelo STF. Os tratados deveriam ser considerados como princípios interpretativos no sentido de conduzirem os julgados a aplicarem a norma mais favorável à vítima, titular do direito. Deste modo, tanto o Direito Interno quanto o Direito Internacional estariam interagindo para a realização de propósito convergente e comum em relação à proteção dos direitos e interesses humanos.

No que diz respeito à *paridade legal*, o ministro Gilmar Mendes se pronunciou no sentido de afirmar que a mudança constitucional de 2004 foi responsável por evidenciar o apego que existia no Brasil a uma tese que não mais prevalece na maioria dos países e que desrespeita o art. 5º, §2º da CRFB/88. Além do mais, o fato de o art. 27 da Convenção de Viena, sobre Direito dos Tratados, impedir que os Estados invoquem disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado, tornaria inócua a teoria da *paridade legal*. Em relação à *paridade constitucional*, o ministro Gilmar Mendes considera esta teoria como fonte de insegurança jurídica, no Brasil, pois, como há polêmica sobre a distinção do conteúdo material referente a Direitos Humanos, o bloco de constitucionalidade brasileiro sempre estaria aberto.

Por fim, o ministro Gilmar Mendes acolheu a tese da *supralegalidade* em relação ao caráter especial que os tratados de Direitos Humanos têm frente ao ordenamento jurídico nacional, o que os colocaria acima das leis ordinárias, sem afrontarem a Constituição Federal. Entretanto, defendeu que os tratados mais importantes sobre os Direitos Humanos, aprovados antes da Emenda Constitucional de 2004, sejam novamente submetidos a processo de aprovação no Congresso Nacional, em virtude dos procedimentos contidos no art. 5, §3º da CRFB/88, o que lhes conferiria status de emenda constitucional. Deste modo, em razão da *supralegalidade*, toda normatividade infraconstitucional conflitante com tratados internacionais de Direitos Humanos, ratificados ou aderidos pelo Brasil, teria paralisada sua eficácia jurídica, o que tornaria inválido o Decreto-Lei 911/69.

O voto-vista do ministro Celso de Mello acolheu o entendimento da *paridade constitucional*, ao defender que o Poder Judiciário constitui o meio para garantir as liberdades civis e os direitos fundamentais assegurados pelos tratados e convenções internacionais subscritos pelo Brasil. Deste modo, o magistrado teria o dever de atuar como garantidor da supremacia da Constituição, bem como das garantias das liberdades fundamentais da pessoa humana, conferindo efetividade aos direitos fundados em tratados internacionais de que o Brasil seja parte.

A CRFB/88, como resposta da sociedade brasileira ao totalitarismo que desconsiderava direitos básicos da pessoa humana, consagrou como princípios a *dignidade da pessoa humana*, a *prevalência dos Direitos Humanos*, o *repúdio à tortura ou a qualquer outro tratamento desumano ou degradante*, e a *impossibilidade de revisão constitucional que objetive a supressão do regime formal das liberdades públicas*, dentre outros. Desta maneira, conforme a orientação de Cançado Trindade, Piovesan e Mazzuoli, reconhece-se que os tratados internacionais de direitos humanos assumem, na ordem positiva interna, *paridade constitucional*.

Assim, as convenções internacionais de Direitos Humanos, celebradas anteriormente à vigência da Emenda Constitucional nº 45, de 2004, como o Pacto de San José da Costa Rica, revestir-se-iam de caráter materialmente constitucional, compondo o bloco de constitucionalidade brasileiro. Além disso, sua promulgação, de acordo com a ordem jurídica interna, lhes teria conferido status constitucional formal, em razão da recepção operada pelo art. 5º, §2º da CRFB/88. Para aqueles que venham a ser adotados após a inclusão do §3º no art. 5º, o ministro Celso de Mello entende que, devido à vigência

de procedimentos diferenciados terem sido introduzidos no sistema constitucional brasileiro, em relação a tratados de Direitos Humanos, devem seguir o *iter* determinado, a fim de que possam ser considerados formalmente constitucionais.

Deste modo, situações diferenciadas poderiam ocorrer em relação aos tratados internacionais no que diz respeito à sua natureza constitucional: se anteriores à Emenda Constitucional nº 45, de 2004, seriam tanto materialmente quanto formalmente constitucionais; se posteriores, somente seriam formalmente constitucionais se observados os procedimentos do §3º do art. 5º, mas teriam conteúdo constitucional em razão da recepção do §2º do art. 5º, por constituírem o bloco de constitucionalidade brasileiro.

Contudo, se porventura tais tratados viessem a restringir, suprimir ou modificar de maneira gravosa as prerrogativas essenciais ou as liberdades fundamentais, reconhecidas e asseguradas pelo próprio texto constitucional, a Constituição teria status superior, em razão de as *cláusulas pétreas* definidas no art. 60 da CRFB/88 limitarem o poder reformador. Ademais, o exercício do *treaty making power* estabelecido nos arts. 26<sup>6</sup> e 46<sup>7</sup> da Convenção de Viena, sobre Direito dos Tratados, não dá discricionariedade ao poder Executivo brasileiro, atuando como agente representante do Estado brasileiro na esfera internacional, para adotar textos convencionais que estejam em desconformidade com os limites do texto constitucional.

A Constituição, como lei fundamental do Brasil, ainda subordinaria todos os tratados e leis celebrados pelo país, atribuindo irrestrita precedência ao texto constitucional, à exceção dos que versem sobre Direitos Humanos, de acordo com a aplicação da própria CRFB/88, pelos §§ 2º e 3º do art. 5º. Deste modo, o Decreto-Lei 911/69, em razão da incompatibilidade material com o texto constitucional, não teria sido recepcionado pela ordem jurídica vigente<sup>8</sup>.

---

<sup>6</sup> O art. 26 da Convenção de Viena, sobre Direito dos Tratados, é assim redigido: “*Pacta sunt servanda*. Todo tratado em vigor obriga as partes e deve ser cumprido por elas de boa fé”.

<sup>7</sup> Segundo o art. 47 da Convenção de Viena, sobre Direito dos Tratados, “Restrições Específicas ao Poder de Manifestar o Consentimento de um Estado. Se o poder conferido a um representante de manifestar o consentimento de um Estado em obrigar-se por um determinado tratado tiver sido objeto de restrição específica, o fato de o representante não respeitar a restrição não pode ser invocado como invalidando o consentimento expresso, a não ser que a restrição tenha sido notificada aos outros Estados negociadores antes da manifestação do consentimento”.

<sup>8</sup> Contudo, apesar de o ministro não ter se referido no seu voto, a própria Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, que positivou os dispositivos sobre o *treaty making power* advindos do costume internacional, estabelece, segundo seu art. 27, que uma das partes no tratado não pode invocar “[...] as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado”. Esta regra, também contida no art. 46 do mesmo dispositivo legal, determina que disposições sobre o Direito Interno dos Estados sobre sua divisão de competências, via de regra, não podem ser invocadas para descumprimento de um tratado internacional, a não ser que esta violação dissesse respeito a uma norma de importância fundamental.

O voto-vista do ministro Menezes Direito reproduziu voto anterior, que adotou no Habeas Corpus 87585/TO, no qual defendeu que tratados internacionais de Direitos Humanos têm superioridade jurídica face às leis internas, reconhecendo neles a qualificação constitucional, desde que não venham a suprimir ou modificar, de maneira gravosa, liberdades fundamentais reconhecidas e asseguradas pelo texto constitucional. Para o ministro, não seria razoável considerar as relações entre Direito Internacional e o Direito Interno como subordinadas à primazia absoluta de um ou de outro, em razão de ambas possuírem conteúdo material semelhante.

De acordo com a posição do ministro Menezes Direito, em razão de os Direitos Humanos não estarem circunscritos unicamente a esferas domésticas, por se constituir tema de legítimo interesse internacional, seria necessário que o conceito de soberania, que passa por processo de relativização, admitisse que o indivíduo devesse ter direitos protegidos, não só internamente como também em esfera internacional, na condição de sujeito de direito. Deste modo, o próprio constituinte teria reconhecido a importância da matéria, lhe conferindo hierarquia especial frente ao ordenamento jurídico interno.

Esta polêmica decisão do STF exemplifica os problemas que o Brasil tem para a efetivação dos Direitos Humanos em seu território. A falta de fundamentação filosófica, baseada nas práticas e necessidades da população, gerou um arcabouço jurídico confuso e desconectado das expectativas da sociedade. E isto quer dizer que a atuação jurídica no Brasil se mostra incompatível com as esperanças depositadas no texto constitucional de 1988, em relação à conformação do Estado Democrático de Direito, inclusive no que respeita à efetividade dos Direitos Humanos, principalmente no que se refere à efetiva aplicação das Sentenças da Corte IDH.

## **BIBLIOGRAFIA**

- CANÇADO TRINDADE, A. A. **A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos**. São Paulo: Saraiva, 1991.

---

Segundo interpretação de Macedo (MACEDO, 2011, p. 195), tal disposição não interessa à hierarquia que um tratado poderá ter internamente, mas a seu cumprimento. Macedo (p. 197) ainda assegura que a exceção do art. 46 não é propriamente exceção, mas a nulidade que pode ocorrer em virtude de um consentimento eivado de vício, denominada ratificação imperfeita.

- CANÇADO TRINDADE, A. A. **A proteção internacional dos Direitos Humanos e o Brasil (1948-1997):** as primeiras cinco décadas. 2. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 2000.
- CARVALHO RAMOS, A. D. **Processo internacional de direitos humanos:** análise dos sistemas de apuração de violações ds direitos humanos e a implementação das decisões no Brasil. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.
- CUNHA, B. G. D. A hierarquia dos tratados internacionais: a tese da supralegalidade das leis e o princípio da dignidade da pessoa humana. In: UNIVERSIDADE FUMEC **Iniciação científica:** monografias da Universidade Fumec. Belo Horizonte: Universidade Fumec, 2010. p. 35-94.
- LAFER, C. **A internacionalização dos direitos humanos:** Constituição, racismo e relações internacionais. São Paulo: Manole, 2005.
- LOUREIRO, S. M. D. S. **Tratados internacionais sobre direitos humanos na Constituição.** Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- MACEDO, P. E. V. B. D. Comentários ao artigo 27. In: SALIBA, A. T. **Direito dos Tratados:** comentários à Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (1969). Belo Horizonte: Arraes, 2011. p. 191-197.
- MARÇAL, A. C. **Metaprincípios do Estado Democrático de Direito:** um ponto de vista pragmatista. In: MARÇAL, A. C. et al (org.). *Os princípios na construção do Direito.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 9-35.
- MAZZUOLI, V. D. O. **Direitos Humanos, Constituição e os tratados internacionais:** estudo analítico da situação e aplicação do tratado na ordem jurídica brasileira. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.
- MAZZUOLI, V. D. O. **Curso de Direito Internacional Público.** São Paulo: LTr, 2009.
- PIOVESAN, F. **Direitos Humanos e justiça internacional.** São Paulo: Saraiva, 2006.

## **DIREITO AO AMBIENTE: UM DIREITO DE TODOS, UM DEVER DE CADA UM**

*INÊS LANDOLT FERREIRA GOMES ABRUNHOSA<sup>1</sup>*

[ines\\_landolt@hotmail.com](mailto:ines_landolt@hotmail.com)

### **RESUMO**

Partindo do ponto de que a existência humana seria impossível se não fosse enquadrada num meio ambiente com as mínimas condições de sustentabilidade, o Direito do Ambiente deveria ser visto como um Direito Humano. De que valerá falar em Direito à Vida se as bases da própria vida estão na Natureza, ou será que é o Direito que nos dá o oxigénio necessário à nossa respiração? Ou mesmo a água que bebemos e os bens alimentares de que precisamos? De facto, o Direito ao impor as suas normas de conduta contribui em muito para a conservação destes bens, mas por si só não garante a sua distribuição igualitária por todos os seres existentes à escala planetária. É necessário observar o Ambiente como fonte de todos os bens básicos essenciais à existência e sobrevivência da espécie humana. É pretendido salientar a importância crescente do Direito do Ambiente como um Direito Humano, sem o qual nenhum outro Direito se poderá concretizar. Assim é, que sem um Ambiente sadio, a própria existência Humana é posta em causa e sem existência Humana de nada servirão os Direitos Humanos (porque não terão qualquer base de aplicabilidade). A resposta que os Estados têm dado a esta problemática é ponto a ser analisado.

**PALAVRAS-CHAVE:** Ambiente, Sustentabilidade e Direitos Humanos

Direito do Ambiente é um direito dos homens, inventado pelos homens e para os homens.

A tutela do ambiente não poderá nunca ser concebida de forma absoluta, mas apenas em termos relativos, segundo níveis de tolerabilidade. Quanto ao conceito de ambiente<sup>2</sup>, podem adoptar-se duas perspectivas:

---

<sup>1</sup> Licenciada em Direito e Formada em Registos e Notariado pela Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Pós-Graduada em Direito Administrativo, Formada em Medicina Legal e Mestranda pela Escola de Direito da Universidade do Minho. [ines\\_landolt@hotmail.com](mailto:ines_landolt@hotmail.com); [ines.landolt.direito@gmail.com](mailto:ines.landolt.direito@gmail.com)

- a) Conceito amplo de ambiente: inclui não só os componentes ambientais naturais, mas também os componentes ambientais humanos (paisagem, património natural e construído e a poluição);
- b) Conceito estrito de ambiente: centra-se nos componentes ambientais naturais (ar, luz, água, solo vivo e subsolo, flora e fauna).

A noção ampla de ambiente foi acolhida por numerosos textos legislativos. Ao abarcar tanto os elementos naturais como os económicos, sociais e culturais, o conceito de ambiente vem a significar “tudo aquilo que nos rodeia e que influencia, directa ou indirectamente, a nossa qualidade de vida e os seres vivos que constituem a biosfera”<sup>3</sup>.

Desde há muito que parte da doutrina e algumas legislações sentem a necessidade de restringir a noção de ambiente por forma a torná-la operativa para o direito. Assim se veio a defender uma noção estrita de ambiente, centrada nos componentes ambientais naturais. A noção de Direito de Ambiente traz consigo implícito o respeito por determinados princípios<sup>4</sup>:

- a) Princípio da prevenção: é importante na protecção do ambiente pois é uma regra de bom senso, aquela que determina que, em vez de contabilizar os danos e tentar repará-los, se tente evitar a ocorrência de danos, antes de eles terem acontecido. Em muitos casos, depois de a poluição ou o dano ocorrerem, são impossíveis de remover; mesmo quando a reconstituição natural é materialmente possível, frequentemente ela é de tal modo onerosa, que esse esforço não pode ser exigido ao poluidor; economicamente, o custo das medidas necessárias a evitar a ocorrência de poluição é sempre muito inferior ao custo das medidas de “despoluição”, após a ocorrência do dano; a provar esta ideia surgiu uma nova expressão – Pollution Prevention Pays (PPP) - que pode ser traduzido por “a prevenção da poluição paga”, significando que a prevenção da poluição compensa.

A aplicação do princípio da prevenção implica a adopção de medidas antes da ocorrência de um dano concreto cuja origem é conhecida, com o fim de evitar a verificação de novos danos ou minorar os seus efeitos. O princípio da prevenção implica que seja dada uma atenção particular ao controlo das fontes de poluição;

---

<sup>2</sup> PEREIRA REIS. *Lei de Bases do Ambiente – Anotada e Comentada – Legislação Complementar*, Coimbra: Almedina, 1992, p.25

<sup>3</sup> PEREIRA REIS. *Lei de Bases do Ambiente...* 1992, p.25.

<sup>4</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes (coord.). *Introdução ao Direito do Ambiente*, Lisboa: Universidade Aberta, 1998, p. 44 e ss; ARAGÃO, Maria Alexandra, *O Princípio do Poluidor Pagador, Pedra Angular do Direito Comunitário do Ambiente*, Colecção Studia Iuridica, n.º24, Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

- b) Princípio da correcção na fonte: ideia de prevenção dos danos actuando na sua origem. Este é um princípio que permite responder às questões de quem, onde e quando deve desenvolver acções de protecção do ambiente. Visa pesquisar as causas da poluição para, sempre que possível, as eliminar ou as moderar, evitando que a poluição se repita.
- c) Princípio da precaução: o ambiente deve ter em seu favor o benefício da dúvida quando haja incerteza sobre onexo causal entre uma actividade e um determinado fenómeno de poluição ou degradação do ambiente. Pode-se falar de uma espécie de princípio “*in dubio pro ambiente*”, ou seja, na dúvida sobre a perigosidade de uma certa actividade para o ambiente, decide-se a favor do mesmo e contra o potencial poluidor.

A aplicação deste princípio leva a que o ónus da prova de uma acção em relação ao ambiente seja transferido do Estado ou dos potenciais poluídos para os potenciais poluidores.

O campo de aplicação privilegiado do princípio são os acidentes ecológicos, impondo ao potencial poluidor o ónus da prova de que um acidente ecológico não vai ocorrer e de que adoptou medidas de precaução específicas. O princípio da precaução impõe que actividades suspeitas de ter provocado um dano, ou de poder vir a provocá-lo, sejam interdidadas.

- d) Princípio do poluidor pagador (PPP): consagrado no artigo 3.º da Lei de Bases do Ambiente – “...sendo o poluidor obrigado a corrigir ou recuperar o ambiente, suportando os encargos daí resultantes, não lhe sendo permitido continuar a acção poluente”. O PPP é o princípio que, com maior eficácia ecológica, com maior economia e equidade social, consegue realizar o objectivo de protecção do ambiente.

Os fins que o PPP permite realizar são a precaução e prevenção dos danos ao ambiente e a justiça na redistribuição dos custos das medidas públicas de luta contra a degradação do ambiente. Aos poluidores não podem ser dadas outras alternativas que não deixar de poluir ou ter que suportar um custo económico em favor do Estado que deverá afectar as verbas assim obtidas a acções de protecção do ambiente.

Se o valor a suportar pelos poluidores for bem calculado, atingir-se-á uma situação socialmente mais vantajosa: a redução da poluição a um nível considerado aceitável e a criação de um fundo público destinado a combater a poluição residual ou

acidental, auxiliar as vítimas da poluição e custear despesas públicas de administração, planeamento e execução da política de protecção do ambiente.

Desta forma, acredita-se que os poluidores serão motivados a escolher entre poluir e pagar, ou pagar para não poluir. O grande mérito do PPP é criar verbas para o Estado afectar ao combate à poluição, evitando que os contribuintes tenham que custear através dos impostos que pagam, as medidas tomadas pelos poderes públicos para protecção do ambiente.

Deverão ser criados fundos alimentados pelos poluidores, dos quais sairão as verbas necessárias à realização das despesas públicas de protecção do ambiente – política do equilíbrio do orçamento ambiental que consiste na angariação coactiva de fundos entre os poluidores permitindo assegurar equidade na redistribuição dos custos sociais da poluição e protecção eficaz e económica do ambiente.

- e) Princípio da integração: considerando que não há actividade humana que não seja susceptível de afectar de maneira directa ou indirecta, em menor ou maior grau, o ambiente, é compreensível que as questões ambientais não possam ser apenas preocupações dos Ministérios do Ambiente.

É este o sentido do princípio da integração: uma política de protecção do ambiente eficaz e preventiva implica a ponderação prévia das consequências ambientais de qualquer actividade humana. O ambiente deve ser um elemento de ponderação a ter em consideração em decisões relacionadas com o ambiente, mas também em decisões sobre matérias mediatamente relacionadas com o ambiente (agrícolas, de pescas, industriais, comerciais, de transportes, de energia, de turismo, de consumo, emprego, educação, etc...).

Por força do princípio da integração é possível fiscalizar a legalidade de uma medida adoptada no âmbito de qualquer outra política e sancionar o seu desrespeito.

- f) Princípio da participação: ao nível do Direito do Ambiente defende-se a necessidade de os órgãos e agentes administrativos intervirem com um papel activo nas tomadas de decisão relevantes para o ambiente. É necessário prevenir os atentados ambientais e garantir que os seus causadores sejam responsabilizados, bem como permitir que os cidadãos possam ser ouvidos na execução da política de ambiente.

O princípio de participação está fortemente ligado ao direito à informação, pois só quando os cidadãos estão devidamente informados é que podem ter a oportunidade de exercer o seu direito de participação.

g) Princípio da cooperação: põe em destaque o papel da Administração Pública em matéria ambiental. A cooperação que aqui está em causa tem a ver com as relações estabelecidas entre a Administração e a sociedade civil.

Este princípio abrange também a cooperação internacional. O princípio da cooperação transmite a ideia de que a protecção do ambiente não é tarefa apenas do Estado, reclamando a busca de soluções ao nível internacional, impondo a todos os Estados o dever de colaborar entre si para proteger eficazmente o ambiente. Não podemos ignorar a transnacionalidade do fenómeno da poluição; não podemos ignorar que o ambiente é um bem de todos e que é responsabilidade de todos protegê-lo, respeitando o direito de as gerações futuras viverem num mundo são.

Nos finais do século XX, as preocupações em torno da qualidade do ambiente e da necessidade de proteger os componentes ambientais são sentidas de forma intensa por toda a população.

As notícias sobre a deterioração crescente do ambiente em que vivemos e sobre a necessidade de o preservar, sob pena de a nossa própria existência ser posta em causa, estão na «ordem do dia», sendo um dos objectos do discurso político. Só desta forma se consegue fazer alguma coisa para evitar a deterioração do mundo em que vivemos. É imperioso lutar contra tais problemas para que todos possamos usufruir de um “ambiente de vida humano, sadio e ecologicamente equilibrado”<sup>5</sup>.

Em numerosos casos, o valor do progresso económico e social tem que ceder face à necessidade de manter e restaurar um ambiente sadio. Houve uma tomada de consciência de todos sobre a necessidade de lutar contra tais problemas e de os tentar resolver.

A viragem do milénio correspondeu a um período de mudança decisiva no modo como as questões ambientais passaram a ser assumidas em todo o mundo. O ponto central desta mudança terá sido o da capacitação pública dos problemas ambientais. Em Aarhus, cidade dinamarquesa, a União Europeia assinou uma Convenção dedicada a estimular as formas de participação da sociedade civil no governo ambiental dos seus países, sobre três pontos cruciais: acesso à informação, participação pública na tomada de decisões e acesso à justiça em questões ambientais. Já ninguém discute que a exploração dos recursos naturais, ao ritmo a que se processa, levará ao colapso dos próprios suportes da vida humana no planeta; que o desenvolvimento é uma coisa diferente de crescimento e

---

<sup>5</sup> Artigo 66.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa

que requer inteligência para superar os efeitos perversos, que vão desde a destruição da Natureza até ao agravamento da pobreza; que há um enorme abismo entre os países ricos e os pobres.

Hoje, a relevância do ambiente tornou-se quase obrigatória ou recorrente em quase todos os novos textos constitucionais. Esta universalização não significa, só por si, que a efectividade das normas se mostre muito forte ou idêntica por toda a parte e serão muito poucos os Estados que poderão arrogar-se a qualidade de Estados Ambientais.

Enquanto reconduzíveis a direitos, liberdades e garantias ou a direitos de natureza análoga, os direitos atinentes ao ambiente são direitos de autonomia ou de defesa das pessoas perante os poderes públicos e sociais. Vinculam as entidades públicas e privadas.

Eles têm por contrapartida o respeito, a abstenção, o *non facere*. O seu objectivo é a conservação do ambiente e consiste na pretensão de cada pessoa a não ter afectado hoje o ambiente em que vive.

Como consequência da consideração do ambiente enquanto bem jurídico autónomo, resulta que determinados componentes ambientais outrora passíveis de ser utilizados por todos sem obediência a quaisquer regras ou limites, são agora bens juridicamente protegidos, os quais, são alvo de uma tutela jurídica que visa tornar a sua utilização e o seu aproveitamento mais racionais e equilibrados.

O ambiente deve ser também assumido como direito subjectivo de todo e qualquer cidadão individualmente considerado, pois apesar de ser um bem social unitário, é dotado de uma indiscutível dimensão pessoal.

Há uma série de ordens jurídicas nas quais o ambiente foi já reconhecido e protegido como direito fundamental individual com suficiente dignidade para ser tutelado pela própria Constituição. Boa parte dos atentados ambientais nos nossos dias é da responsabilidade da Administração Pública pelo que em Portugal, também os indivíduos devem ter a possibilidade de accionar os mecanismos da responsabilidade por danos ao ambiente e de serem titulares do respectivo direito de indemnização em vez de se atribuir às autoridades públicas o monopólio do respectivo direito de indemnização, o que deixaria impunes muitos atentados ao ambiente causados pela própria Administração Pública.

Torna-se necessário consagrar ao lado da legitimidade do Estado e demais entes da administração, a possibilidade de os cidadãos, individualmente considerados ou

associados, serem também titulares do direito de acção e indemnização por danos causados ao ambiente.

O único modelo para as sociedades humanas se relacionarem duradouramente com os ecossistemas não é o da dominação, mas sim o da habitação. É falsa a questão da atribuição de direitos à natureza. Não podemos distribuir direitos a quem não os pode exercer no nosso sistema jurídico. Na nossa condição de humanos, a única coisa que podemos realmente fazer não é dar direitos à natureza, mas sim impor deveres ao nosso relacionamento com ela.

Compete ao direito construir um sistema humano adaptado à complexidade da realidade ambiental, conciliando interesses que são aparentemente incompatíveis. No plano inter-estadual global, a presunção da inesgotabilidade dos recursos naturais condiciona o entendimento de que os elementos naturais são encarados como *res comunis* (coisa comum ou domínio comum), ficando sujeitas ao princípio da liberdade de utilização, uma vez que, sendo infinitos, o seu uso ilimitado não poderia constituir qualquer tipo de problema. Assim, dispensa-se qualquer tipo de gestão comum que organize os vários usos privados.

O facto de o simples uso de qualquer tipo de dano provocado num bem ambiental se repercutir de forma duradoura e cumulativa ao nível global, abala toda a estrutura do edifício jurídico inter-estadual clássico.

Todos os documentos que conduziram ao conceito “património comum da humanidade” esbarram num problema jurídico de base do direito internacional: ser de todos, sem haver gestão do que é comum, é ser de ninguém. O ambiente ajuda a cristalizar a noção de que a humanidade tem um futuro comum.

O aquecimento global veio acabar com as fronteiras tradicionais da soberania dos estados e justificar a afirmação de que desde o seu nascimento, o Direito do Ambiente proclamou a sua vocação Universal, é um direito apátrida por necessidade. Uma vez que o ambiente consta da categoria de bens comuns, deve ser mencionada a norma que proíbe actos de poluição sobre os três espaços comuns ou qualquer acto de poluição de relevância internacional, isto é, cujos efeitos se verifiquem em relação a uma generalidade de Estados. Trata-se de uma norma costumeira mas que impõe obrigações *erga omnes* imediatas, dado que um acto desta natureza provoca sempre um prejuízo directo em todos os estados, visto que o ambiente é um bem comum.

Qual o problema jurídico de base que continua por resolver? É um problema de gestão, coordenação e conciliação de domínios humanos, exercidos sobre um bem

materialmente indivisível e que requer uma gestão comum. O problema jurídico ambiental é um problema de conciliação das necessárias divisões estaduais sobre um bem materialmente indivisível.

Os direitos nacionais aproveitarão as normas e os padrões universais que melhorarão os sistemas internos. Não há outro campo do direito internacional que tenha conhecido uma evolução tão rápida, com mutações tão profundas, quanto o direito internacional ambiental. Mas o problema continua por resolver: o interesse individual dos estados tem prevalecido sobre os interesses públicos colectivos.

A questão de base parece-se a mesma que se colocou aos edifícios em condomínio: a conjugação de interesses privados com a manutenção de interesses comuns, os quais se exercem sobre um mesmo objecto materialmente indiviso. Tal como num condomínio, também no planeta o interesse particular de cada um dos estados só poderá ser plenamente realizado se os interesses comuns estiverem salvaguardados e, os interesses comuns só poderão ser realizados se o interesse particular de cada um estiver garantido.

Nenhuma soberania subsiste por si só, e todas dependem do mesmo “edifício planeta” onde essas soberanias se exercem. Exige-se uma interacção comportamental entre todas as soberanias do planeta, colocando todos numa mútua dependência relativa à salubridade do edifício comum. Em matéria de interesses comuns, o não acatamento de uma regra implica a violação de um direito individual comum a todos os outros estados.

A impossibilidade de divisão ou apropriação dessas partes, que circulam a nível planetário, é que implica que o exercício de soberania sobre elas seja comum ou partilhado. Este facto coloca todos os Estados na condição de serem simultaneamente soberanos dos seus territórios e comproprietários das partes comuns do planeta.

A afirmação de que determinados elementos do planeta deverão ser considerados como parte comum e como tal requerem uma administração comum, terá de ser aceite por todos como tal, carecendo de instituições sociais ou de uma organização social que os reconheça e legitime dentro da ordem da comunidade internacional.

Da manutenção e gestão das partes comuns dependerá a possibilidade de manutenção da vida na terra. Uma sociedade é constituída não só por aqueles membros que estão vivos, como por todos os seus antecessores e sucessores. O propósito das sociedades humanas realiza-se no bem-estar e prosperidade de todas as gerações.

Não é lícito que cada povo, na busca de melhores condições de vida para cada um dos seus membros actuais e futuros, o faça de forma a comprometer o uso futuro das

partes comuns, violando os direitos de todos os outros membros actuais e futuros da comunidade global. Aqui se fala de desenvolvimento sustentável como “desenvolvimento que satisfaz as necessidades do presente sem comprometer a possibilidade de as gerações futuras satisfazerem as suas próprias necessidades”<sup>6</sup>.

A responsabilidade pelo futuro passa pela acção da efectiva mudança da lógica jurídica e económica. O sistema produtivista de mercado contém um conflito imanente com o objectivo da qualidade de vida ambiental. Partindo de um pressuposto errado, de que os recursos seriam ilimitados ou inesgotáveis no horizonte de longo prazo, nem a sua poupança nem a preservação do ambiente justificava uma significativa preocupação com problemas aparentemente externos.

A poluição revela-se como uma das mais importantes manifestações da relação entre a actividade económica produtiva e a biosfera. É necessária uma massiva reestruturação do sistema económico mundial de modo a evitar-se uma catástrofe ecológica a nível global.

Os comportamentos que afectam negativamente o ambiente do outro lado do planeta repercutem-se no todo global.

O protocolo de Quioto foi pioneiro na concepção de uma valoração económica ambiental, realizada através de direitos de poluição negociáveis, que criam o direito de cada país poluir o ambiente, até um limite pré-determinado; o problema está no facto das verbas provenientes desse uso privado de um recurso público não serem directamente empregues na manutenção e melhoramento das partes comuns. E sem existir uma solução jurídica que garanta que as verbas provenientes do uso de bens comuns sejam utilizadas na compensação e manutenção do Sistema Natural Terrestre, as soluções económicas de incorporação dos custos ambientais no sistema produtivo estarão longe de começarem a corrigir os danos já acumulados.

O modelo de condomínio é a constatação de que os fenómenos complexos são susceptíveis de harmonização e de compatibilização com a nossa capacidade explicativa da realidade.

A ideia de que existe uma dívida ecológica entre os países que realizaram um maior uso dos bens comuns tem como fundamento o uso desigual que aconteceu entre as economias ricas do norte e os países do sul.

---

<sup>6</sup> WORLD COMMISSION ON ENVIRONMENT AND DEVELOPMENT. *Our Common Future*. Oxford: Oxford University Press, 1987.

O problema coloca-se a um nível psicológico, de aceitação de que o ar que respiramos e a atmosfera que está em determinado momento sobre o território do nosso país, e a hidrosfera que escorre na superfície e no interior da terra, não são nossos, mas de todos os cidadãos do mundo, actuais e futuros...e se o Condomínio da Terra é hoje um sonho, temos presente que todas as verdades de hoje foram utopias de ontem<sup>7</sup>.

Assim, temos como sendo os dez princípios do condomínio da Terra<sup>8</sup>:

- 1) A crise ambiental mundial é menos um problema do ambiente do que um problema do Homem;
- 2) Resolver a crise ambiental mundial é resolver o problema jurídico da coordenação duma multitude de soberanias exercidas sobre áreas do Planeta Terra insusceptíveis de divisão jurídica, mas das quais todas as soberanias são dependentes;
- 3) Só na definição e prossecução do interesse comum será possível continuar a garantir a cada Estado os seus direitos;
- 4) O projecto “condomínio da Terra” distingue as fracções estaduais das partes comuns: cada condómino é soberano dentro do seu território e detentor de uma soberania partilhada das partes comuns do planeta;
- 5) São partes necessariamente comuns a Atmosfera e a Hidrosfera e presumidamente comuns, a Biodiversidade;
- 6) O condomínio da Terra pressupõe um regulamento que disciplina o uso e conservação das partes comuns;
- 7) Existe um direito/dever igual no uso/conservação dos bens comuns;
- 8) Cada condómino participará nas despesas necessárias à conservação ou fruição das partes comuns, de forma equitativa, no sentido de garantir a coincidência entre o óptimo social e o óptimo ecológico;
- 9) Competirá ao Administrador do condomínio receber todas as verbas provenientes dos condóminos e promover projectos de conservação e melhoramento das partes comuns;
- 10) O condomínio da Terra compatibilizará os sistemas jurídicos e económicos com o Sistema Natural Terrestre.

---

<sup>7</sup> MAGALHÃES, Paulo. *O condomínio da Terra: das alterações climáticas a uma nova concepção jurídica do Planeta*, Coimbra: Almedina, 2007, p.141

<sup>8</sup> MAGALHÃES, Paulo. *O condomínio da Terra...*2007.

Foi necessário que as alterações climáticas se tivessem transformado numa realidade visível para que a crise global do ambiente ganhasse o estatuto de fenómeno crucial para a humanidade contemporânea. A leitura dos mais recentes relatórios e trabalhos científicos sobre o estado do clima e os cenários da sua evolução causam fundadas inquietações.

A política de ambiente atravessa todo o tecido social tornando-se inseparável do tipo de funcionamento do sistema político. É esse o horizonte de totalidade política integrada que recebe a designação de desenvolvimento sustentável. A entrada em cena de uma nova mentalidade, que olhava para a natureza como objecto de domínio e conquista, foi acompanhada, a partir da Revolução Industrial Inglesa com a efectivação concreta dessa intenção de apropriação do mundo natural. Durante 250 anos a industrialização do mundo prosseguiu sem tréguas, com o seu surto de destruição ecológica.

A tomada de consciência da crise ambiental obriga a profundas deslocações no corpo das ciências e nos seus conceitos. O que está em causa é o reinventar radical do relacionamento humano com a natureza. A crise do ambiente obriga-nos à transmutação de todos os valores.

A humanidade tem hoje uma consciência clara do carácter global da maioria esmagadora das grandes questões da agenda ambiental. Porém, a gravidade da situação ambiental continua a ser a nota dominante. Politicamente, acentuou-se o abismo entre os países desenvolvidos e em vias de desenvolvimento.

A globalização de muitos dos mais cruciais problemas ambientais não esvazia a necessidade das agendas nacionais em matéria de política pública de ambiente. A política de ambiente é hoje uma designação que envolve a intranquilidade fundamental da nossa época: habitamos na clivagem entre o colapso e o desenvolvimento sustentável. As alterações climáticas são uma síntese da crise global do ambiente. A nossa época carece de um excesso de acção e de um profundo défice de reflexão e imaginação. A crise da imaginação crítica projecta-se nas limitações e insuficiências das políticas públicas de ambiente, tanto no plano nacional como internacional.

## **BIBLIOGRAFIA:**

- AMARAL, Augusto Ferreira do, “A Jurisprudência Portuguesa no Domínio do Direito do Ambiente”, in Diogo Freitas do Amaral (coord.) *Direito do Ambiente*, Lisboa: INA, 1994.
- ANTUNES, Luís Filipe Colaço, “Colocação Institucional, Tutela Jurisdicional dos Interesses Difusos e Acção Popular e de Massas”, *Textos Ambiente e Consumo*. Centro de Estudos Judiciários, Coimbra: Coimbra Editora, 1994.
- ANTUNES, P.Santos. *Economia Ecológica*, Cadernos de Ecologia, Lisboa, 1999.
- ARAGÃO, Maria Alexandra. *O Princípio do Poluidor Pagador, Pedra Angular do Direito Comunitário do Ambiente*, Colecção Studia Iuridica, n.º24, Coimbra: Coimbra Editora, 1997
- BOFF, Leonardo. *Saber cuidar, Ética do Humano. Compaixão pela terra*. Petrópolis: Vozes, 1999.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes (coord.), *Introdução ao Direito do Ambiente*, Lisboa: Universidade Aberta, 1998.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Protecção do Ambiente e Direito de Propriedade (Crítica de Jurisprudência Ambiental)*, Coimbra: Coimbra Editora, 1995.
- CUNHA, Paulo Ferreira da. *Natureza e Arte do Direito*, Coimbra: Almedina, 1999.
- DIAS, José Eduardo Figueiredo. *Tutela Ambiental e Contencioso Administrativo (Da legitimidade processual e das suas consequências)*, Coleção Studia Iuridica, n.º29, Coimbra: Coimbra Editora, 1997.
- GORE, Al. *Uma Verdade Inconveniente, A Emergência Planetária do Aquecimento Global e o que podemos fazer em relação a isso*, Lisboa: Editora Esfera do Caos, 2006.
- MAGALHÃES, Paulo. *O condomínio da Terra- Das alterações climáticas a uma nova concepção jurídica do Planeta*, Coimbra: Almedina, 2007.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, Direitos Fundamentais, Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

- MIRANDA, Jorge, “A Constituição e o Direito do Ambiente”, in Diogo Freitas do Amaral (coord.), *Direito do Ambiente*, Lisboa: INA, 1994.
- OST, François. *A Natureza à Margem da Lei, A ecologia à prova do Direito*. Lisboa: Instituto Piaget, 1995.
- ROSAS, João Cardoso (org.). *Manual de Filosofia Política*, Capítulo XI, *Política de Ambiente*, Viriato Soromenho-Marques, Coimbra: Almedina, 2008.
- SCHMIDT, Luísa. *País (in)sustentável – Ambiente e Qualidade de Vida em Portugal*, Lisboa: Esfera do Caos, 2007.
- SEN, Amartya, *O Desenvolvimento Como Liberdade* (1999, *Development as Freedom 1999*), trad. port. De Joaquim Coelho Rocha, Lisboa: Gradiva, 2003.
- SINGER, Peter. *Um Só Mundo, A ética da globalização*. Gradiva: Lisboa, 2004.
- WORLD COMMISSION ON ENVIRONMENT AND DEVELOPMENT. *Our Common Future*. Oxford: Oxford University Press, 1987.

#### **ARTIGOS DE REVISTAS:**

- ANTUNES, Luís Filipe Colaço. “Para uma Noção Jurídica de Ambiente”, *Scientia Iuridica*, Tomo XLI (n.º 235/237), Universidade do Minho, Braga, pp.77-94, Jan-Jun. 1992.
- CASTRO, Paulo Canelas de. “Mutações e constâncias do Direito Internacional do Ambiente”, *Revista Jurídica do Urbanismo e Ambiente*. Coimbra, pp. 145-186, 1994.
- MARTINS, A., “Desafios do Ambiente”, *Jornal de Notícias*, 2 de Maio de 2007.
- MARTIN, Gilles, “Direito do Ambiente e Danos Ecológicos”, in: *Revista Crítica de Ciências Sociais*, v. 3, n.º31, Março, pp. 115-142, 1990.
- MENDES, Paulo de Sousa, “Vale a pena o direito penal do ambiente?”, in: *Revista de Ciência e Cultura da Universidade Lusíada do Porto*, Porto, Novembro, 1995.
- RAMOS, José. “A Relação do Homem com a Natureza”, in: *Boletim Filosófico da Nova Acrópole*, n.º7 pp. 12-14, Dezembro de 2011.

## A HUMANIZAÇÃO DO DIREITO CONSULAR

JEISON B. DE ALMEIDA<sup>1</sup>

[jeison.almeida@almeidaesilva.adv.br](mailto:jeison.almeida@almeidaesilva.adv.br)

### RESUMO

O processo de humanização do Direito Internacional Público. A Convenção de Viena sobre Relações Consulares de 1963. Artigo 36 da CVRC e a assistência consular ao preso estrangeiro. Os precedentes da Corte Internacional de Justiça: Caso Breard, LaGrand e Avena. A assistência consular ao preso estrangeiro como um direito individual. O precedente da Corte Interamericana de Direitos Humanos: Opinião Consultiva de n.º 16. A Assistência consular ao preso estrangeiro como um direito humano.

### INTRODUÇÃO

Após o fim da Segunda Guerra Mundial, a sociedade internacional experimentou o gradual processo de humanização do Direito Internacional Público – DIP. Este processo que teve início com a Carta de São Francisco, estatuto normativo da Organização das Nações Unidas, vem dando centralidade aos direitos humanos na análise do DIP. O Direito Consular, como um dos ramos mais bem desenvolvidos do DIP, não poderia ficar à margem deste processo de humanização, e ter um conteúdo estanque baseado na interestatalidade e reciprocidade das relações consulares.

Neste desiderato, o presente artigo proporciona uma avaliação histórica do processo de formação do Direito Consular e seu recente processo de humanização, tendo em vista os reclamos da sociedade internacional perante o Tribunal Internacional de Justiça e a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

---

<sup>1</sup> Mestrando em Direitos Humanos pela Universidade do Minho, Portugal, com período de estudos *Erasmus* no *Máster de Estudios Internacionales* na Universidade de Santiago de Compostela, Espanha. Licenciado em Direito pela Universidade do Estado de Mato Grosso, Brasil. Advogado e professor universitário. Contato: [jeison.almeida@almeidaesilva.adv.br](mailto:jeison.almeida@almeidaesilva.adv.br)

## I – FORMAÇÃO E DESENVOLVIMENTO DA INSTITUIÇÃO CONSULAR

São três os principais pontos de vista sustentados pelo jus-internacionalistas sobre a origem da instituição consular. Uma primeira perspectiva, inicia o estudo e reconhece em instituições da Antiguidade a origem da instituição consular. Candiotti, por exemplo, identifica nos sentimentos de bondade, compaixão pelos débeis e desamparados e na hospitalidade a origem remota da instituição consular<sup>2</sup>. Zourek – relator especial da Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas para a elaboração da Convenção de Viena sobre Relações Consulares –, também confia na Antiguidade a origem da instituição consular<sup>3</sup>. No mesmo sentido, Brito – como Sorensen<sup>4</sup>, Korovin<sup>5</sup> e Martins<sup>6</sup> – observa que é na Antiguidade, com a *proxenia* grega, que “verdadeiramente nasce a instituição consular”<sup>7</sup>.

Por outro lado, existem autores que sustentam que a origem da instituição consular deu-se no século XI, com o início das Cruzadas, embora reconheçam que existem algumas semelhanças com as instituições da Antiguidade. Neste sentido, Rivier aponta que a instituição consular é medieval e moderna, e surgiu principalmente através das relações comerciais, no entanto, reconhece que instituições da Antiguidade grega e romana guardam analogia com a instituição consular<sup>8</sup>. Na doutrina espanhola, Torroba Sacristán sustenta que ainda que haja semelhanças entre a *proxenia* e certas formas que o ofício consular

---

<sup>2</sup> Aduz o cônsul argentino que: “La institución consular tiene sus orígenes remotos en los sentimientos de bondad, de conmiseración, por las desgracias de los desamparados y los débiles, que se manifestaron en todas las épocas y hasta en los pueblos más crueles. Es hija, como he dicho, de los sentimientos humanos más nobles: la protección al desdichado y la hospitalidad”. CANDIOTTI, Alberto M. *Historia de la institución consular en la Antigüedad y en la Edad Media*. Buenos Aires: Editora Internacional, 1925, p. 8.

<sup>3</sup> “Even in the ancient days of slavery, trade relations between different peoples gave rise to institutions which may be considered as the forerunners of modern consulates. The merchants of those days went after trade in foreign countries which often were very far away and had very different laws and customs; hence their desire to have their disputes settled by judges of their own choice administering their own national laws”. ZOUREK, Jaroslav. *Consular Intercourse and Immunities. Yearbook of the international law commission*, New York, vol. II, 1957, p. 73. No mesmo sentido, para Antokoletz, a instituição consular destinada a proteger o comércio e os interesses dos nacionais também tem origem na Antiguidade, especificamente, o autor cita a proteção dada aos estrangeiros na Índia e Egito. Cf. ANTOKOLETZ, Daniel. *Manual diplomático y consular: para uso de los aspirantes y funcionarios de ambas carreras*. Tomo II. Buenos Aires: La Facultad, 1928, p. 12.

<sup>4</sup> Cf. SORENSEN, Max. *Manual de Derecho Internacional Público*. Trad.: Dotación Carnegie para la Paz Internacional. México, D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1973, p. 404.

<sup>5</sup> Cf. KOROVIN, Y. A. (dir.). *Derecho Internacional Publico*. Versión española de Juan Villalba. México, D.F.: Editorial Grijalbo, 1963, p. 312.

<sup>6</sup> Para a autora portuguesa, “a instituição consular remonta aos ‘proxenes’ da Grécia antiga”. MARTINS, Margarida Salema D’Oliveira. *Direito Diplomático e Consular*. Lisboa: Universidade Lusíada Editora, 2011, p. 121. (Aspas no Original).

<sup>7</sup> Cf. BRITO, Wladimir. *Direito Consular*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 16.

<sup>8</sup> Cf. RIVIER, Alphonse. *Principes du Droit des Gens*. Vol. II. Paris: Arthur Rousseau, 1896, p. 522.

chegou a se revestir, não há entre os *proxenes* e os cônsules atuais qualquer encadeamento histórico<sup>9</sup>. Cabe mencionar autores como Satow e Sen, que embora reconheçam na Idade Média o verdadeiro início da instituição consular, iniciam o estudo da mesma na Antiguidade grega e romana<sup>10</sup>.

Por fim, alguns autores também estabelecem a origem da instituição consular no século XI, mas desconsideram qualquer contribuição ou relação com as instituições surgidas na Antiguidade. Anziliotti, por exemplo, aduz que as instituições da Antiguidade – os *proxenes*, patronos, *praetor peregrinus*, *recuperatores*, etc. –, que protegiam os estrangeiros, revelam uma ideia distinta da que serve de base à instituição consular de nossos dias. Para o autor, naquelas instituições era o “Estado” territorial que, por meio de órgãos próprios, cuidava dos estrangeiros admitidos em seu território, e de acordo com a teoria atual, é o Estado nacional que protege os seus cidadãos, estabelecendo funcionários idôneos no Estado estrangeiro onde aqueles residem<sup>11</sup>. Para Contuzzi, uma instituição semelhante aos consulados não funcionou nem sequer nos países de civilização mais avançada no mundo antigo, as condições da sociedade internacional naquela época não dava ensejo a isto<sup>12</sup>. Por derradeiro, há autores que em seu estudo da história da instituição consular, não fazem menção a qualquer instituição da Antiguidade, desconsiderando-as por completo, tais como Cavaré<sup>13</sup>, Rousseau<sup>14</sup> e Colliard<sup>15</sup>.

---

<sup>9</sup> Cf. TORROBA SACRISTAN, José. *Derecho Consular: Guía Práctica de los Consulados de España*. Madrid: Ministério de Asuntos Exteriores, 1993, p. 03. Com o mesmo raciocínio segue Maresca: “No obstante las innegables analogías, la figura jurídica del proxene no puede exactamente configurarse como un anticipo de la del Cónsul moderno, no sólo por la variedad de las funciones extraconsulares que correspondían al proxene, sino especialmente, y sobre todo si se cuenta que aunque su misión era la de mantener relaciones continuas con los nacionales de un Estado extranjero y con los órganos de dicho Estado, no tenía – al menos normalmente – relaciones directas con el mismo Estado y, en cualquier caso, no se convertía en órgano del mismo en el sentido moderno del término”. MARESCA, Adolfo. *Las relaciones consulares*. Traducción: Hermino Morales Fernandez. Madrid: Aguilar, 1974, p. 14.

<sup>10</sup> Cf. SATOW, Sir Ernest. *Satow's diplomatic practice*. Edited by: Sir Ivor Roberts. Sixth Edition. Oxford: Oxford University Press, 2009, pp. 249-250; SEN, B. *A diplomat's handbook of international law and practice*. 3<sup>rd</sup> ed. Dordrecht: Martinus Nijhoff, 1988, pp. 243-245.

<sup>11</sup> Cf. ANZILOTTI, Dionísio. *Curso de Derecho Internacional*. Primera edición. Trad.: Júlio Lopez Oliván. Tomo I. Madrid: Editorial Reus, 1935, p. 242.

<sup>12</sup> CONTUZZI, F. P. *Trattato teorico-pratico di diritto consolare e diplomatico, apud VILARIÑOS PINTOS, Eduardo*. La institución consular: debate conceptual abierto. In: *Pensamiento jurídico y sociedad internacional* Estudios en Honor del Profesor D. Antonio Truyol y Serra. Vol. II. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1986, p. 1229.

<sup>13</sup> Cf. CAVARÉ, Louis. *Le Droit International Public Positif*. Tome II. Troisième édition. Paris: Editions A. Pedone, 1969, p. 39.

<sup>14</sup> Cf. ROUSSEAU, Charles. *Derecho Internacional Público*. Tercera Edición. Barcelona: Ediciones Ariel, 1966, p. 345.

<sup>15</sup> Cf. COLLIARD, Claude-Albert. *Instituciones de relaciones internacionales*. Trad.: Pauline Forcella de Segovia. Madrid: Fondo de Cultura Económica, 1977, p. 245.

Ante o exposto, concordamos que de fato, a origem da instituição consular ocorreu na Idade Média, especificamente com a intensificação dos fluxos comerciais na costa mediterrânea. No entanto, não ignoramos que as instituições da Antiguidade contribuíram para o desenvolvimento da instituição consular, de alguma forma, como, por exemplo, na linguagem, pois, como nos ensina D. Luiz Carlos da Costa, a palavra *Consul*, deriva do verbo *consulere*, de aconselhar e julgar, haja vista que entre os Romanos, os *consules* eram os administradores da justiça<sup>16</sup>.

Cientes da importância das instituições da Antiguidade, preferimos dividir a análise da história da instituição consular em dois grandes períodos: o primeiro, que chamamos de proto-história da instituição consular, abrange os institutos da Antiguidade e da Alta Idade Média, que guardam semelhança e contribuíram para a formação da instituição consular; o segundo, que tem seu marco inicial a partir das Cruzadas (século XI), tem como conteúdo a origem da instituição consular e seu posterior desenvolvimento até à sua codificação em um diploma com aspiração universal, é dizer, a Convenção de Viena sobre Relações Consulares de 1963.

Em análise perfunctória da proto-história da instituição consular, identificamos no Oriente Antigo, funcionários do governo investidos na função de proteger os interesses dos estrangeiros. Na Índia, no período *Brahmanico*, existiam magistrados específicos a cuidar para que os estrangeiros não sofressem qualquer tipo de injustiça, e que zelavam da sua saúde quando ficassem doentes e em caso de óbito, se ocupavam do enterro<sup>17</sup>. Já no Egito, passada a época teocrática, os estrangeiros eram protegidos por um sacerdote – *Agorámono* –, que desempenhava funções judiciais, notariais e políticas a favor dos estrangeiros.

No Ocidente, em Atenas, os estrangeiros – é dizer, os metecos<sup>18</sup> –, que exerciam atividades comerciais ou industriais, faziam-se representar pela figura dos *prostates*, que posteriormente, devido o pouco interesse que “revelavam no exercício das suas funções levou a que fossem substituídos por um magistrado especial, os *Polemárcos*, que cedo cederam lugar aos *proxenes*”<sup>19</sup>. Com a ocupação da Grécia por Roma, os

---

<sup>16</sup> Cf. COSTA, D. Luiz Carlos da. *A instituição consular*. Rio de Janeiro: Companhia Nacional Editora, 1889, p. 3.

<sup>17</sup> Cf. CANDIOTI, Alberto M. *Op. cit.*, pp. 14-15.

<sup>18</sup> “D'une façon générale, il n'y a aucune ambiguïté sur ce que les anciens entendaient par l'expression de *métèque*. On sait que ce nom s'appliquait, dans les cités grecques, à toute une catégorie d'étrangers vivant, dans chaque cité, à côté des citoyens”. Cf. CLERC, Michel Armand Edgar Anatole. *Les Métèques athéniens*. Reprint Edition. [s.l.]: Arno Press, 1979, p. 09.

<sup>19</sup> BRITO, Wladimir. *Direito Consular*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 16.

*proxenes* tendem a desaparecer e a dar lugar ao patronato romano. O *Patronus*, que era um magistrado, tinha a função de proteger os estrangeiros *sine civitate*, através de um contrato, que tinha por efeito estabelecer obrigações bilaterais permanentes de dependência e tutela.

Avançando para o segundo período de análise histórica da instituição consular, e seguindo as diretrizes de Ferreira<sup>20</sup> e Zourek<sup>21</sup>, distinguimos a existência de três fases, que demonstram a evolução que vai caracterizar o cônsul moderno. A primeira fase é a do cônsul juiz e eleito (século XI a inícios do século XIV). Nesta fase, em que subsistia o princípio germânico da personalidade do direito, as organizações comerciais que detinha um alto grau de autonomia, nomeavam juízes para dirimir os conflitos dos mercadores, independentemente da legislação do local aonde se encontravam. Esses juízes eram denominados de cônsul-mercadores, juiz-cônsul ou cônsul do mar. Esses agentes consulares eram, em geral, nomeados pela comunidade de mercadores no país estrangeiro, em outras palavras, é o surgimento do *consul electi*. Ainda na Idade Média, pode-se citar o surgimento de alguns códigos marítimos que continham as competências dos cônsules, destacam-se: a Tábua de *Amalfi* (século XI); as Regras de *Oléron* (século XII).

A segunda fase corresponde ao do cônsul representativo do Estado e enviado ao estrangeiro – *consul missus* (século XIV até finais do século XVIII). Com a nova estrutura política e econômica surgida com o fim da Idade Média e o movimento renascentista, a figura do cônsul passa a ter uma nova configuração. De efeito, os cônsules deixam de ser representantes das corporações de mercadores sediados em cidades estrangeiras, para serem representantes dos respectivos Estados, ou seja, passam a ser um enviado oficial do seu Estado no estrangeiro, para representar os interesses dos seus conacionais e do seu governo. O cônsul, nesta fase, passa a ser visto como um funcionário administrativo, e perde seu poder jurisdicional, principalmente, em virtude do surgimento do princípio da territorialidade do Direito.

Por último, a terceira fase é do cônsul protetor dos interesses do comércio e navegação do seu Estado e da proteção dos seus conacionais (a partir do século XVIII). Com a intensificação no século XVI e XVII do estabelecimento de Missões diplomáticas permanentes, o cônsul que por um tempo chegou a gozar do *status* diplomático – imunidades, privilégios e facilidades –, vai perdê-lo e deixar de ser representante do

---

<sup>20</sup> Cf. BRITO, Wladimir. *Op. cit.*, p. 33.

<sup>21</sup> Cf. ZOUREK, Jaroslav. Consular intercourse and immunities. *Yearbook of the international law commission*, New York, vol. II, 1957, pp. 72-77.

Soberano e do Estado<sup>22</sup>, para “assumir a configuração que é a actual, qual seja a de uma instituição vocacionada para a defesa dos interesses comerciais, industriais e de navegação do seu respectivo Estado e dos seus nacionais”<sup>23</sup>.

Nesta fase final de desenvolvimento da instituição consular, surgiram algumas manifestações internacionais de regulamentação da atividade consular, tais como o Tratado de Cobden em 1960, entre França e Inglaterra, a Convenção sobre Agentes Consulares, concluída em 1928 em Havana e a Convenção Europeia sobre as Funções Consulares concluída em 1967, sobre os auspícios do Conselho da Europa<sup>24</sup>.

Após todo esse percurso histórico, a partir de 1949 a Comissão de Direito Internacional se engajou no estudo e na elaboração de uma convenção de âmbito universal que regulasse as diferentes matérias do Direito Consular. Em 1955 foi nomeado como Relator Especial o professor Zourek, cujo primeiro relatório foi apresentado em 1957<sup>25</sup> e o segundo em 1960<sup>26</sup>. O projeto de artigos foi apresentado pela Comissão de Direito Internacional à Assembleia Geral das Nações Unidas, que decidiu, pela Resolução 1685 (XVI), de 18 de dezembro, convocar uma conferência internacional de plenipotenciários.

A Conferência de Viena sobre as Relações Consulares reuniu-se, entre 04 de março e 22 de abril de 1963 e no dia 24 do mesmo mês, foi assinada a Ata Final da Conferência, tendo a Convenção de Viena sobre as Relações Consulares entrado em vigor em 18 de março de 1967. Após sua entrada em vigor, o estatuto codificador do Direito Consular vai perder sua característica eminentemente interestatal, e passar a orbitar na influência gravitacional do Direito Internacional dos Direitos Humanos e experimentar o processo de humanização de suas normas, principalmente através das contribuições

---

<sup>22</sup> Neste contexto, Sorensen aduz: “El establecimiento de misiones diplomáticas permanentes – en los siglos XVIII y XIX – llevaron a la autoridad consular a un eclipse transitorio; pero con la expansión del comercio, el movimiento marítimo y los viajes que siguió a la Revolución Industrial, la apertura de China y Japón y el establecimiento de regímenes extraterritoriales en esos países, los servicios consulares volvieron a tomar importancia”. SORENSEN, Max. *Manual de Derecho Internacional Público*. Trad.: Dotación Carnegie para la Paz Internacional. México, D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1973, p. 404.

<sup>23</sup> BRITO, Wladimir. *Direito Consular*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 30.

<sup>24</sup> Apesar de aberta para assinatura desde 1967, a Convenção Europeia sobre Funções Consulares só entrou em vigor em 09/06/2011, após sua quinta ratificação, realizada pela Geórgia em 08/03/2011. Os outros Estados que ratificaram foram: Noruega em 1976, Grécia em 1983, Portugal em 1985 e Espanha em 1987. Cf. <<http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=061&CM=8&DF=08/01/2012&CL=ENG>>, com acesso em 30/11/2011.

<sup>25</sup> Cf. ZOUREK, Jaroslav. Consular intercourse and immunities. *Yearbook of the international law commission*, New York, vol. II, 1957.

<sup>26</sup> Cf. ZOUREK, Jaroslav. Consular intercourse and immunities. *Yearbook of the international law commission*, New York, vol. II, 1960.

jurisprudenciais surgidas a partir da última década do século XX, que serão mais bem estudadas no cap. III, deste estudo.

## II – O PROCESSO DE HUMANIZAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO

Embora alguns autores possam encontrar nos tratados de paz de Westfália, uns dos precedentes históricos mais remotos do Direito Internacional dos Direitos Humanos<sup>27</sup>, é certo que, as regras de Direito Humanitário e o labor desenvolvido pela Sociedade das Nações<sup>28</sup> e Organização Internacional do Trabalho – OIT (no período entre-guerras) situam-se como os precedentes históricos mais concretos deste processo de internacionalização dos direitos humanos, ou, em outras palavras, de humanização do Direito Internacional Público<sup>29</sup>.

Um dos principais idealizadores da Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, René Cassin aduz um episódio que bem interpreta o estágio de proteção do indivíduo pelo Direito Internacional Público, no período entre-guerras. Segundo o autor, no ano de 1933, frente a queixa da Polónia pela violação de um tratado de proteção de minorias em Alta Silesia, à Sociedade das Nações, o enviado de Hitler para deliberar na assembleia daquela organização, cujo volume de um revolver se notava em seu bolso, no furor da discussão, disse: “*ustedes Sociedad de Naciones, no tienen por qué saber lo que nosotros hacemos con nuestros socialistas, con nuestros pacifistas, con nuestros judíos. Nosotros somos libres de tratarlos como queramos. Todo eso no debe importales*”<sup>30</sup>.

Não obstante o valor histórico dos precedentes do entre-guerras, René Cassin leciona que a verdadeira “cruzada” pelos direitos humanos, ocorreu na Segunda Guerra Mundial<sup>31</sup>. Neste desiderato, o genocídio realizado pela Alemanha nazista de Hitler, foi um dos eventos históricos com maior poder de catalisação para a humanização do DIP,

---

<sup>27</sup> MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 6.º ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 830.

<sup>28</sup> “A pesar de que el Pacto de la Sociedad de Naciones no menciona ni una sola vez de manera explicita los «derechos humanos»”. GÓMEZ ISA, Felipe; ORAÁ, Jaime. *La Declaración Universal de Derechos Humanos*. Bilbao: Universidad Desto, 2008, p. 22.

<sup>29</sup> Cf. PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 5.º Ed. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 125.

<sup>30</sup> CASSIN, René. El problema de la realización efectiva de los Derechos Humanos en la sociedad universal. In: *Veinte años de evolución de los Derechos Humanos*. México, D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 1980, p. 391.

<sup>31</sup> CASSIN, René. *Op. cit.* p. 392.

gerando intensa mobilização da sociedade civil para a elaboração de uma *bill of rights* a nível internacional. Segundo Morsink, a partir do ano de 1940 a pressão da sociedade civil sobre as instituições estatais para a proteção internacional dos direitos humanos se acentuou, especialmente no ano de 1943, tendo como exemplo, o *Pattener for Peace*, elaborado e distribuído em conjunto por judeus, protestantes e católicos<sup>32</sup>.

No entanto, a manifestação que contribuiu mais significativamente com esse processo de tomada de consciência para a internacionalização dos direitos humanos, durante a 2.º G.M., foi o discurso do então Presidente dos Estados Unidos da América – EUA, Franklin Delano Roosevelt, ao Congresso estadunidense, em 6 de janeiro de 1951, no qual expressa quais são as quatro liberdades fundamentais que deveriam ser garantidas a todos seres humanos, que são: a liberdade de palavra e pensamento; liberdade diante da necessidade; liberdade de religião; e liberdade diante do medo<sup>33</sup>.

Com o fim da 2.º G.M. e a criação da Organização das Nações Unidas – ONU, é que o DIP vai evoluir substancialmente. O ente humano, que outrora era considerado como simples objeto do DIP, vai ganhar um novo estatuto e passar a ser sujeito de direitos, merecendo, inclusive, proteção normativa na Carta de São Francisco. Apesar do avanço da Carta de São Francisco, o seu texto final ficou aquém do pretendido pelo ativismo desempenhado pelas nações latino-americanas e ONGs que faziam parte da delegação estadunidense, que almejavam, no início, que houvesse um *Bill of Rights* na Carta.

Deste modo, é, pois, com a criação da ONU, através da Carta de São Francisco, que se dá início a humanização do Direito Internacional Público, a romper com o conceito de soberania estatal absoluta do Estado e expandir o rol de sujeitos do *ius gentium* clássico. A referida Carta, em que pese não ter em seu bojo uma declaração de direitos humanos, não se calou totalmente quanto a este assunto, pois, em seu artigo 68, conferiu ao seu Conselho Econômico e Social, a tarefa de criar uma comissão de direitos humanos.

Neste contexto, criada a Comissão de Direitos Humanos, em fevereiro de 1946, esta ficou encarregada de elaborar uma carta de direitos humanos. A tarefa designada, no entanto, não seria das mais fáceis. Em virtude do recente processo de humanização do DIP, a Comissão, inteligentemente, como afirma Gómez Isa e Felipe Oraá, decidiu trabalhar, em primeiro lugar, numa declaração de direitos, para, posteriormente à sua aprovação, iniciar o

---

<sup>32</sup> Cf. MORSINK, Johannes. *The Universal Declaration of Human Rights: origins, drafting and intent*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1999, pp. 1-4.

<sup>33</sup> MORSINK, Johannes. *Op. cit.* pp. 2-4.

labor de confecção de um tratado internacional que regulasse a matéria com maior força normativa<sup>34</sup>.

Deste modo, o fruto do primeiro labor desenvolvido pela Comissão de Direitos Humanos, foi a elaboração da Declaração Universal de Direitos Humanos - DUDH, o primeiro instrumento jurídico internacional, de caráter geral, proclamado por uma organização de vocação universal – ONU. Em que pese o árduo trabalho desenvolvido pela Comissão de Direitos Humanos e seu Comitê de Redação, em articular a disputa ideológica em um mundo polarizado entre socialistas e capitalistas, é certo que a Declaração Universal foi uma conquista da humanidade<sup>35</sup>.

Com a aprovação da Declaração Universal de Direitos Humanos, a sociedade internacional vai passar (e está passando) por um gradual processo de humanização do Direito Internacional. Deste modo, a partir da DUDH, outros tratados internacionais foram aprovados no âmbito da ONU. Fala-se do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ambos de 1966, além de outros tratados que visam proteger determinado grupo social, *e.g.*, Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1968); Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a mulher (1979); Convenção sobre os Direitos das Crianças (1989), etc.

Neste processo de internacionalização dos direitos humanos, não se pode olvidar do labor realizado pelas organizações internacionais de caráter regional, ao criarem tratados e tribunais vocacionados para a proteção internacional destes direitos.

Neste contexto, evidencia-se o Conselho da Europa, cujo Estados-membros assinaram no dia 4 de novembro de 1950 a Convenção Europeia para Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais – CEDH. Merrills leciona que o objetivo da CEDH era “estabelecer as fundações para a nova Europa que esperavam construir sobre as ruínas de um continente devastado por uma guerra fratricida de incomparável

---

<sup>34</sup> Cf. GÓMEZ ISA, Felipe; ORAÁ, Jaime. *Op. cit.* p. 42.

<sup>35</sup> É de se notar, que mesmo antes de sua aprovação, a DUDH recebeu duras críticas, principalmente no que se refere a sua pretensão de declarar direitos universalmente válidos. Pode-se citar, por exemplo, o *memorandum* da *American Anthropological Association* – AAA. Sobre o *memorandum*, Morsink aduz: “The anthropologist believed that the Human Rights Commission was in danger of making such ethnocentric judgments in the International Bill of Rights. As they saw it, ‘the primary task’ the drafters faced was to find a solution to the following problem: ‘How can the proposed Declaration be applicable to all human beings and not be a statement of rights conceived only in terms of values prevalent in the countries of Western Europe and America?’ (p.116). The AAA was worried that this problem had no a good solution”.<sup>35</sup> MORSINK, Johannes. *Op. cit.* p. IX.

atrocidade”<sup>36</sup>. A CEDH é supervisionada por um órgão jurisdicional, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos - TEDH, que forma, o sistema europeu de proteção dos direitos humanos, o mais plenamente desenvolvido, a nível regional, que além inspirar os outros sistemas regionais (v.g., sistema interamericano e africano), influenciou sobremaneira a humanização do DIP, conferindo, inclusive, capacidade processual ativa para que o indivíduo possa reclamar a violação dos seus direitos humanos conferidos pela CEDH ao TEDH, mediante o preenchimento de certos requisitos.

Já o sistema interamericano de proteção dos direitos humanos é composto, principalmente, de quatro instrumentos: a Carta da Organização dos Estados Americanos (1948); a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem (1948); a Convenção Americana de Direitos Humanos (1969), que criou a Corte Interamericana de Direitos Humanos - CIDH; e o Protocolo Adicional à Convenção Americana em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1988). Assim como o sistema europeu, o sistema interamericano tem contribuído significativamente para a humanização do DIP, destacando-se o trabalho realizado pela CIDH em seus julgados.

Neste desiderato, conforme os ensinamentos de Mazzuoli, “se o sistema regional europeu de direitos humanos é o que se apresenta mais evoluído e mais sólido até o presente momento, seguido do sistema regional interamericano, que se encontra em posição intermediária, o sistema regional africano é ainda o mais incipiente e frágil”. Neste contexto, ainda relativamente jovem, o sistema africano de proteção dos direitos humanos, é composto, principalmente, pela Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, de 1981, que criou um órgão de proteção: a Comissão Africana dos Direitos Humanos e dos Povos. Posteriormente, outro órgão de proteção da Carta foi criado, através do Protocolo à Carta, datado de 1988, que instituiu a Corte Africana dos Direitos Humanos e dos Povos.

Todo este processo de normatização dos direitos humanos, desde a Carta de São Francisco, demonstra como o Direito Internacional Público vem se humanizando gradualmente. O DIP, hodiernamente, preocupa-se, antes da pura relação interestatal, com o indivíduo e seus direitos já internacionalmente reconhecidos. Podemos refletir, pois, que na “agenda” do Direito Internacional Público, encontra-se presente a preocupação com a proteção do indivíduo, como sujeito de direitos, e não como simples súditos de determinado Estado, sem personalidade jurídica.

---

<sup>36</sup> MERRILLS, J. G; ROBERTSON, A. H. *Direitos Humanos na Europa: um estudo da Convenção Europeia de Direitos Humanos*. Lisboa: Instituto Piaget, 2001, p. 9.

E neste contexto de gradual humanização do DIP, que Cançado Trindade revela, *in verbis*:

The intermingling between Public International Law and the International Law of Human Rights gives testimony of the recognition of the centrality, in this new *corpus juris*, of the universal human rights, what corresponds to a new *ethos* of our times<sup>37</sup>.

Ainda sob o discurso de Cançado Trindade, podemos argumentar que qualquer análise do moderno Direito Internacional Público, sem considerar o ente humano, pertencente ao passado e está em descompasso com o gradual processo de humanização do DIP<sup>38</sup>, haja vista que, como diz o autor, os direitos humanos encontram papel central, o novo *ethos* de nosso tempo, e o jurista, ao analisar o DIP, deve levar isto em consideração<sup>39</sup>.

É neste contexto de reconhecimento dos direitos humanos pelos diferentes ramos do Direito Internacional Público, que o Direito Consular Internacional vai ganhar recente destaque. No próximo tópico analisaremos, a evolução no reconhecimento de direitos individuais (e humanos) por um ramo do DIP, que sempre foi caracterizado por seu conteúdo estritamente interestatal.

### III – A HUMANIZAÇÃO DO DIREITO CONSULAR

Em que pese a Conferência de Viena sobre as Relações Consulares ter ocorrido em 1963, é dizer, quase quinze anos após a aprovação da Declaração Universal de Direitos Humanos, no conteúdo gerado pela mesma há pouquíssimas menções aos direitos humanos ou mesmo à Declaração<sup>40</sup>. Esta ausência de referência aos direitos humanos no discurso das delegações de diversos países que se encontravam presentes na Conferência de Viena de 1963, é entendível se analisarmos a instituição consular e seu desenvolvimento histórico, sem qualquer influência do processo de humanização do DIP.

---

<sup>37</sup> TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. The humanization of Consular Law: the impact of advisory opinion No. 16 (1999) of the Inter-American Court of Human Rights on International Case-law and Practice. *Chinese Journal of International Law*. (2007), Vol. 6, No. 1, p. 2.

<sup>38</sup> Cf. TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Op. ci.*, p. 2.

<sup>39</sup> Um exemplo deste reconhecimento da centralidade dos direitos humanos na análise do DIP, está no voto dissidente do Juiz da Corte Internacional de Justiça, Cançado Trindade, no julgamento da ação envolvendo a imunidade de jurisdição dos Estados. Cf. INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Jurisdictional immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*. Dissenting Opinion of Judge Cançado Trindade, (3 February 2012).

<sup>40</sup> UNITED NATIONS. *Conference on consular relations*. Official Records. Vol. I, Summary records of plenary meetings and of the meetings of the First and Second Committees. New York: United Nations, 1963.

Como se pode denotar no desenvolver histórico da instituição consular, esta é voltada para regular as relações estritamente interestatais. A proteção e assistência conferida pelo Direito Consular ao indivíduo é pautada em critérios de reciprocidade entre os Estados. O Direito Consular, deste modo, não considerava os indivíduos como sujeitos de direitos para merecer proteção e assistência, mas sim, como súditos de determinado Estado, que por motivos de reciprocidade, podiam receber a intervenção do seu Estado de nacionalidade para garantir o melhor aproveitamento dos seus interesses.

Em virtude desta característica de interestatalidade do Direito Consular, é que, os delegados dos Estados participantes da Conferência de Viena de 1963, podem ter se “esquecido” de introduzir em seu discurso os direitos humanos. É de se notar, que as poucas referências feitas aos direitos humanos, e em específico à Declaração Universal de Direitos Humanos, são feitas em virtude da discussão acerca do artigo 36 da Convenção de Viena sobre Relações Consulares – CVRC, artigo este que nos finais do século XX vai protagonizar a humanização do Direito Consular<sup>41</sup>.

Após a Conferência e a aprovação da Convenção de Viena sobre Relações Consulares, esta manteve seu conteúdo interestatal, não absorvendo em sua interpretação o crescente processo de humanização do DIP. Foi somente no ano de 1979, que a sombra da interestatalidade perdeu um pouco da sua densidade frente ao Direito Consular, diante da demanda proposta pelos Estados Unidos da América – EUA, ao Tribunal Internacional de Justiça - TIJ, em desfavor do Irã, em que o país estadunidense alegava que a violação de alguns dos seus direitos consulares, também gerava a violação dos *standards* dos direitos humanos<sup>42</sup>.

Não obstante, foi com a constante violação por parte dos EUA – aqui o Estado norte-americano aparece como descumpridor do Direito Consular –, dos direitos consulares convencionados no artigo 36 da CVRC e a discussão jurisprudencial e doutrinária sobre o assunto, que contribuiu mais significativamente para a humanização do Direito Consular. As violações dos direitos consulares pelos EUA inscritos no art. 36 da CVRC geraram demandas de três Estados distintos em dois tribunais internacionais.

---

<sup>41</sup> Cf. UNITED NATIONS. *Conference on consular relations*. *Op. cit.*, pp. 40, 47, 219.

<sup>42</sup> Cf. INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *United States diplomatic and consular staff in Tehran (United States of America v. Iran)*. Memorial of the Government of the United States of America, (12 January 1980).

A primeira demanda foi apresentada pelo Paraguai ao Tribunal Internacional de Justiça<sup>43</sup>, ainda no ano de 1998, em virtude da prisão do seu nacional em território norte-americano, o Sr. Angel Francisco Breard, que foi condenado a pena de morte sem ter sido efetivado os direitos constantes no art. 36 da Convenção de 1963<sup>44</sup>. O segundo Estado a demandar internacionalmente os EUA pela violação dos direitos convencionados no artigo 36 da CVRC, utilizando-se do protocolo facultativo referente a jurisdição compulsória do TIJ foi a Alemanha<sup>45</sup>. A demanda alemã – Caso LaGrand – foi proposta no dia de 02 de março de 1999 e foi a primeira a ter uma decisão de mérito sobre a controvérsia, haja vista que o Estado paraguaio retirou sua reclamação em virtude da execução a pena de morte do seu nacional, antes do TIJ ter chegado a uma decisão final sobre o assunto.

Neste contexto, valendo-se da jurisdição contenciosa do Tribunal de Haia, México foi o terceiro Estado a demandar os Estados Unidos da América pela sistemática violação da Convenção de Viena. O caso Avena, segundo Torres Cazorla, foi o que mais contribuiu na discussão das consequências da violação dos direito consulares. Para a autora, o caso Bread apresentou o problema, que permaneceu pendente, haja vista a desistência do demandante; o caso LaGrand permitiu ao TIJ dar respostas claras à petição alemã, declarando, ao final, que os EUA havia violado o Direito Internacional; já em Avena, além das questões suscitadas anteriormente, foi apresentada dúvidas a respeito da execução das obrigações internacionais pelo Estado demandando<sup>46</sup>.

Não obstante as esclarecimentos feitas pelo TIJ na análise das demandas, como bem interpretado por Monica Feria, uma questão balizou os argumentos das partes envolvidas na controvérsia, para a autora:

Two opposite views of international law appeared from the arguments of the parties. For the United States international law consist of a myriad of watertight compartments: at the level of sources, treaty law and customary international law have separate existences and thus on excludes the application of the other; at the level of rights and obligations, inter-state relation can be isolated from their bearing on individual rights; in respect of the different areas of public international law, they may not converge, human rights law being like oil, never

---

<sup>43</sup> Os Estados que assinaram o Protocolo Facultativo da Convenção de Viena sobre Relações Consulares, para a Resolução Obrigatória de Divergências se submetem à competência do TIJ.

<sup>44</sup> Cf. SANCHEZ RODRIGUEZ, Luis Ignacio. Sobre la obligatoriedad y efectividad de las medidas provisionales adoptadas por la Corte Internacional de Justicia: a proposito de la demanda de la Republica de Paraguay contra los Estados Unidos en el asunto Breard. *Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional*, Madrid, vol. 14, 1999.

<sup>45</sup> Cf. POZO SERRANO, Pilar. La sentencia de la Corte Internacional de Justicia en el asunto LaGrand. *Anuario de Derecho Internacional*, Pamplona, vol. XVII, 2001.

<sup>46</sup> Cf. TORRES CAZORLA. Maria Isabel. Tribunal Internacional de Justicia. Asunto Avena y otros nacionales Mexicanos (México c. Estados Unidos de América) Medidas Provisionales: Providencia de 5 de Febrero de 2003. *REDI*, Madrid, vol. LV, n.º 1, 2004, p. 493.

to mix with the water of consular relation or diplomatic protection. In contrast, Germany took the view that a treaty provision is not self-sufficient but may interact with other norms and sources in its application; that inter-state rights and obligations can no longer be insulated from individual rights, and that the interlocking of human rights law with other areas of public international law corresponds to the reality of contemporary international law<sup>47</sup>.

Apesar da análise da autora se centrar nos argumentos despendidos no Caso LaGrand, o mesmo raciocínio pode ser estendido às outras demandas propostas diante do TIJ pela violação dos direitos consulares convencionados no art. 36 da CVRC. De fato, Paraguai, Alemanha e México em sua argumentação perante o TIJ exploraram a influência do Direito Internacional dos Direitos Humanos sobre o art. 36 da CVRC, a mitigar o caráter estritamente interestatal do Direito Consular. Os Estados, em tom uníssono, também alegaram que a garantia inscrita no art. 36, além de conferir direitos aos Estados, também confere ao indivíduo, e que este direito conferido pela Convenção de Viena é, pois, um direito humano e deve ser internacionalmente protegido.

No entanto, ao julgar as demandas, o Tribunal Internacional de Justiça manteve seu discurso conservador e não se pronunciou em tons claros sobre os argumentos dos Estados demandantes, em relação a inserção dos direitos conferidos aos indivíduos pelo art. 36 na linguagem dos direitos humanos. Por outro lado, avançou o Tribunal ao rechaçar a tese estadunidense de que o Direito Consular se inscreve somente no âmbito das relações interestatais, decidindo, pois, o TIJ que a CVRC confere direito individuais subjetivos<sup>48</sup>.

O verdadeiro reconhecimento do processo de humanização do Direito Consular ocorreu através da Opinião Consultiva de n.º 16 da Corte Interamericana de Direitos Humanos – CIDH, emitida em 1 de outubro de 1999, que fora solicitada pelo Estado mexicano, em desfavor dos EUA. A solicitação do México, resumidamente, ambicionava saber quais as consequências sobre a violação dos direitos consulares convencionados no art. 36 da CVRC, principalmente nos casos em que o estrangeiro preso é condenado à pena de morte e qual a influência do descumprimento na efetivação do devido processo legal.

---

<sup>47</sup> TINTA, Monica Feria. Due process and the Right to Life in the context of the Vienna Convention of Consular Relations: Arguing the LaGrand Case. *European Journal of International Law*, vol. 12, n.º 2, 2001, pp. 363-364.

<sup>48</sup> Cf. ABALDE CANTERO, Óscar. El desarrollo progresivo del Derecho Internacional a la luz de las decisiones de la Corte Internacional de Justicia en torno a la aplicación del Convenio de Viena sobre Relaciones Consulares. Algunas luces y no pocas Sombras. In: SOROETA LICERAS, Juan (ed.). *La eficacia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos: cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián*. Vol. XI. Bilbao: Universidad del País Vasco, 2011, pp. 52-59.

Além do Estado solicitante e solicitado – México e EUA, respectivamente –, outras países integrantes da Organização dos Estados Americanos – OEA apresentaram observações à Corte, bem como algumas ONGs participaram do julgamento da Opinião Consultiva na qualidade de *amici curiae*. É importante salientar a participação desses Estados e entidades, pois, a grande maioria deles, em suas observações feitas, enxergaram que o art. 36 da CVRC estava inscrito na linguagem dos direitos humanos e no marco de proteção do devido processo legal<sup>49</sup>.

A contribuição da Opinião Consultiva da CIDH foi importante ao confirmar que o art. 36 confere direitos individuais e que esses direitos estão inscritos no marco do devido processo legal. Em que pese as manifestações dos Estados observadores e das ONGs de que o art. 36 também se inscreve na linguagem dos direitos humanos, a CIDH não foi tão longe em sua análise, em sua opinião final.

No entanto, o voto concorrente do juiz Cançado Trindade foi o precedente com maior poder de contribuição para a humanização do Direito Consular, ao aduzir o juiz que:

La presente Opinión Consultiva refleja fielmente el impacto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el precepto del artículo 36(1)(b) de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963. Efectivamente, en este final de siglo, ya no hay cómo pretender disociar el referido derecho a la información sobre la asistencia consular del corpus juris de los derechos humanos<sup>50</sup>.

E continua o juiz em seu voto:

Es en el contexto de la evolución del Derecho en el tiempo, en función de nuevas necesidades de protección del ser humano, que, en mi entender, debe ser apreciada la ubicación del derecho a la información sobre la asistencia consular en el universo conceptual de los derechos humanos. La disposición del artículo 36(1)(b) de la mencionada Convención de Viena de 1963, a pesar de haber precedido en el tiempo los tratados generales de protección - como los dos Pactos de Derechos Humanos de Naciones Unidas (de 1966) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (de 1969), - hoy día ya no puede ser disociada de la normativa internacional de los derechos humanos acerca de las garantías del debido proceso legal. La evolución de las normas internacionales

---

<sup>49</sup> Por exemplo, El Salvador assim se manifestou em suas observações: “las garantías mínimas necesarias en materia penal deben aplicarse e interpretarse a la luz de los derechos que confiere a los individuos el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, por lo que la omisión de informar al detenido sobre estos derechos constituye una falta “a todas las reglas del debido proceso, por no respetar las garantías judiciales conforme al derecho internacional; el incumplimiento del artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares “conduce a la práctica de ejecuciones arbitrarias [...] y, es necesario ‘asegurar, fortalecer e impulsar la aplicación de las normas y principios de los instrumentos internacionales, en materia de derechos humanos y asegurar el cumplimiento de las garantías mínimas necesarias para el debido proceso”. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Opinião Consultiva OC-16/99, Solicitada pelos Estados Unidos Mexicanos em 01 de outubro de 1999*. San José, 1999. p. 12.

<sup>50</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Voto concurrente del Juez A.A. Cançado Trindade*. *Opinião Consultiva OC-16/99, Solicitada pelos Estados Unidos Mexicanos em 01 de outubro de 1999*. San José, 1999, par. 1.

de protección ha sido, a su vez, impulsada por nuevas y constantes valoraciones que emergen y florecen en el seno de la sociedad humana, y que naturalmente se reflejan en el proceso de la interpretación evolutiva de los tratados de derechos humanos<sup>51</sup>.

De todo o exposto, é flagrante o papel do art. 36 da Convenção de Viena sobre Relações Consulares no papel de humanização do Direito Consular. E como bem fora salientado pelo então juiz da CIDH Cançado Trindade, não se pode interpretar o Direito Internacional Público sem considerar a centralidade dos direitos humanos, “*what corresponds to a new ethos of our times*”<sup>52</sup>, e neste contexto, interpretar o art. 36 sob um enfoque estritamente interestatal, é vivenciar o passado, em que o indivíduo não detinha personalidade jurídico-internacional.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

É certo que após o conturbado período das grandes guerras do século XX, a humanidade ansiava que a sociedade internacional buscasse proteger o ente humano, para além da soberania do Estado. Com o fim da 2.º G.M. e a criação da ONU deu-se o primeiro passo concreto para a proteção internacional dos direitos humanos. Posteriormente, com o advento da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e os sucessivos tratados de proteção dos direitos humanos no sistema universal e nos sistemas regionais de proteção – sistema europeu, americano e africano –, o Direito Internacional Público vai passar por um processo designado como a sua Humanização, é dizer, o ser humano e seus direitos internacionalmente reconhecidos passam a ter papel central e o DIP deve ser interpretado conforme estes preceitos.

Com fora salientado nas linhas acima, o Direito Consular não poderia ficar à margem deste processo de humanização. Neste contexto, a interpretação do art. 36 da Convenção de Viena sobre Relações Consulares de 1963 pelos tribunais internacionais, especificamente, o Tribunal Internacional de Justiça e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, tiveram um papel fundamental para a humanização do Direito Consular.

Além da contribuição dos tribunais internacionais, os próprios Estados que de certa forma estiveram envolvidos com processo de interpretação do Direito Consular, seja na qualidade de demandantes ou de observadores, pugnavam pelo reconhecimento de que

---

<sup>51</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Op. cit.*, par. 15.

<sup>52</sup> TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Op. cit.*, p. 2.

o art. 36 da Convenção de Viena sobre Relações Consulares estabeleceu um direito humano, ao afirmar que o estrangeiro preso tem direito à notificação consular e a receber assistência do seu consulado.

Podemos concluir, pois, que o Direito Consular evoluiu substancialmente. Outrora era considerado um ramo do Direito Internacional Público preocupado exclusivamente em regular as relações entre Estados, baseados em critérios de reciprocidade, e a considerar o indivíduo como um súdito, sem subjetividade jurídico-internacional. Hodiernamente, podemos argumentar que o Direito Consular passou a orbitar sobre a centralidade dos direitos humanos internacionalmente reconhecidos e que é imperativo na interpretação das suas normas, analisar a dimensão dos direitos humanos.

## **BIBLIOGRAFIA**

- ABALDE CANTERO, Óscar. El desarrollo progresivo del Derecho Internacional a la luz de las decisiones de la Corte Internacional de Justicia en torno a la aplicación del Convenio de Viena sobre Relaciones Consulares. Algunas luces y no pocas sombras. In: SOROETA LICERAS, Juan (ed.). *La eficacia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos: cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián*. Vol. XI. Bilbao: Universidad del País Vasco, 2011.
- ANTOKOLETZ, Daniel. *Manual diplomático y consular: para uso de los aspirantes y funcionarios de ambas carreras*. Tomo II. Buenos Aires: La Facultad, 1928.
- BRITO, Wladimir. *Direito Consular*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.
- CANDIOTI, Alberto M. *Historia de la institución consular en la Antigüedad y en la Edad Media*. Buenos Aires: Editora Internacional, 1925.
- CASSIN, René. El problema de la realización efectiva de los Derechos Humanos en la sociedad universal. In: *Veinte años de evolución de los Derechos Humanos*. México, D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 1980.
- CAVARÉ, Louis. *Le Droit International Public Positif*. Tome II. Troisième édition. Paris: Editions A. Pedone, 1969.
- CLERC, Michel Armand Edgar Anatole. *Les Métèques Athéniens*. Reprint Edition. [s.l.]: Arno Press, 1979.

- COLLIARD, Claude-Albert. *Instituciones de relaciones internacionales*. Trad.: Pauline Forcella de Segovia. Madrid: Fondo de Cultura Económica, 1977.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Opinião Consultiva OC-16/99, solicitada pelos Estados Unidos Mexicanos em 01 de outubro de 1999*. San José, 1999.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Voto concurrente del Juez A.A. Cançado Trindade*. Opinião Consultiva OC-16/99, Solicitada pelos Estados Unidos Mexicanos em 01 de outubro de 1999. San José, 1999.
- COSTA, D. Luiz Carlos da. *A instituição consular*. Rio de Janeiro: Companhia Nacional Editora, 1889.
- GÓMEZ ISA, Felipe; ORAÁ, Jaime. *La Declaración Universal de Derechos Humanos*. Bilbao: Universidad Deusto, 2008.
- INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Jurisdictional immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*. Dissenting Opinion of Judge Cançado Trindade, (3 February 2012).
- INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *United States diplomatic and consular staff in Tehran (United States of America v. Iran)*. Memorial of the Government of the United States of America, (12 January 1980).
- KOROVIN, Y. A. (dir.). *Derecho Internacional Publico*. Versión española de Juan Villalba. México, D.F.: Editorial Grijalbo, 1963.
- MARESCA, Adolfo. *Las relaciones consulares*. Traducción: Hermino Morales Fernandez. Madrid: Aguilar, 1974.
- MARTINS, Margarida Salema D'Oliveira. *Direito Diplomático e Consular*. Lisboa: Universidade Lusíada Editora, 2011.
- MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 6.º ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.
- MERRILLS, J. G; ROBERTSON, A. H. *Direitos Humanos na Europa: um estudo da Convenção Europeia de Direitos Humanos*. Lisboa: Instituto Piaget, 2001.
- MORSINK, Johannes. *The Universal Declaration of Human Rights: Origins, Drafting and Intent*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1999.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 5.º Ed. São Paulo: Max Limonad, 2002.

- POZO SERRANO, Pilar. La sentencia de la Corte Internacional de Justicia en el asunto LaGrand. *Anuario de Derecho Internacional*, Pamplona, vol. XVII, 2001.
- RIVIER, Alphonse. *Principes du Droit des Gens*. Vol. II. Paris: Arthur Rousseau, 1896.
- ROUSSEAU, Charles. *Derecho Internacional Público*. Tercera Edición. Barcelona: Ediciones Ariel, 1966.
- SANCHEZ RODRIGUEZ, Luis Ignacio. Sobre la obligatoriedad y efectividad de las medidas provisionales adoptadas por la Corte Internacional de Justicia: a proposito de la demanda de la Republica de Paraguay contra los Estados Unidos en el asunto Breard. *Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional*, Madrid, vol. 14, 1999.
- SATOW, Sir Ernest. *Satow's diplomatic practice*. Edited by: Sir Ivor Roberts. Sixth Edition. Oxford: Oxford University Press, 2009.
- SEN, B. *A Diplomat's handbook of International Law and practice*. 3<sup>rd</sup> ed. Dordrecht: Martinus Nijhoff, 1988.
- SORENSEN, Max. *Manual de Derecho Internacional Público*. Trad.: Dotación Carnegie para la Paz Internacional. México, D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1973.
- TINTA, Monica Feria. Due process and the Right to Life in the context of the Vienna Convention of Consular Relations: arguing the LaGrand Case. *European Journal of International Law*, vol. 12, n.º 2, 2001.
- TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. The humanization of Consular Law: the impact of advisory opinion No. 16 (1999) of the Inter-American Court of Human Rights on International Case-law and Practice. *Chinese Journal of International Law*, vol. 6, N.º 1, 2007.
- TORROBA SACRISTAN, José. *Derecho Consular: guía práctica de los consulados de España*. Madrid: Ministério de Asuntos Exteriores, 1993.
- MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 6.º ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.
- UNITED NATIONS. *Conference on consular relations*. Official Records. Vol. I, Summary records of plenary meetings and of the meetings of the First and Second Committees. New York: United Nations, 1963.

- VILARIÑOS PINTOS, Eduardo. La institución consular: debate conceptual abierto. *In: Pensamiento jurídico y sociedad internacional*. Estudios en honor del Profesor D. Antonio Truyol y Serra. Vol. II. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1986.
- ZOUREK, Jaroslav. Consular Intercourse and Immunities. *Yearbook of the International Law commission*, New York, vol. II, 1957.
- ZOUREK, Jaroslav. Consular intercourse and immunities. *Yearbook of the International Law commission*, New York, vol. II, 1960.

## **OBSERVATÓRIO DOS DIREITOS HUMANOS: A NÃO-VIOLÊNCIA EM AÇÃO**

*LUÍS FILIPE GUERRA<sup>1</sup>*  
[guerra.luisfilipe@gmail.com](mailto:guerra.luisfilipe@gmail.com)

### **RESUMO**

O Observatório dos Direitos Humanos (ODH) é uma plataforma interassociativa que se propõe monitorizar a situação dos direitos humanos em Portugal a partir de denúncias concretas da violação dos mesmos, apresentadas por cidadãos e organizações não-governamentais ou relatadas na imprensa.

O ODH procede à análise dos casos denunciados, em face das normas jurídicas internacionais e nacionais de proteção dos direitos humanos, e elabora relatório em que se pronuncia sobre a existência ou não de infração a estas, dando depois publicidade ao mesmo, designadamente notificando as partes envolvidas e a comunicação social.

Considerando a função histórica dos direitos humanos, o ODH só se pronuncia sobre situações que envolvam uma entidade pública e um particular. Hoje, os direitos humanos não têm uma vigência universal efetiva, desde logo porque enfrentam o choque da nova legislação securitária antiterrorista e xenófoba e dos efeitos da globalização que obriga os Estados a processos de ajustamento orçamental. Por isso, a denúncia sistemática das violações dos direitos humanos tem sentido porque permite avançar na direção de tornar os mesmos uma conquista cultural profunda, arreigada na própria estrutura psicossomática do ser humano.

De facto, os direitos humanos não são um fim em si mesmo, mas sim um instrumento jurídico para eliminar todas as formas de violência (física, económica, racial, religiosa, sexual e psicológica) que atingem o ser humano e é esse o seu sentido e fundamento. Eliminar a violência que afeta o ser humano é alinhar-se com a direção do processo histórico, contribuindo para a superação da dor e do sofrimento. Estes sequestram

---

<sup>1</sup> Licenciado em Direito pela Faculdade de Direito do Porto da Universidade Católica Portuguesa (1990), Pós-Graduado em Ciências Jurídico-Empresariais pela mesma faculdade (2001), Pós-Graduado em Direitos Humanos pela Escola de Direito da Universidade do Minho (2008), advogado (1993-2008), mediador de conflitos (2002-2008) e juiz de paz (2008 até ao presente, no Julgado de Paz do Porto). Participante do Movimento Humanista desde 1986 e fundador e dirigente do Partido Humanista de 1999 a 2009. [guerra.luisfilipe@gmail.com](mailto:guerra.luisfilipe@gmail.com)

a consciência humana, absorvendo a energia psíquica de que dispõe e impedindo-a de continuar o seu processo evolutivo mediante o resgate dos sinais do sagrado que chegam da profundidade da mente.

Por seu lado, o ODH é uma manifestação da metodologia de ação da não-violência ativa, visando a transformação das leis e das práticas político-administrativas que atentam contra os direitos humanos. O ODH entende que a formulação atual dos direitos humanos é imperfeita e não esgota a sua problemática, mas reconhece que o seu cabal cumprimento representaria um grande avanço no sentido apontado.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direitos humanos, cultura, não-violência, sagrado.

## 1. INTRODUÇÃO

O Observatório dos Direitos Humanos (ODH) é uma plataforma interassociativa que se propõe monitorizar a situação dos direitos humanos em Portugal a partir de denúncias concretas da violação dos mesmos, apresentadas por cidadãos e organizações não-governamentais ou relatadas na imprensa<sup>2</sup>. No geral, essas denúncias chegam ao ODH através do seu *site*: [www.observatoriodireitoshumanos.net](http://www.observatoriodireitoshumanos.net)<sup>3</sup>. Atualmente, o ODH agrupa o Centro de Estudos e Ações Humanistas<sup>4</sup>, o Movimento SOS Racismo, a Agência Piaget para o Desenvolvimento e a Comissão Nacional de Legalização de Imigrantes, que configuram a sua Comissão Executiva, bem como algumas associações mais que não têm um papel tão ativo na sua organização e funcionamento<sup>5</sup>.

O ODH procede à análise dos casos denunciados, em face das normas jurídicas internacionais e nacionais de proteção dos direitos humanos, e elabora relatórios em que se

---

<sup>2</sup> A génese do ODH remonta, na verdade, ao curso de mestrado em Direitos Humanos da Escola de Direito da Universidade do Minho, no ano lectivo de 2007/2008, dado ter sido durante o mesmo que a ideia tomou forma, tendo vindo a ser apresentada publicamente nas Jornadas da Não-Violência, organizadas pelo Movimento Humanista, em Março de 2008, na Casa da Cultura de Paranhos, na cidade do Porto. A partir daí, foram feitos contactos com potenciais parceiros, posto o que, em Julho de 2008, foi efetuada uma conferência de imprensa de apresentação do ODH, na Casa do Livro, também na cidade do Porto.

<sup>3</sup> No *site* é possível consultar os diversos relatórios já produzidos pelo ODH, destacando-se aqueles que incidem sobre o direito à saúde e o direito à segurança social, por serem aqueles cujas violações são mais denunciadas.

<sup>4</sup> O autor deste artigo participa neste organismo do Movimento Humanista, pelo que o ponto de vista adotado corresponde à forma como a atividade do Observatório dos Direitos Humanos é concebida e enquadrada no seio do mesmo.

<sup>5</sup> Neste grupo avulta a Associação contra a Exclusão e pelo Desenvolvimento, que tem canalizado para o ODH diversas denúncias sobre a situação da população prisional, apesar de esta não participar na sua Comissão Executiva.

pronuncia sobre a existência ou não de infração a estas, dando depois publicidade ao mesmo, designadamente notificando as partes envolvidas e a comunicação social, além de outras entidades nacionais com competências para zelar pelo respeito pelos direitos fundamentais dos cidadãos. O objetivo do ODH consiste não apenas em pressionar os poderes públicos para a correção da situação denunciada e prevenir violações futuras do mesmo género, mas também em contribuir para a sedimentação de uma cultura dos direitos humanos no seio da sociedade portuguesa em geral e no âmbito dos órgãos de soberania e Administração Pública, em especial.

Aliás, considerando a função histórica dos direitos humanos, o ODH só se pronuncia sobre situações que envolvam uma entidade pública e um particular. Nesse sentido, o ODH foi criado como uma frente de ação independente em relação aos poderes públicos, de forma a garantir a sua maior operacionalidade<sup>6</sup>.

## **2. ATIVIDADE DO OBSERVATÓRIO DOS DIREITOS HUMANOS**

Nesse sentido, vale a pena fazer uma breve inventariação dos casos analisados pelo ODH, nomeadamente quanto à temática em causa, todos eles disponíveis no referido *site*. Em primeiro lugar, importa referir que a maioria das denúncias que chegam a este referem-se a situações ocorridas no interior das prisões, embora as mesmas nem sempre configurem exatamente violações dos direitos humanos e sejam difíceis de comprovar.

Por outro lado, a maioria dos casos que foram entendidos como atropelos aos direitos humanos inscrevem-se no domínio dos chamados direitos económicos, sociais e culturais, particularmente quanto ao direito à segurança social e ao direito à saúde. Não obstante, não se pense que as violações dos direitos humanos em Portugal se restringem ao campo dos direitos económicos, sociais e culturais, já que também ocorrem na esfera dos direitos civis (ou dos direitos, liberdades e garantias, para usar a terminologia da nossa Constituição).

Com efeito, o ODH teve ocasião de relatar violações do direito de reclamação/liberdade de expressão<sup>7</sup> (um cidadão escreveu uma reclamação numa Conservatória do Registo Predial e acabou condenado pela prática de um crime de difamação, na sequência de queixa da funcionária visada, ao arrefio da jurisprudência

---

<sup>6</sup> Esta não é a realidade da maioria dos observatórios sectoriais existentes em Portugal, normalmente criados no seio dos ministérios respetivos.

<sup>7</sup> Cfr. [http://www.observatoriodireitoshumanos.net/relatorios/relatorio\\_r1\\_mar2009.pdf](http://www.observatoriodireitoshumanos.net/relatorios/relatorio_r1_mar2009.pdf)

dominante no Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, onde Portugal tem sido repetidas vezes condenado por ponderar de forma inapropriada o valor do direito ao bom nome perante a liberdade de expressão); da liberdade de manifestação<sup>8</sup> (os promotores de uma manifestação não previamente comunicada nos termos legais foram condenados pela prática de um crime de desobediência); ou do segredo de justiça, como instrumento de proteção do direito ao bom nome e do princípio de presunção de inocência<sup>9</sup> (uma rusga à casa de habitação de um graduado da Polícia de Segurança Pública foi acompanhada e noticiada pela comunicação social).

### 3. A SITUAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Como se pode ver, para efeitos da sua atividade, o ODH não faz distinção entre o conceito de direitos humanos e o de direitos fundamentais, considerando pertinentes todas as normas jurídicas que o Estado português está vinculado a observar no que respeita à proteção de uns e outros. Na verdade, trata-se de velar pelo respeito dos valores tutelados pelas normas que protegem os direitos humanos no plano internacional e os direitos fundamentais no plano nacional.

Hoje, os direitos humanos não têm uma vigência universal efetiva, desde logo porque enfrentam o choque não só do relativismo cultural<sup>10</sup>, mas também da recente legislação securitária antiterrorista e anti-imigração<sup>11</sup>, por um lado, e dos efeitos do

---

<sup>8</sup>Cf. [http://www.observatoriodireitoshumanos.net/relatorios/Relatorio\\_DireitoReuniaoManifestacao](http://www.observatoriodireitoshumanos.net/relatorios/Relatorio_DireitoReuniaoManifestacao).

<sup>9</sup> Cfr. [http://www.observatoriodireitoshumanos.net/relatorios/relatorio\\_r2\\_out2009.pdf](http://www.observatoriodireitoshumanos.net/relatorios/relatorio_r2_out2009.pdf)

<sup>10</sup> O relativismo cultural nega o universalismo dos direitos humanos e interpreta-os como uma imposição da cultura ocidental sobre os outros povos. Ainda que se admita que a génese dos direitos humanos se dá no contexto cultural ocidental e que os mesmos foram recentemente instrumentalizados para efeitos de intervenções armadas ditas humanitárias ou democratizadoras por parte de potências ocidentais, o reconhecimento “das realidades culturais diversas não invalida a existência de uma estrutura humana comum em devir histórico e em direção convergente” (SILO, *Obras completas, Vol. I*, Madrid, Ediciones Humanistas, pág. 640), pelo que a universalidade dos direitos humanos depende do seu alinhamento com esse processo histórico, como se explicita mais abaixo.

<sup>11</sup> A legislação especial antiterrorista permitiu criar situações de exceção aos princípios de direito penal acolhidos nos próprios tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, como acontece com a proibição da tortura e de tratamentos cruéis, degradantes ou desumanos, ou a limitação do tempo de detenção sem culpa formada, de que a prisão norte-americana de Guantánamo é um dos exemplos mais marcantes no contexto cultural ocidental. Por sua vez, os centros de detenção temporária de imigrantes em situação irregular, onde os mesmos podem permanecer até seis meses a aguardar a conclusão do seu processo de expulsão, no caso de alguns países europeus, desafiam também aquelas mesmas normas. O mesmo se diga das normas que limitam o direito ao reagrupamento familiar a um só cônjuge, ainda que o imigrante em situação regular esteja validamente casado, à luz da lei do seu país de origem, com mais de uma pessoa, impondo-se uma interpretação restritiva, conforme à conceção cristã dominante no ocidente, do direito de constituição de família.

processo de globalização sobre os Estados nacionais, obrigados a processos de ajustamento orçamental que minam o Estado Social<sup>12</sup>, por outro.

Por isso, a denúncia sistemática das violações dos direitos humanos tem sentido porque permite avançar na direção de tornar os mesmos uma conquista cultural profunda, arreigada na própria estrutura psicossomática do ser humano<sup>13</sup>, cuja restrição ou violação produzirá o repúdio das maiorias.

#### **4. O SENTIDO E O FUNDAMENTO DOS DIREITOS HUMANOS**

Na verdade, os direitos humanos não são um fim em si mesmo, mas sim um instrumento jurídico para combater todas as formas de violência (física, económica, racial, religiosa, sexual e psicológica) que atingem o ser humano, negando a sua intencionalidade, e é esse o seu sentido e fundamento. Eliminar a violência que afeta o ser humano é alinhar-se com a direção do processo histórico, contribuindo para a superação da dor e do sofrimento.

Na verdade, de um ponto de vista existencial, a superação da dor e do sofrimento constitui o projeto vital básico do ser humano, guiando a sua ação e a sua construção social, graças à ampliação do horizonte temporal característica da sua consciência. A dor e o sofrimento - que aparecem como consequência, mas também como causa da violência existente<sup>14</sup> - sequestram a consciência humana, uma vez que mobilizam a energia psíquica disponível para atividade intelectual compensatória, impedindo-a, assim, de continuar o seu processo evolutivo mediante a elevação do seu nível de trabalho e o resgate dos sinais do sagrado que chegam da profundidade da mente. Estes sinais surgem como inspirações (nomeadamente na Arte, na Ciência e na Filosofia)<sup>15</sup> ou como

---

<sup>12</sup> Os deveres que constituem o correlato dos direitos económicos, sociais e culturais, cabem normalmente aos Estados, através das chamadas prestações sociais. A perda de capacidade dos Estados para continuarem a assegurar o cumprimento desses deveres, potenciada pela recente crise financeira internacional que obrigou aqueles a intervirem no setor bancário, põe em causa a universalidade dos direitos humanos, nomeadamente com a extinção, redução ou privatização dos serviços públicos respetivos.

<sup>13</sup> Conhecendo a função da imagem (não apenas visual, mas também auditiva, olfativa, gustativa e tátil) e as cargas psicofísicas que a mesma mobiliza, é possível conceber que a violência chegue a repugnar o ser humano, já não apenas como mera rejeição moral, mas também com as concomitâncias físicas que a sensação de asco pode produzir.

<sup>14</sup> O sofrimento induz respostas violentas e estas, por sua vez, causam maior sofrimento a outros.

<sup>15</sup> Cfr. SILO, *Apuntes de psicología*, Rosario, Ulrica Ediciones, 2006, pp. 323-325.

experiências fora do comum<sup>16</sup> e desvelam um Propósito, uma intenção evolutiva, que permite forjar um sentido para a vida isento de toda a frustração.

Neste momento histórico em que a fadiga da razão parece ir dar lugar à irrupção de neo-irracionalismos obscurantistas e/ou violentos, torna-se necessário resgatar e frequentar essa estrutura de consciência inspirada que permitiu aquelas formidáveis intuições filosóficas aos pensadores pré-aristotélicos que buscavam apreender diretamente a essência do ser<sup>17</sup>. Essa busca propiciará a compreensão de que o destino do ser humano é dar à vida consciência de si mesma, possibilitando a configuração e a transcendência do espírito, e que tudo o que colabora nessa direção é bom e o que se lhe opõe é mau, registrando-se como contradição e sofrimento.

## 5. A NÃO-VIOLÊNCIA ATIVA

Vista deste ponto de vista, a discussão atual sobre os direitos humanos resolve-se sempre a favor da não-violência, como valor universal conhecido em todas as culturas, sob uma ou outra formulação<sup>18</sup>. Assim, restringir os direitos humanos não será aceitável se isso se traduzir em incremento da violência física, económica, racial, religiosa, sexual ou psicológica sobre o ser humano concreto, dado que constituirá uma forma de involução.

Nada obriga a uma cristalização da formulação atual dos direitos humanos, tanto mais que a mesma fica aquém daquilo que a humanidade aspira e merece neste momento histórico<sup>19</sup>. Porém, é evidente que o respeito escrupuloso das normas respetivas teria como resultado um grande e efetivo avanço na direção mencionada.

---

<sup>16</sup> “Às vezes adiantei-me a factos que depois aconteceram. Às vezes captei um pensamento longínquo. Às vezes descrevi lugares que nunca visitei. Às vezes relatei com exatidão o que aconteceu na minha ausência. Às vezes uma alegria imensa surpreendeu-me. Às vezes uma compreensão total invadiu-me. Às vezes uma comunhão perfeita com tudo extasiou-me. Às vezes rompi os meus devaneios e vi a realidade de um modo novo. Às vezes reconheci como se visse novamente algo que via pela primeira vez.

... E tudo isso deu-me que pensar.

*Dou-me bem conta que, sem essas experiências, não podia ter saído do sem-sentido*” (SILO. *Obras completas*, Vol. I, op.cit., pág. 29).

<sup>17</sup> Cfr. ORDÓÑEZ, Alicia, *El oscurecimiento del ser en occidente*, Centro de Estudios del Parque La Reja, 2010, disponível na Internet em [www.parquelareja.org](http://www.parquelareja.org) (consultado em 05/10/2012).

<sup>18</sup> A não-violência tem a sua melhor expressão na regra de ouro da ética, a qual não é um exclusivo de nenhuma cultura, embora esteja sujeita a diferentes formulações, e que se pode sintetizar na frase “trata os outros como queres ser tratado”. A “ahimsa” de Gandhi, o “amor universal” de Mo Tzu, o imperativo ético kantiano, o “ubuntu” sul-africano, assim como certos mandamentos das grandes religiões, são diferentes traduções da mesma ideia.

<sup>19</sup> Na realidade, a formulação atual dos direitos humanos responde à problemática de uma dada época histórica, deixando de lado questões como a liberdade de circulação interestadual, por exemplo, que não se colocava então, dada a baixa intensidade dos fluxos migratórios.

Neste sentido, o ODH é uma manifestação da não-violência ativa como metodologia de ação, visando a transformação das leis e das práticas político-administrativas que atentam contra os direitos humanos. Hoje, num contexto em que as forças da violência social são incrivelmente poderosas, a oposição às mesmas só pode fazer-se por meio da não-violência ativa, sob pena de grave incoerência, que contribuiria certamente para uma espiral *violentista* em que o ser humano concreto sairia sempre a perder.

Neste contexto, a reivindicação a favor dos direitos humanos continua a ser necessária, porque mostra aos poderes instituídos que não têm o futuro controlado e que as aspirações profundas que levaram à consagração daqueles direitos, continuam bem vivas no coração da humanidade, dando sentido e orientação à construção social.

## **BIBLIOGRAFIA**

- ODH. Relatórios in Observatório dos Direitos Humanos, disponível em [www.observatoriodireitoshumanos.net](http://www.observatoriodireitoshumanos.net) (consultado em 05/10/2012).
- ORDÓÑEZ, Alicia, *El oscurecimiento del ser en occidente*, Centro de Estudios del Parque La Reja, 2010, disponível na Internet em [www.parquelareja.org](http://www.parquelareja.org) (consultado em 05/10/2012).
- SILO, *Obras completas, Vol. I*, Madrid, Ediciones Humanistas, s/d.
- SILO, *Apuntes de psicología*, Rosario, Ulrica Ediciones, 2006.

## **A EXPERIÊNCIA DA DEFENSORIA PÚBLICA NA EFETIVIDADE DOS DIREITOS HUMANOS DE CRIANÇAS**

*MÁRIO LIMA WU FILHO*<sup>1</sup>  
[mariowudpe@gmail.com](mailto:mariowudpe@gmail.com)

### **RESUMO**

Todas as pessoas têm o direito a serem esclarecidas e defendidas nos processos judiciais e administrativos que lhes digam respeito, igual dignidade foi deferida de uma maneira muito especial às crianças, pela manifestação dos 193 Estados que ratificaram a Convenção sobre os Direitos da Criança. Para garantir o exercício dos direitos proclamados em condições reais de efetivação a Constituição da República Federativa do Brasil elegeu a Defensoria Pública como sendo a instituição essencial à função jurisdicional do Estado, com a incumbência da orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados. Esse mister foi estendido pela norma fundamental e assegurado pelo Estatuto da Criança e Adolescente às crianças e adolescentes que eventualmente se encontrem em situação de risco pessoal ou social ou quando seus direitos são negados ou violados. Com o objetivo de atender a essa demanda a Defensoria Pública organizou o atendimento através de Núcleos especializados dos Direitos das Crianças.

**PALAVRAS-CHAVE:** direito, criança, acesso, defensoria, proteção.

### **INTRODUÇÃO**

Nos Estados democráticos de direito, todas as pessoas tem o direito fundamental a um remédio contra os atos que violem os direitos fundamentais e a uma audiência justa e pública, de serem esclarecidas e amplamente defendidas nos processos judiciais e administrativos que lhes digam respeito. Conforme ensina o mestre Canotilho, a legitimidade do domínio político e a legitimidade do poder radicam na soberania popular e

---

<sup>1</sup> Defensor Público do Estado do Amazonas, membro da Associação Brasileira de Magistrados, Promotores e Defensores Públicos da Infância e Juventude, membro do Fórum de Defensores Públicos dos Núcleos dos Direitos da Criança e Adolescente, mariowudpe@gmail.com.

na vontade popular. O Estado Constitucional só é constitucional se for democrático. Daí que “tal como a vertente do Estado de direito não pode ser vista senão à luz do princípio democrático, também a vertente do Estado democrático não pode ser entendida senão na perspectiva de Estado de direito. Tal como só existe um Estado de direito democrático, também só existe um Estado democrático de direito”, isto é, sujeito a regras jurídicas<sup>2</sup>.

Esses direitos a um remédio fundamental estão contidos na Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, e nas Constituições democráticas. No artigo 8.º da Declaração, por exemplo, é estabelecido que “toda pessoa tem direito a receber dos tributos nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei” e, no artigo 10.º garante a “toda pessoa o direito, em plena igualdade, a uma audiência justa e pública por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir de seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele”.

Igual dignidade foi garantida de uma maneira muito especial às crianças e adolescentes, pela manifestação formal dos 193 Estados que assinaram e ratificaram a Convenção sobre os Direitos da Criança. No artigo 3.º os Estados assumiram o compromisso de reconhecer o interesse superior da criança e garantir a proteção integral. No artigo 40.º, sobre a administração da justiça, por exemplo, reconhecem à criança o direito às seguintes garantias: a) de presumir-se inocente; b) de ser informada das acusações contra si; c) de beneficiar de assistência jurídica; e, c) e ter a sua causa examinada sem demora por autoridade competente, independente e imparcial ou por um tribunal, de forma equitativa nos termos da lei, na presença do seu defensor.

Os direitos humanos de crianças proclamados na Convenção devem, então, ser efetivados, implementados, exercitados por quem possa legalmente exercê-los, entretanto, nos casos de ameaça ou violação dos seus direitos dada a situação peculiar da criança de pessoa em desenvolvimento, devido a incapacidade civil, impedimento legal ou quando há conflito de interesses entre os genitores ou tutores, a Lei brasileira designa esse mister em alguns casos ao Ministério Público com marcante predominância na conduta do Estado

---

<sup>2</sup> A lição de Canotilho é elucidativa, segundo este autor “o Estado é um Estado de direito democrático. Este conceito – que é seguramente um dos conceitos chave da CRP – é bastante complexo, e as suas duas componentes – ou seja, a componente do estado de direito e a componente do estado democrático – não podem ser separadas uma da outra. O estado de direito é democrático e só sendo-o é que é democrático.” Cf. José Joaquim Gomes CANOTILHO e Vital MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, in José Joaquim Gomes CANOTILHO - *Direito Constitucional e Teoria da Constituição* - 6ª ed., Coimbra, Almedina, 2002, p. 230/231.

fiscalizador/acusador e, noutras questões à Defensoria Pública especializada no direito da criança com prevalência da conduta do Estado-defensor<sup>3</sup>.

Assim, quem tem direito, tem o direito de efetivá-lo, de buscar a obtenção de solução justa, essa é uma premissa que decorre do princípio da efetividade, a garantia de acesso à ordem jurídica justa através do devido processo legal. Como anota Duarte, a positivação, no Direito Brasileiro, da garantia do devido processo legal se deu na Constituição da República de 05 de outubro de 1988, cujo inciso LV do artigo 5.º dispõe que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Para garantir o exercício desses direitos proclamados na Constituição, em condições reais de exequibilidade, requer a prevalência de instituições democráticas, permanentes e autônomas, com poderes constitucionais assegurados de forma a garantir o acesso à justiça, o devido processo legal e o direito à ampla defesa<sup>4</sup>.

No Brasil, a Constituição elegeu no artigo 134.º a Defensoria Pública como sendo o órgão do Estado responsável pela orientação jurídica e pela representação das pessoas economicamente carenciadas de recursos, afirmando a condição de instituição essencial à justiça, responsável por prestar os serviços de orientação, representação e defesa jurídica gratuita às pessoas que não podem pagar honorários advocatícios e despesas com o processo.

As atividades da Defensoria Pública são distribuídas em órgãos de administração superior, órgãos de atuação e órgãos de execução, estes divididos em núcleos de atendimento, em várias especialidades ou ramos do direito e, com atuação em todos os graus de jurisdição. Entre os Núcleos especializados da defesa técnica processual e a promoção dos direitos, destaca-se os Núcleos dos Direitos da Criança e Adolescente<sup>5</sup>.

Assim a Defensoria não se limita à apenas ser responsável pela orientação, representação e defesa jurídica gratuita às pessoas que não possuem condições financeiras, mas para além dessas garantias fundamentais, suas funções se inserem no Sistema de

---

<sup>3</sup> Anote-se que o preâmbulo da Convenção sobre os Direitos da Criança tem em conta que, “como indicado na Declaração dos Direitos da Criança, adotada em 20 de novembro de 1959 pela Assembleia Geral das Nações Unidas, a criança, por motivos da sua falta de maturidade física e intelectual, tem necessidade de uma proteção e cuidados especiais, nomeadamente de proteção jurídica adequada, tanto antes como depois do nascimento”.

<sup>4</sup> Cf. Ronnie Preuss DUARTE - *Garantia de Acesso à Justiça: os direitos processuais fundamentais*, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p.88.

<sup>5</sup> Lei Complementar n.º 80 de 12 de janeiro de 1994, organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados e, posteriormente alterada substancialmente pela Lei Complementar n.º 132, de 07 de outubro de 2009, incorpora inovações introduzidas pela Emenda Constitucional n.º 45/2004.

Garantia dos Direitos da Criança e do Adolescente. Nesse caso, independe as condições financeiras do titular do direito assistido, mas propriamente em razão da sua situação de vulnerabilidade de crianças e adolescentes diante de atual ou iminente risco pessoal ou social em que possam se encontrar.

Dessa maneira, o presente artigo visa focar a experiência do Núcleo dos Direitos da Criança e do Adolescente da Defensoria Pública do Estado no contexto do Sistema de Garantias dos Direitos da Criança, à luz de considerações quanto a Convenção sobre os Direitos da Criança, com destaque às inovações da Constituição da República Federativa do Brasil e do Estatuto da Criança e Adolescente (Lei 8.069/90), diante da crescente importância desempenhada na promoção e defesa dos direitos especiais da criança face a acentuada desigualdades sociais e a persistência das práticas forenses de resquícios autoritários da extinta cultura da doutrina do menor irregular.

Nesse sentido, primeiramente se fará uma abordagem sobre o Estado democrático de direitos e a nova ordem econômica e social introduzida na constituição brasileira. Em segundo lugar, o destaque será dado a doutrina da proteção integral, um novo modelo de proteção com maior respeito aos direitos humanos na promoção e defesa dos direitos da criança, que leva em consideração o interesse superior e a condição da criança como sujeito de direitos, em substituição a extinta doutrina do menor irregular. Em sequência, será demonstrada a forma pela qual a Defensoria Pública do Estado se organiza e tem através dos Núcleos dos Direitos da Criança e do Adolescente a concretização da garantia de acesso à justiça de criança e adolescentes que tiveram seus direitos ameaçados ou violados, e, por fim, a integração da Defensoria no Sistema de Garantias dos Direitos da Criança e do Adolescente.

## **1. O ESTADO DEMOCRATICO DE DIREITO**

A expressão ‘estado democrático de direito’ surgiu no constitucionalismo da Alemanha no séc. XIX. O professor Canotilho leciona que

o Estado de direito começou por ser caracterizado, em termos muito abstrato como ‘Estado da Razão’, ‘estado limitado em nome da autodeterminação da pessoa’. No final do século, estabilizaram-se os traços jurídicos essenciais deste Estado: o Estado de Direito é um Estado Liberal de Direito. Contra a idéia de um Estado de Polícia que tudo regula e que assume como tarefa própria a

prossecação da ‘felicidade dos súditos’, o Estado de Direito é um Estado Liberal no seu verdadeiro sentido<sup>6</sup>.

Posteriormente, os Estados Liberais sofrem uma significativa mudança com mitigação positiva em seu sentido original com o surgimento dos ideais sociais, reproduzidos através das chamadas Constituições sociais a partir do início do século XX. Significativas alterações ocorreram na concepção de constitucionalismo liberal-econômica que cede lugar à democracia social, com predominância da intervenção do Estado na ordem econômica e social.

Sobre o direito como instrumento de conformação social nos Estados democráticos de direito, anota Canotilho que o princípio da democracia econômica e social constitui uma autorização constitucional no sentido do legislador democrático e os outros órgãos encarregados da concretização político-constitucional adoptarem as medidas necessárias para a evolução da ordem constitucional sob a óptica de uma “justiça constitucional” nas vestes de uma “justiça social”. Assim, o princípio da democracia econômica e social impõe tarefas ao Estado e justifica que elas sejam tarefas de conformação, transformação e modernização das estruturas e econômicas e sociais, de forma a promover a igualdade real<sup>7</sup>.

Conforme Duarte, a ideia de Estado de Direito prende-se à exigência de que nele se observe um “Direito justo”, sendo dever do Estado a criação e a execução do Direito. Com efeito, o direito de acesso à justiça, é uma emanção indissociável do Estado de Direito. Não se pode falar, absolutamente, em Estado democrático de direito e em justiça social, sem que aos cidadãos seja garantida, em toda sua plintude, a possibilidade de, por exemplo, em igualdade reais de condições, socorre-se dos tribunais para a tutela das respectivas posições jurídicas subjetivas<sup>8</sup>.

Explica Ferreira Filho que, após terminada a primeira guerra elaborou-se em 1919, na cidade de Weimar, uma Constituição para a Alemanha Republicana, do qual o ponto mais alto para a história jurídica é a parte II – Direitos e Deveres Fundamentais dos alemães, marcada por um novo espírito que se pode dizer “social”<sup>9</sup>.

---

<sup>6</sup>Cf. José Joaquim Gomes CANOTILHO - *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, op. cit. p.231.

<sup>7</sup> Cf. José Joaquim Gomes CANOTILHO - *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, op. cit. p. 338

<sup>8</sup> Cf. Ronnie Preuss DUARTE - *Garantia de Acesso à Justiça*, Coimbra, Coimbra Editora, 2007. p.88.

<sup>9</sup> Cf. Manoel Gonçalves FERREIRA FILHO - *Direitos Humanos Fundamentais*, São Paulo, Saraiva. 2006. p. 49.

Esse novo modelo, esclarece Ferreira Filho foi seguido e imitado nas constituições que pouco mais tarde se editaram na Europa e pelo resto do mundo afora, chegando ao direito positivo brasileiro com a Constituição de 1934. É a primeira das Constituições Brasileiras que enuncia uma Ordem Econômica e Social, marcando o auge do surgimento do Estado Social que consagrou direitos sociais de 2ª geração/dimensão. A finalidade, então, da nova ordem constitucional brasileira como de resto nos países que a adotaram, é a de obrigar o Estado a satisfazer as necessidades da coletividade, compreendendo o direito ao trabalho, a habitação, à saúde, a educação, ao lazer<sup>10</sup>.

Entretanto, no período de 1930 a 1945, conhecido no Brasil como a “Era Vargas”, em referência ao presidente Getúlio Vargas que governou o Brasil por 15 anos ininterruptos, tornou-se característico um modelo de Estado autoritário e corporativista, e ao mesmo tempo, um Estado voltado à criação de políticas sociais, contudo, se consolidou uma política assistencialista e repressiva com negação, sobretudo, aos direitos da infância e a juventude, situação que vigorou nas constituições seguintes de 1937; 1946; 1967; 1969 até o advento da promulgação da Constituição Cidadã em 1988, dando início verdadeiramente a era dos direitos econômicos e sociais, sobretudo com o advento do Estatuto da Criança e Adolescente, em 1989, um conjunto normativo que dá início a “doutrina da proteção integral de crianças e adolescentes”.

Para melhor entender o que vem a ser a “doutrina da proteção integral de crianças”, hoje vigente, necessário será um breve histórico sobre a “doutrina do menor irregular”. Apesar de já abolida tem repercussões deletérias até os dias de hoje. A indigitada doutrina vigorou no Brasil até a entrada em vigor do Estatuto da Criança e do Adolescente, no entanto, muitos de seus desdobramentos são ainda marcados por idéias e práticas do passado.

## **2. A DOCTRINA DO MENOR IRREGULAR**

No período que antecede a “doutrina da proteção integral”, foi criado o Tribunal de Menores, em 20/12/1923, na cidade do Rio de Janeiro, que na altura era a capital do País. No ano seguinte, em 02/02/1924, toma posse o primeiro juiz de menores do Brasil, o jurista José Cândido de Albuquerque Mello Mattos, idealizador do primeiro Código de Menores aprovado pelo Decreto 17.943-A, de 12/10/1927.

---

<sup>10</sup> Cf. Manoel Gonçalves FERREIRA FILHO - *Direitos Humanos Fundamentais*, op. cit. p.49

Conhecido como “Código Mello Mattos”, a legislação menorista era uma inovação na recente República do Brasil quanto aos “direitos da criança”, que consolidou as normas esparsas anteriores. Esse seria, então, o primeiro documento legal vigente no Brasil destinado a população menor de 18 anos de idade e, com ele surge a doutrina do “direito do menor”, tendo como destinatários as crianças pobres, abandonadas ou delinquentes<sup>11</sup>.

Conforme Irene e Rizzini, com a instauração do Estado Novo, em 1937, período em que se implanta a ditadura do Governo Vargas, percebe-se uma crescente ideologização dos discursos dos representantes do Estado no atendimento à infância e à juventude. Neste ano, o Juiz do Tribunal de Menores Saboia Lima anuncia a ameaça comunista durante a palestra intitulada “A criança e o comunismo”, realizada na Academia Brasileira de Letras, à convite da Liga de Defesa Nacional, assim, intervir junto à infância torna-se uma questão de defesa nacional<sup>12</sup>.

Com os reflexos da legislação repressiva e os discursos contra a ameaça comunista, conforme explica Irene e Rizzini, foi criada em 1937, a primeira Delegacia de Menores no Distrito Federal. O modelo policial de apreensão e identificação de menores é consolidado e legitimado enquanto função específica da polícia, uma das mais repressoras que o país já conheceu. A ordem vigente era a de apreender menores nas ruas, investigar suas condições morais e materiais e seus responsáveis e encarcera-los até que o Tribunal decidisse o local definitivo para a internação. A produção discursiva de todo o período da forte presença do Estado no internamento de menores é fascinante, pelo grau de certeza científica com que as famílias populares e seus filhos eram rotulados de incapazes, insensíveis, e uma infinidade de denominações, uma crescente ideologização dos discursos dos representantes do Estado no atendimento à infância e à juventude<sup>13</sup>.

Em 05/11/1941, através do Decreto-Lei 3.799, no mesmo governo de Getúlio Vargas é criado o SAM – Serviço de Assistência ao Menor, um órgão subordinado ao

---

<sup>11</sup> “a primeira menção a ‘direitos da criança’ como tais em um texto reconhecido internacionalmente data de 1924, quando a Assembléia da Liga das Nações aprovou uma resolução endossando a Declaração dos Direitos da Criança, promulgada no ano anterior pelo Conselho da organização não governamental ‘Save the Children International Union’. Em 1959, a Assembleia Geral das Nações Unidas promulgava a Declaração dos Direitos da Criança, cujo texto iria impulsionar a elaboração da Convenção”, in Steiner, Henry J.; Alston, Philip, *International Human Rights in context: law, politics, morals*, Osford, Oxford University Press, 2000, p. 512; Cf. Flávia PIOVESAN - *Temas de Direitos Humanos*, 3ª ed., São Paulo, Saraiva, 2009, p. 282

<sup>12</sup> Irene RIZZINI e Irma RIZZINI - *A institucionalização de Crianças no Brasil. Percorso histórico e desafios do presente*, Rio de Janeiro, ed. PUC Rio, Loyola, 2004, p. 31.

<sup>13</sup> Cf. Irene RIZZINI e Irma RIZZINI - *A institucionalização de Crianças no Brasil. Percorso histórico e desafios do presente*, op.cit. p. 66.

Ministério da Justiça, dividido em vários estabelecimentos de ‘correção’ para menores infratores e abandonados, era o equivalente ao Sistema Penitenciário para as pessoas menores de 18 anos de idade, cuja lógica era a reclusão e a repressão das crianças e adolescentes abandonados ou acusados de autoria de atos infracionais.

Os objetivos do SAM eram definidos no próprio Decreto-Lei, conforme o artigo 2.º, sistematizar e orientar os serviços de assistência a menores desvalidos e delinquentes, internados em estabelecimentos oficiais e particulares; proceder a investigação social e ao exame médico-psicopedagógico; abrigar os menores, à disposição do Juizado de Menores do Distrito Federal; recolher os menores em estabelecimentos adequados, afim de ministrar-lhes educação, instrução e tratamento sômato-psíquico, até seu desligamento; estudar as causas do abandono e da delinquência infantil para a orientação dos poderes públicos; promover a publicação periódica dos resultados de pesquisas, estudos e estatísticas.

Entretanto, conforme demonstram Irene e Rizzini, nesses ambientes de internação para menores predominava a ação repressiva e os maus-tratos contra os internos ao invés de ações acolhedoras e sócio-educativas. As dificuldades de viabilizar as propostas educacionais são depositadas na própria criança, considerada “incapaz”, “sub-normal de inteligência e de afetividade”, e sua “agressividade” era superestimada.

Com a decadência ocasionada por vários fatores, principalmente a falta de recursos públicos mínimos, o SAM foi extinto em 1964. Em seu lugar surgiu a FUNABEM – Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor, criada pela Lei 4.513/64, sob a vigência do Código de Menores Mello Mattos. A tentativa de introduzir um novo modelo de política pública, mas resultou em um projeto repressivo, com propostas assistencialistas e que também se manteve incorporado ao projeto de segurança nacional, aprovado pelas forças militares, que haviam no mesmo ano, tomado o governo à força através de um golpe de Estado, dando início a era do período conhecido por ‘ditadura militar’, marcado pela cassação das liberdades fundamentais, dos direitos políticos, e com violenta repressão as manifestações contra o regime político adotado.

Em 1979, editou-se o novo Código de Menores – Lei 6.679/79 – que manteve o mesmo arcabouço básico do extinto Código Mello Mattos, o controle social da infância e adolescência, ameaçadoras da família, da sociedade e do Estado, dando início a “doutrina do menor irregular”, conforme infere-se no artigo 1.º: [e]ste Código dispõe sobre assistência, proteção e vigilância a menores; I – até dezoito anos de idade, que se

encontrem em situação irregular; II – entre dezoito e vinte e um anos, nos casos expressos em lei; [p]arágrafo [ú]nico – [a]s medidas de caráter preventivo aplicam-se a todo menor de dezoito anos, independentemente de sua situação.

No artigo 2.º, insere-se uma lista caracterizadora do menor irregular: I – privado de condições essenciais à sua subsistência, saúde e instrução obrigatória, ainda que eventualmente, em razão de: a) falta, ação ou omissão dos pais ou responsável; b) manifesta impossibilidade dos pais ou responsável para provê-las; II – vítima de maus tratos ou castigos imoderados impostos pelos pais ou responsável; III – em perigo moral, devido a: a) encontrar-se, de modo habitual, em ambiente contrário aos bons costumes; b) exploração em atividade contrária aos bons costumes; IV – privado de representação ou assistência legal, pela falta eventual dos pais ou responsável; V – com desvio de conduta, em virtude de grave inadaptação familiar ou comunitária; VI – autor de infração penal.

O referido Código de Menores de 1979, não mudou o enfoque sobre os poderes conferidos às autoridades judiciárias e policiais. Com o regime militar em vigor, governando o país com uma Constituição criada a partir de Atos Institucionais, que fechou o Congresso Nacional e cassou os direitos civis e políticos, ganhando amplos poderes devido a suspensão do *habeas-corpus*, a vaguesa e imprecisão conceitual das irregularidades que poderiam ser apontadas contra crianças e jovens para leva-los à internação e tratamento obrigatórios.

Esse modelo viria a revelar-se de pouca ou nenhuma efetividade para prevenir ‘atos infracionais’ pelos menores em situação irregular ou acolher crianças abandonadas, vítimas de exploração e maus tratos. Em grande parte a legislação menorista se confundia com o totalitarismo do regime imposto pelos governos militares com práticas contrárias à Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948.

O Código de Menores de 1979 e a “doutrina do menor irregular”, vigoraram até a entrada em vigor do Estatuto da Criança e Adolescente, Lei n.º 8.069, de 13 de julho de 1990, com o início, no Brasil, da era dos novos direitos, a partir da Constituição de 1988. No dizer de Bobbio, enquanto os direitos de liberdade nascem contra o superpoder do Estado – e, portanto, com o objetivo de limitar o poder –, os direitos sociais exigem, para sua realização prática, ou seja, para a passagem da declaração puramente verbal à sua proteção efetiva, precisamente o contrário, isto é, a ampliação dos poderes do Estado<sup>14</sup>.

---

<sup>14</sup> Norberto BOBBIO, *A Era dos Direitos*, trad., Carlos Nelson Coutinho, 10ª ed., Rio de Janeiro, Elsevier/Campus, 2004, p. 67.

Assim, o Estado democrático de direitos de 1ª, 2ª e 3ª dimensão surgem no Brasil sob o primado do trabalho, com objetivo do bem-estar e da justiça social, consolidou-se com a promulgação da Constituição conhecida por “Carta Cidadã”, assim designada pelo Deputado Ulisses Guimarães que presidiu à Constituinte na sua elaboração. Com esse evento ocorre uma drástica mudança de paradigma do direito do menor para o direito da criança, ou seja, da doutrina do menor irregular para a doutrina da proteção integral de crianças como veremos a seguir.

### **3. A DOCTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES**

No Brasil, a ideia de proteção integral está na Constituição de 1988, especificamente no artigo 227.º, que diz que os direitos fundamentais da criança, do adolescente e do jovem devem ser assegurados com absoluta prioridade, pela família, pela sociedade e pelo Estado. Estes têm o dever de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão e, é o único artigo da Constituição que cria a solidariedade entre a família, a sociedade e o Estado e tem a expressão *absoluta prioridade*, porque os direitos das crianças, dos adolescentes e dos jovens precedem em relação aos outros.

Para regulamentar o artigo 227.º da Constituição, foi aprovada a Lei 8.069, em 13 de julho de 1989. Nessa lei ficou consignado que as crianças e os adolescentes são sujeitos de direitos e o gozam do princípio do interesse superior com relação aos demais sujeitos; como os direitos são obtidos; e quais as garantias para protegê-los quando forem desrespeitados ou violados.

Essa Lei ficou conhecida no Brasil por “Estatuto da Criança e Adolescente”; nela definiu-se que a criança é toda pessoa menor de 12 anos de idade, e adolescente é toda pessoa maior de 12 e menor de 18 anos, entretanto, ambos têm os mesmos direitos e garantias assegurados de acordo com a sua fase de desenvolvimento e entendimento.

Ainda de acordo com o Estatuto, a criança e o adolescente devem receber proteção e socorro em primeiro lugar, serem atendidas nos serviços públicos com prioridade sobre as outras pessoas, e com direito ao fornecimento gratuito de medicamentos, próteses e todos os recursos para a recuperação ou adaptação quando deficiente. Têm direito a ter escola ou creche pública de preferência, próximo da

residência; e o ensino noturno, para o adolescente trabalhador; respeitando-se o direito de ir, vir e estar nos logradouros públicos e espaços comunitários.

Devem ser protegidas de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor, que a coloque em situação de risco pessoal ou social. Isso acontece quando os seus direitos são violados por omissão do Estado, por erro ou falta dos pais ou responsáveis, ou quando eles mesmos têm um comportamento que pode lhes causar um dano ou por em risco a sua saúde ou a vida.

Além da proteção geral que todos devem ter, o Estatuto da Criança e Adolescente criou o Conselho Tutelar, órgão ligado ao governo municipal, formado por pessoas escolhidas pela comunidade, com mandato de 4 anos, para proteger os direitos da criança e adolescente, incluindo poderes para usar instrumentos especiais denominados “medidas de proteção”; aplicadas aos pais ou responsáveis, por exemplo, quando são causadores da situação de risco, com imediata comunicação a Promotoria da Infância e Juventude.

A Promotoria da Infância e Juventude é um órgão do Ministério Público, indispensável na fiscalização das leis, das políticas e programas do governo, das instituições de acolhimento, dos deveres pelo Conselho Tutelar, pelo Juiz, pelos pais ou responsáveis e pela sociedade em geral. É a Promotoria que opina em todos os processos de competência do Tribunal ou Juiz da Infância; quem promove ações de perda ou suspensão do pátrio poder; das medidas de acolhimento; e, quando o adolescente comete um ato infracional, pode conceder o perdão antes da formação do processo judicial propriamente dito ou pedir ao Juiz a aplicação da medida socioeducativa.

A proteção no caso referida se estende a criança ou ao adolescente quando cometem ato contra a lei, com violência ou não contra as pessoas, ou com danos a propriedade privada ou ao patrimônio público, nesses casos o Estatuto denomina “Ato Infracional” a conduta ilícita descrita na lei.

A criança quando for autora de ato considerado infracional deverá receber uma medida de proteção pelo Conselho Tutelar e nada mais; e o adolescente recebe do Juiz uma medida socioeducativa, que pode ser advertência, obrigação de reparar o dano, prestação de serviços à comunidade, liberdade assistida, ou seja, será vigiado por certo período cumprindo condições impostas.

Mas, se o ato cometido tiver sido com violência contra a pessoa, o adolescente poderá perder a sua liberdade, ficando acolhido em regime de semi-liberdade ou em

internação em local determinado para esse fim, por um período máximo de três anos, tendo em conta a condição de sujeitos de direitos, terá assegurado, nos processos judiciais ou administrativos, a ampla defesa com os meios e recursos inerentes, o direito de ser ouvido pelo Juiz e de participar nos atos e na definição da medida de promoção e proteção dos seus direitos, e sempre assistidos por advogado ou Defensor Público, sob pena do processo ser nulo.

Conforme se percebeu no capítulo anterior, a política implantada pelo extinto Código Mello Mattos de 1927, inaugurou a doutrina do “direito de menor” e o Código de Menores de 1979, que criou a “doutrina do menor irregular”, ambos em comum tratavam a criança e o adolescente como objeto do direito, eram designados por “menores”, seres estigmatizados por serem órfãos, abandonados, pobres, negros, usuários de drogas, que causavam problemas para a sociedade, todavia, com a vigente doutrina da proteção integral, as crianças e adolescentes deixaram de ser tratados e considerados “menores”.

Conforme Mendes<sup>15</sup>, se a pessoa com menos de 18 anos de idade era amparada pela família e de classe social mais elevada certamente era chamada de criança. Geralmente uma mãe afirmará que seu filho ou filha é uma criança ou adolescente e não um “menor”. Para Mendes, existem dois tipos de infância, uma com suas necessidades básicas satisfeitas (crianças e adolescentes) e outra com suas necessidades básicas total ou parcialmente insatisfeitas. Esses ultrapassados códigos de menores pressupõem a existência de profunda divisão no interior da categoria infância: de um lado privilegiado, crianças e adolescentes e, de outro, menores, remetidos ao universo dos excluídos da escola, da família, da saúde, etc. Como consequência, essas leis tenderam a consolidar essas divisões, mas foram indispensáveis na construção de um anti-paradigma, ou seja, de como não se deve tratar crianças e adolescentes.

A vigente “doutrina da proteção integral de criança”, tem fonte por excelência na Convenção sobre os Direitos da Criança, que consagrou o interesse superior da criança; na Constituição Cidadã com a responsabilidade da família, da sociedade e do Estado pela proteção integral e pela prioridade absoluta; e no Estatuto da Criança e Adolescente que reconhece às crianças a qualidade de sujeito de direitos, em contradição com o direito anterior que as tratava como objeto do direito e, ainda, a vigente doutrina estendeu às

---

<sup>15</sup> Méndez, E.G. - Infância e Cidadania na América Latina, São Paulo, ed., Hucitec – Instituto Airton Sena, 1998, p. 68.

crianças e adolescentes todos os direitos fundamentais do homem, rompendo definitivamente com a doutrina do menor em situação irregular.

#### 4. NÚCLEO DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Para entender como funciona o Núcleo dos Direitos da Criança e do Adolescente da Defensoria Pública do Estado e como as crianças e os adolescentes, seus pais e responsáveis são atendidos, é preciso antes compreender a organização da Defensoria Pública, enquanto órgão permanente do Estado.

A Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 05 de outubro de 1988, fixou a existência e a dimensão da Defensoria Pública no *caput* do artigo 134.º, como sendo a “instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do artigo 5.º, inciso LXXIV”. Constituiu-se, portanto, no órgão público responsável pela assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos, tanto em juízo quanto extrajudicialmente.

A Lei Complementar n.º 80, de 12 de janeiro de 1994, organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados-membros, sob o primado da unidade, indivisibilidade e independência funcional<sup>16</sup>. Essa lei, entretanto, sofreu significativas alterações com a edição da Lei Complementar n.º 132, de 07 de outubro de 2009, para se ajustar a nova fase que o País atravessou na positivação dos novos direitos, inserida no pensamento filosófico da prevalência da dignidade da pessoa humana, promoção da cidadania, solidariedade, erradicação da pobreza e combate às desigualdades sociais.

Esclarecem Alves e Pimenta que o princípio da unidade significa que a Defensoria é um todo orgânico, sob a mesma direção, com os mesmos fundamentos e as mesmas finalidades institucionais. O princípio da indivisibilidade permite que seus

---

<sup>16</sup> Art. 134. A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV.

§ 1º Lei complementar organizará a Defensoria Pública da União e do Distrito Federal e dos Territórios e prescreverá normas gerais para sua organização nos Estados, em cargos de carreira, providos, na classe inicial, mediante concurso público de provas e títulos, assegurada a seus integrantes a garantia da inamovibilidade e vedado o exercício da advocacia fora das atribuições institucionais.

§ 2º Às Defensorias Públicas Estaduais são asseguradas autonomia funcional e administrativa e a iniciativa de sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias e subordinação ao disposto no art. 99, § 2º.

membros se substituam uns aos outros, a fim de que a prestação jurídica não seja interrompida, sem solução de continuidade, de forma a não deixar as pessoas assistidas sem a devida assistência jurídica. E, o princípio da independência consiste em dotar a Defensoria Pública de “autonomia perante os demais órgãos estatais”, na medida em que seus objetivos institucionais podem ser exercidos inclusive contra o próprio Estado e demais instituições de direito público. Em decorrência ainda do princípio da independência, os seus membros designados Defensores Públicos ficam subordinados unicamente à hierarquia da própria instituição, protegidos contra a subordinação hierárquica dos demais agentes políticos do Estado, incluindo os magistrados, promotores de justiça e parlamentares<sup>17</sup>.

Então, a Defensoria Pública do Estado, pode-se dizer que possui uma estrutura semelhante ao órgão do Ministério Público, com autonomia funcional, administrativa e a iniciativa para elaboração da proposta orçamentária, no caso da Defensoria, está contida no artigo 97.º-A, da Lei Complementar nº 80/94.

A administração superior da Defensoria tem como chefe o Defensor Público-Geral e o Subdefensor Público-Geral, nomeados pelo Governador, dentre os membros estáveis da carreira, maiores de 35 anos de idade, escolhidos em lista tríplice pelo voto secreto dos membros, para mandato de 2 anos, permitida uma recondução em novo processo de escolha. Na estrutura administrativa existem, ainda, o Conselho Superior, a Corregedoria-Geral e a Ouvidoria-Geral da Defensoria Pública, todos dirigidos por ocupantes do cargo de Defensor Público.

São órgãos de execução os Defensores Públicos do Estado, cargos ocupados por bacharéis em Direito, selecionados por meio de concurso público de provas e títulos, de comprovada experiência profissional de pelo menos dois anos de advocacia ou carreira jurídica.

Para que o ocupante do cargo de Defensor Público aja com liberdade na formação do seu convencimento técnico-jurídico, sem a interferência de quem quer que seja, e isso é relevante, porque se trata de um direito fundamental para os assistidos, a Lei Complementar n.º 80/94 dotou o cargo com indispensáveis garantias para o exercício da função.

---

<sup>17</sup> Cf. Cleber Francisco ALVES e Marília Gonçalves PIMENTA - *Acesso à Justiça: em preto e branco – Retratos Institucionais da Defensoria Pública*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2004, p.103.

A primeira das garantias é a independência funcional no desempenho das funções, segundo a qual, o Defensor Público deve respeito aos seus superiores hierárquicos, mas a formação do convencimento técnico jurídico é exercida com liberdade e independência sem a interferência de quem quer que seja; a segunda garantia refere-se ao princípio da inamovibilidade, significa que o Defensor Público não pode ser removido contra sua vontade, como uma sanção; a terceira refere-se ao princípio da irredutibilidade de vencimentos e a estabilidade no cargo, são garantias constitucionais de que gozam todos servidores públicos admitidos por concurso.

Conforme o artigo 107.º, da Lei n.º 80/94, as Defensorias Públicas são organizadas em Núcleos especializados dirigidos por um Defensor Público Chefe, são exemplos: os Núcleos de Defesa do Consumidor; Núcleo dos Direitos de Família; Núcleos dos Direitos do Idoso; Núcleo dos Direitos da Criança e do Adolescente, entre outros.

Para atendimento nos Núcleos especializados dos direitos da Criança e do Adolescente, além da indispensável atuação do Defensor Público do Estado, a Defensoria conta com o apoio técnico da equipe multidisciplinar formada por psicólogos e assistentes sociais, com conhecimento nos direitos da criança, e os estagiários de Direito. As funções abrangem tanto ações de proteção às crianças e adolescentes com seus direitos ameaçados ou violados quanto sua defesa quando são acusados de terem cometido ato infracional, conforme os incisos III e IV do artigo 111.º do Estatuto.

Os Núcleos especializados dos Direitos da Criança e do Adolescente funcionam tendo em conta a doutrina da proteção integral, os princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana, o princípio do interesse superior e a qualidade da criança como sujeito de direitos, preconizado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. Os Núcleos desenvolvem diversas ações de prevenção quanto à consulta, orientação, encaminhamento e palestras; de defesa na atuação técnica jurídica; de responsabilização nas ações e medidas judiciais; de mobilização na articulação, conscientização e participação social.

Como se percebe, o Núcleo dos Direitos da Criança e Adolescente da Defensoria Pública é uma política pública de assistência judiciária e jurídica e, como tal, tem o dever de se articular com as demais instâncias públicas e sociais: Conselho Tutelar; Conselhos de Direitos Estaduais e Municipais; Tribunal de Justiça; Promotorias da Infância do Ministério Público; Delegacias Especializadas; Ordem dos Advogados;

Secretarias de Educação e de Saúde; organizações não-governamentais, em fim, todas as entidades que integram o Sistema de Garantias dos Direitos da Criança.

Nos Núcleos da Defensoria Pública da Infância e Juventude o Defensor Público na defesa e promoção dos direitos e interesses da criança e do adolescente desempenha as seguintes funções:

a) Curador Especial, conforme artigos 98.º, 142.º, Parágrafo único, artigo 148.º, Parágrafo único, alínea “f” do Estatuto, sobretudo quando houver conflito de interesse da criança ou adolescente com seus pais ou responsáveis, ou quando o adolescente carecer de representação ou assistência eventual para atos da vida civil, nos termos do artigo 4.º, incisos V, VI da Lei Complementar n.º 80/94;

b) Defesa técnica processual dos pais ou responsáveis, conforme artigo 141.º, §1.º do Estatuto, nos processos administrativos e judiciais, que tratam da destituição do poder familiar, nos pedidos de colocação em família substituta sob a guarda ou adoção.

c) Defesa técnica do adolescente em conflito com a lei, na área infracional, conforme artigo 207.º do Estatuto, afastando a pretensão ilegal ou abusiva com a interposição do *habeas corpus* ou requerimento para o relaxamento do acautelamento provisório.

d) Promove a aplicação das medidas protetivas conforme os artigos 101.º, 102.º e 129.º do Estatuto e a medida cautelar de afastamento do agressor da moradia comum, conforme artigo 130.º do Estatuto, quando possível a manutenção da criança ou do adolescente junto à família natural ou promover as ações que tenham por objetivo a colocação em família substituta, por meio dos pedidos de guarda, tutela, adoção e destituição do poder familiar;

e) Participa das audiências concentradas promovidas semestralmente em todas as instituições de acolhimento de crianças e adolescentes, reavaliando individualmente cada caso, com o Juiz da Infância e Juventude, Promotoria da Infância do Ministério Público e a equipe multidisciplinar;

f) Representa a Defensoria nas Audiências Públicas das Comissões Permanentes dos Direitos da Criança e do Adolescente da Assembleia Legislativa e da Câmara Municipal.

g) Interposição dos recursos cabíveis à instância superior;

h) Acompanha e fiscaliza a execução das medidas socioeducativas, interagir com os demais órgãos de atendimento e equipes interdisciplinares, na conduta de efetiva reeducação e ressocialização do adolescente em conflito com a lei;

i) participar das reuniões e palestras nos Conselhos de Direitos Estaduais e Municipais e Conselhos Tutelares; instituições de acolhimento; Fóruns;

O Estatuto da Criança e do Adolescente garante, portanto, o acesso amplo de toda criança ou adolescente, sem restrição, à Defensoria Pública, dispondo ainda, nos termos dos artigos 110.º; 111.º 141.º; 207.º; que nenhum adolescente a quem se atribua a prática de ato infracional será processado, ainda que ausente ou foragido, sem defensor, assegurado a observância do devido processo legal e das garantias processuais, fundamentais do contraditório e da ampla defesa.

Os instrumentos judiciais e de proteção dos direitos e das garantias fundamentais da criança e do adolescente, consideradas em risco pessoal ou social, de competência do Defensor Público do Núcleo da Infância e Juventude tanto da área cível quanto da área infracional, são os seguintes:

- a) Ação de Investigação de paternidade;
- b) Ação de Alimentos;
- c) Ação de Adoção;
- d) Ação de Guarda;
- e) Ação de Tutela;
- f) Ação de suprimento de consentimento por incapacidade civil para casamento ou para registro de nascimento, quando o requerente ou genitor for absolutamente incapaz;
- g) Ação de responsabilidade civil por danos materiais e morais;
- h) Habeas corpus, para garantir a liberdade de locomoção por ilegalidade ou abuso de poder, conforme artigo 5.º, inciso LXVII da Constituição;
- i) Ação socioeducativa, para apuração da prática de ato infracional, conforme o artigo 171.º e 190.º do Estatuto;
- j) Ação mandamental, cabível contra atos ilegais ou abusivos de autoridade pública ou agente de pessoa jurídica, conforme artigo 5.º, inciso XXXV e LXIX da Constituição; e artigos 298.º, 212.º, §2.º, do Estatuto, e da Lei 1.533/51;
- k) Ação Civil Pública ou Coletiva com intenção de coibir ou reparar dano aos direitos e interesses coletivos da criança e do adolescente ou em defesa de interesses ou

direitos individuais homogêneos decorrentes de origem comum, conforme artigo 210.º e 211.º do Estatuto, e Lei n.º 7.347/85 e Lei n.º 8.078/90;

l) Contestações; defesas preliminares; alegações finais;

m) Pedido de Providência, medida em procedimento administrativo inerente ao Juiz da Infância e da Juventude, cabível nos casos que se iniciam sem um procedimento específico no Estatuto ou na lei processual, não podendo ser utilizado para o fim do afastamento da criança ou adolescente de sua família de origem e em outros procedimentos necessariamente contenciosos, conforme artigos 101.º, 102.º, 129.º e 153.º, parágrafo único do Estatuto e artigo 5.º, incisos LIV e LV da Constituição da República.

n) Execução de Medidas de Proteção – procedimentos utilizado para o acompanhamento e a reavaliação da medida de acolhimento institucional e das medidas protetivas aplicadas à criança e ao adolescente e aos seus pais ou responsável.

O Defensor Público em exercício no Núcleo dos Direitos da Criança e do Adolescente deve atuar unicamente em defesa da criança e adolescente, em todos os procedimentos de natureza especializada, administrativa, cível, criminal, tributária, sem exceção, e em todas as comarcas e graus de jurisdição, sempre conforme a Convenção sobre os Direitos da Criança, a Constituição e o Estatuto da Criança, e em razão do exercício do cargo está impedido pela Constituição de advogar fora das funções institucionais.

## **5. O SISTEMA DE GARANTIA DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE**

O princípio constitucional de acesso à justiça contido no artigo 5.º inciso XXXV, para as crianças e adolescentes ganha efetividade com a garantia consignada no artigo 141.º do Estatuto da Criança, isto porque, a grande razão de ser do Núcleo dos Direitos da Criança e Adolescentes da Defensoria Pública não consiste apenas em assegurar aos carenciados de recursos econômicos o acesso formal aos órgãos judiciais, mas o acesso real e a proteção efetiva e concreta dos interesses de crianças e adolescentes garantidos na Convenção e na Constituição.

Com o objetivo de fazer valer os novos direitos de crianças e adolescentes após o advento da Convenção sobre os Direitos da Criança e da Constituição Cidadã, o Estatuto da Criança e Adolescente – Lei 8.069/90 – definiu responsabilidades, prevê a formulação,

o controle e a fiscalização de políticas públicas, exigindo a criação de uma rede de atendimento com ações integradas, designado de Sistema de Garantia de Direitos.

Portanto, a Defensoria Pública em juízo desempenha a função de defesa técnica, garante aos adolescente a igualdade na relação processual e, quanto as crianças e adolescentes acolhidos e familiares ou responsáveis presta assistência jurídica gratuita, e a promoção dos direitos decorrentes dos princípios contidos no art. 227, §3.º e incisos IV e VI da Constituição, dentro do Sistema de Garantia de Direitos da Criança e do Adolescente.

Dentro desse sistema de garantias, a Defensoria Pública é membro integrante do Conselho Estadual dos Direitos da Criança, órgão deliberativo e controlador das ações em todos os níveis com participação paritária da sociedade civil organizada.

E, ainda, faz parte das diretrizes da política de atendimento contidas no artigo 88.º da Lei 8.069, de 13 de julho de 1990 – Estatuto da Criança e Adolescentes –, através da integração operacional de órgãos do judiciário, Ministério Público, Conselho Tutelar e demais encarregados da execução das políticas sociais básicas e de assistência social, para efeito de agilização do atendimento de adolescente a quem se atribua a autoria de ato infracional e do atendimento de crianças e adolescentes inseridos em programas de acolhimento familiar ou institucional, com vista na sua rápida integração à família de origem ou, se tal solução não se mostrar comprovadamente inviável, sua colocação em família substituta, em qualquer das modalidades previstas na lei.

Assim, a atuação da Defensoria Pública da Infância, abrange tanto as ações de proteção às crianças e adolescentes com seus direitos ameaçados ou violados em decorrência de sua vulnerabilidade, quanto as de defesa técnica processual, quando adolescentes são acusados de terem cometido atos infracionais, descritos na lei como crimes<sup>18</sup>.

Fazem parte desse sistema os serviços públicos de educação e saúde até os órgãos especializados da segurança pública e da Justiça. O sistema se divide em três eixos, que correspondem a diferentes linhas de ação. No eixo promoção estão as políticas sociais básicas e os órgãos de atendimento direto, cujo papel é cumprir os direitos da criança e adolescente. O eixo do controle engloba as entidades que exercem a vigilância sobre a

---

<sup>18</sup> Cf. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República do Brasil, o Sistema de Garantia de Direitos da Criança e do Adolescente constitui-se na articulação e integração das instâncias públicas governamentais e não-governamentais da sociedade civil, na aplicação de instrumentos normativos e no funcionamento dos mecanismos de promoção, defesa e controle para efetivação dos direitos da criança e do adolescente. Disponível em <http://www.sedh.gov.br/clientes/sedh/sedh/spdca/sgd> acesso em 29/09/2012.

política e o uso de recursos públicos para a área da infância e adolescência, como os Conselhos de Direitos, os Fóruns e outras instâncias de representação da sociedade civil. A terceira linha de ação é a defesa, que reúne órgãos como Defensorias Públicas, Conselhos Tutelares, Centros de Defesa, Ministério Público, Poder Judiciário e Delegacias de Proteção às Crianças e aos Adolescentes com função de intervir nos casos em que os direitos de crianças ou adolescentes são negados ou violados<sup>19</sup>.

As ações da Defensoria Pública em regra geral levam em conta que todo brasileiro comprovadamente hipossuficiente tem direito a ser defendido gratuitamente em processos judiciais e administrativos. Com as crianças e os adolescentes em situação que a lei considera estarem em risco pessoal ou social, nessas hipóteses não depende das condições financeiras, mas a sua vulnerabilidade dentro do contexto do sistema de garantias dos Direitos de Crianças e Adolescentes. O artigo 141.º do Estatuto é claro nesse sentido: “[é] garantido o acesso de toda criança ou adolescente à Defensoria Pública, ao Ministério Público e ao Poder Judiciário, por qualquer de seus órgãos”.

Confirmando a indispensabilidade da Defensoria Pública, o Supremo Tribunal Federal, assim se pronunciou nos autos da ação direta de inconstitucionalidade, sobre a forma de organização da Defensoria Pública, conforme o relatório do Excelentíssimo Sr. Ministro Celso de Mello: “[a] Defensoria Pública, enquanto instituição permanente, essencial a função jurisdicional do Estado, qualifica-se como instrumento de concretização dos direitos e das liberdades de que são titulares as pessoas carentes e necessitadas”. É por essa razão que a Defensoria Pública não pode (e não deve) ser tratada de modo inconsequente pelo Poder Público, pois a proteção jurisdicional de milhões de pessoas – carentes e desassistidas – que sofre inaceitável processo de exclusão jurídica e social depende da adequada organização e da efetiva institucionalização desse órgão do Estado.

Prossegue o Ministro – de nada valerão os direitos e de nenhum significado revestir-se-ão as liberdades se os fundamentos em que eles se apoiam – além de desrespeitados pelo poder público ou transgredido por particulares – também deixarem de contar com o suporte e o apoio de um aparato institucional, como aquele proporcionado pela Defensoria Pública, cuja função precípua, por efeito de sua própria vocação constitucional (CRF artigo 134º) consiste em dar efetividade e expressão concreta, inclusive mediante acesso do lesado à jurisdição do Estado, a esses mesmos direitos,

---

<sup>19</sup> UNICEF, *Defensorias Públicas e Infância: em defesa dos Direitos da Criança e do Adolescente*, Subsecretaria de Promoção dos Direitos da Criança e do Adolescente, Secretaria Especial de Direitos Humanos da Presidência da República, São Paulo, ed., Saraiva, 2004.p.2.

querendo titularizados por pessoas necessitadas, que são as reais destinatárias tanto da norma inscrita no artigo 5º, inciso LXXIV, quanto do preceito consubstancializado no artigo 134.º, ambos da Constituição da República<sup>20</sup>”.

Assim, para exigir o cumprimento da Convenção, da Constituição e do Estatuto, tanto a criança, adolescente e seus familiares tem, assegurado, o livre acesso à Defensoria Pública, órgão público que, dentre as suas várias funções em favor das pessoas carentes, está a de defender os direitos humanos e os fundamentais, tanto individuais quanto coletivos, de toda criança e adolescente, sem distinção, por meio do Defensor Público.

## 6. CONCLUSÃO

A Constituição cidadã que o Brasil aprovou em 1988, enceta o reconhecimento de um autêntico Estado Democrático de Direito, com a reunião dos requisitos mínimos, conforme ensina Canotilho: a participação de um número tão elevado de cidadãos quanto possível; regra da maioria para tomada de decisão coletiva e vinculante; existência de alternativas reais e sérias que permitam opções aos cidadãos de escolher entre governantes e programas políticos; garantia de direitos de liberdade e participação política<sup>21</sup>.

As inovações conquistadas com o processo de democratização do Brasil, sobretudo com o advento da Defensoria Pública, definida na Constituição como sendo a “instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbido-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados” e, na esteira dos acontecimentos, a modificação da situação jurídica de crianças e adolescentes com a promulgação do Estatuto da Criança e Adolescente e a revogação do antigo Código de Menores, se alinham com a Declaração dos Direitos Humanos e a Convenção sobre os Direitos da Criança.

A partir da vigência do Estatuto, todas as crianças passam a ser reconhecidas no Brasil como sujeitos de direitos humanos condizentes com a sua especial condição de desenvolvimento; ao contrário do antigo Código de Menores, que aplicava os direitos apenas aos menores em situação irregular criando repugnante distinção na população

---

<sup>20</sup> Revista Trimestral de Jurisprudência / Supremo Tribunal de Justiça, vol. 206, n.º 1, Brasília, ed., Brasília Jurídica, 2008, p. 134 a 161.

<sup>21</sup> Cf. José Joaquim Gomes CANOTILHO - *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, op. cit. p.1402.

brasileira com menos de 18 anos de idade, entre quem são as crianças e quais são os menores irregulares.

A nova Lei adota um novo e mais amplo tratamento, baseado na doutrina da proteção integral de crianças e adolescentes; com prioridade na resolução de problemas e o reconhecimento do interesse superior; mas de todas as inovações trazidas está a garantia de acesso à justiça através da defesa técnica e da promoção dos direitos por intermédio dos Núcleos dos Direitos da Criança da Defensoria Pública.

A experiência dos Núcleos dos Direitos da Criança e Adolescentes da Defensoria Pública do Estado, não há dúvidas que é exitosa, entretanto, efetivos resultados exigem maior comprometimento da família considerada pela Declaração Universal dos Direitos Humanos e pelos Estados Democráticos de Direito a base de sustentação da sociedade; precisam de um maior compromisso da sociedade, já que o respeito aos direitos da criança possuem implicações para toda a coletividade; e, necessitam de maiores investimentos públicos, a medida que cresce à reconhecida importância desempenhada pelos órgãos da Defensoria Pública, lhe conferindo maior sentimento de confiança da população na defesa de direitos metaindividuais, é indispensável investir tanto nas estruturas de base e apoio técnico, quanto no aumento quantitativo de Defensores Públicos, suficientes e proporcional às demandas da população, sem deslembrar da constante necessidade de investimentos na atualização dos saberes.

## **BIBLIOGRAFIA**

- ALVES, Cleber Francisco, e PIMENTA, Marília Gonçalves, *Acesso à Justiça: em preto e branco: retratos institucionais da Defensoria Pública*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2004.
- BOBBIO, Noberto, *L'età dei Diritti*, trad. port. de Carlos Nelson Coutinho, *A Era dos Direitos*, Rio de Janeiro, Elsevier, 2004.
- CANOTILHO, J.J. Gomes, e MOREIRA, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra, Almedina, 6ª ed. 2002.
- DUARTE, R. P., *Garantia de Acesso à Justiça: os direitos processuais fundamentais*, Coimbra, Coimbra Editora, 2007.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, *Direitos Humanos fundamentais*, São Paulo, Saraiva, 2006.

- MÉNDEZ, E.G, *Infância e cidadania na América Latina*, São Paulo, editora Hucitec – Instituto Ayrton Sena, 1998.
- PIOVESAN, Flávia, *Temas de Direitos Humanos*, 3<sup>a</sup> ed. São Paulo, Saraiva, 2009, in Steiner, Henry J.; Alston, Philip, *International Human Rights in Context*, Osford, Oxford University Press, 2000.
- RIZZINI, Irene, e Rizzini Irma, *A institucionalização de crianças no Brasil: percurso histórico e desafios do presente*, Rio de Janeiro, ed. PUC Rio, Loyola, 2004.
- REVISTA TRIMESTRAL DE JURISPRUDÊNCIA / Supremo Tribunal de Justiça, vol. 206, n.º 1, Brasília, Ed. Brasília Jurídica, 2008, Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/indiceRtj/pesquisarIndiceRtj.asp> Acesso em 10/10/2012.
- SECRETARIA DOS DIREITOS HUMANOS DA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA, *o Sistema de garantia de Direitos da Criança e do Adolescente*, Disponível em <http://www.sedh.gov.br/> acesso em 29/09/2012.
- UNICEF, *Defensorias públicas e infância: em defesa dos Direitos da Criança e do Adolescente*, Subsecretaria de Promoção dos Direitos da Criança e do Adolescente, Secretaria Especial de Direitos Humanos da Presidência da República, São Paulo, Ed. Saraiva, 2004.

## FMI E O BANCO MUNDIAL – A PROMOÇÃO OU COERÇÃO DA DEMOCRACIA E DOS DIREITOS HUMANOS

SAYURI ARAGÃO FUJISHIMA<sup>1</sup>  
[sayurifujishima@gmail.com](mailto:sayurifujishima@gmail.com)

PIETRO SARNAGLIA<sup>2</sup>  
[sarnaglia.pietro@gmail.com](mailto:sarnaglia.pietro@gmail.com)

### RESUMO

Este artigo tem por objetivo fazer uma breve análise sobre a relação entre os órgãos internacionais FMI e Banco Mundial e os empréstimos efetuados a países em desenvolvimento e em que medida tais empréstimos podem intervir na promoção da democracia e dos direitos humanos nestes países. Iniciamos com um sucinto enquadramento histórico para, a seguir, descrever os objetivos destas instituições financeiras e a natureza dos acordos feitos entre elas e países subdesenvolvidos que requerem empréstimos. Por fim, concluímos o trabalho com uma crítica acerca das condições de concessão de empréstimos impostas pelo FMI e pelo Banco Mundial e sua afetação na democracia e na soberania dos países a quem foram concedidos.

**PALAVRAS-CHAVE:** FMI; Banco Mundial; democracia; instituições financeiras; países subdesenvolvidos.

### 1. INTRODUÇÃO

A proposta deste trabalho é realizar um estudo analítico da relação entre as principais Organizações Internacionais responsáveis pela gestão dos projetos de cooperação econômica e social<sup>3</sup> – Fundo Monetário Internacional e Banco Mundial – e a efetivação da Democracia e dos Direitos Humanos nos Estados que se “beneficiam” destes projetos.

---

<sup>1</sup> Aluno do Mestrado em Direitos Humanos da Universidade do Minho

<sup>2</sup> Aluno do Mestrado em Direitos Humanos da Universidade do Minho

<sup>3</sup> Ricardo Antônio Silva SEITENFUS, *Manual das organizações internacionais*, 5<sup>o</sup> ed. rev., atual. e amp., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 185.

Inicia-se tal estudo a partir de um breve enquadramento histórico que visa situar o momento em que a comunidade internacional sente a necessidade de criar as mencionadas instituições. Esta referência no tempo é fundamental tanto para a compreensão dos objetivos originalmente pretendidos com a sua criação, quanto para perceber-se o porquê do desvirtuamento destes mesmos objetivos.

Na sequência, são analisadas as condições impostas para a concessão de empréstimos; os chamados “programas de ajuste” e a natureza dos contratos internacionais que os perfazem.

Por fim, busca-se estabelecer a relação que se verifica na prática entre a política adotada pelo FMI e Banco Mundial para a concessão de empréstimos a países demandantes e a real promoção da democracia e dos direitos humanos nestes Estados.

Além disso, em sede de conclusão, avança-se uma crítica sobre o modo como devem atuar essas instituições para que não seja colocada em causa a soberania dos Estados que a elas recorrem.

## **2. CRIAÇÃO E ENQUADRAMENTO HISTÓRICO**

O Banco Mundial e o Fundo Monetário Internacional (FMI) foram criados em julho de 1944, após o acordo de Bretton Woods, firmado entre 45 países no âmbito da Conferência Monetária e Financeira Internacional das Nações Unidas<sup>4</sup>.

Neste momento, em que se finalizava a segunda Grande Guerra e os Aliados despontavam como os vencedores, o mundo assistia ao surgimento de uma nova ordem internacional, na qual os EUA se destacariam como a nova grande potência. A criação das instituições surge da tentativa americana de evitar o protecionismo da Europa devastada e fomentar a expansão do comércio internacional<sup>5</sup>.

No acordo inicial, restou estipulado que os EUA teriam o dobro da participação que teria o Reino Unido no FMI. Os países envolvidos estabeleceram também que o montante inicial para compor o Fundo seria de 8,8 bilhões de dólares. Porém a URSS, que

---

<sup>4</sup> Nesta altura ainda não havia sido criada a Organização das Nações Unidas, mas o termo ‘nações unidas’ já havia sido utilizado pelo Presidente Roosevelt desde janeiro de 1942. A ONU só passa a existir oficialmente a partir de 24 de Outubro de 1945 com a assinatura da Carta das Nações Unidas.

<sup>5</sup> Bernard CASSEN, “À Sombra de Washington”, artigos publicado na revista *Le Monde Diplomatique* Brasil, disponível em <http://www.diplomatique.org.br/print.php?tipo=ac&id=232&PHPSESSID=099cbc670a7e8a6c998a4f532aaf76c9>, acesso em 03.04.2012

seria responsável pelo depósito de 1,2 bilhão não ratificou o acordo de Bretton Woods o que elevou a participação dos EUA para 36% e do Reino Unido para 17,1%.

O Fundo Monetário tinha como funções: assegurar a estabilidade monetária, funcionando como uma central de câmbio onde se trocava moedas; conceder crédito aos Estados-Membros a curto prazo e a juros elevados, sendo tal crédito sempre proporcional à sua respectiva cota parte junto ao Fundo; além de conceder “facilidades” aos ajustes econômicos no plano interno através de concessão de crédito a fim de promover o equilíbrio das balanças nos Estados.

Já o Banco Mundial foi idealizado para desempenhar função diversa. Inicialmente nomeado de BIRD, o então Banco Internacional para Reconstrução e Desenvolvimento, tinha por objetivo exatamente auxiliar a reconstrução da Europa arrasada no pós Guerra e promover o desenvolvimento econômico e social em todo o mundo. Assim sendo, em princípio poderiam ser concedidos empréstimos somente para os Estados-Membros, entretanto empresas privadas e governos locais poderiam se candidatar ao recebimento de empréstimos se tivessem o aval e a garantia dos governos centrais.

### **3. OBJETIVOS**

O Banco Mundial objetivava facilitar o investimento privado fornecendo garantias e complementação de fundos. Tais investimentos deveriam ser direcionados exclusivamente para fins produtivos, de modo auxiliar o desenvolvimento dos Estados e aumentar a produtividade e o nível de vida das populações<sup>6</sup>.

O FMI por sua vez, tinha originalmente o objetivo de auxiliar a administração monetária externa dos seus Estados-Membros, ajudando-os temporariamente na redução ou eliminação do desequilíbrio em suas respectivas balanças de pagamentos. Além disso, buscava favorecer a cooperação monetária internacional, com o escopo de propiciar estabilidade ao sistema monetário e assim criar condições básicas para o comércio internacional<sup>7</sup>.

Ocorre que logo em 1948, o Plano Marshall substituiu o BIRD na reconstrução da Europa, e em virtude disso sua atuação passa a ser direcionada à promoção do desenvolvimento nos países do sul. Quanto ao FMI, no ano 1971 o presidente Richard

---

<sup>6</sup> SEITENFUS, *op. cit.*, p. 190.

<sup>7</sup> CASSEN, *op.cit.*

Nixon decide acabar com a conversibilidade do dólar em ouro. Dois anos mais tarde tal medida leva a uma flutuação generalizada das moedas, o que retira do FMI sua função de controlador do sistema de paridade monetária.

O Banco Mundial gradativamente iniciou uma política de financiamentos de projetos em longo prazo, nomeadamente nas áreas de educação, reforma agrária e meio ambiente, além de realizar programas para formar recursos humanos e, sobretudo, aconselhar políticas públicas, nos países do terceiro mundo.

Já o FMI, privado de desempenhar sua primeira tarefa, concentrou-se na segunda: o financiamento dos *déficits* da balança de pagamento e após da década de 80 uniu-se ao Banco Mundial para financiar programas de desenvolvimento e combater a pobreza<sup>8</sup>. Tais programas consistem na reestruturação de economias endividadas por meio de programas de ajuste.

#### 4. PROGRAMAS DE AJUSTE

Nestes casos, a liberação de recursos está condicionada à adoção de medidas de reforma estrutural dos países solicitantes. Os programas de ajuste definem a política orçamentária; a emissão de moedas; a taxa de câmbio; a política comercial e os pagamentos internos<sup>9</sup>.

Porém, ao contrário daquilo que teoricamente seria pretendido, as medidas acordadas não têm por finalidade alcançar equilíbrio das contas internas ou manter a estabilidade de modo a permitir que os Estados se desenvolvam e eliminem a pobreza de modo gradual. O que se busca a partir do estabelecimento dessas condições é tão somente garantir que a dívida assumida seja quitada.

Os mecanismos de controle exercidos pelo FMI e pelo Banco Mundial envolvem uma série de variáveis econômicas como crédito interno; *déficit* do setor público; reservas internacionais; dívida externa; câmbio; inflação; privatizações; distribuição de renda e mercado de trabalho. Porém, o objetivo central é a reorganização da economia a fim de melhorar eficiência das despesas públicas para garantir-se o pagamento

---

<sup>8</sup> Vivian Domínguez UGÁ, “A Categoria ‘Pobreza’ nas Formulações de Política Social do Banco Mundial”, *Revista de Sociologia e Política*, 23, Nov. 2004, disponível em <http://www.scielo.br/pdf/rsocp/n23/24621.pdf>, consultado em 28.05.2012.

<sup>9</sup> SEITENFUS, *op.cit.*, p. 198-199.

da dívida externa<sup>10</sup>. Na avaliação de Seitenfus “[t]al dívida se constitui um nó estrangulador do desenvolvimento dos países do Sul, [e] um fardo dificilmente suportável”<sup>11</sup>.

Assim, as organizações internacionais que inicialmente foram criadas com o intuito de promover a estabilidade do sistema monetário internacional, acabaram por tornar-se um instrumento de exploração dos países em desenvolvimento pelos países desenvolvidos, nomeadamente os EUA. Tal condição é classificada por alguns autores como “neocolonialismo”.

Neste sentido, afirma Ruy Braga: “Procuram dissimular, através da retórica ‘globalizante’, a violência do atual processo de recolonização em escala mundial. De fato, a hipótese segundo a qual o crescimento econômico dos países do Norte desenvolvido não mais se encontraria atrelado à condição subalterna do Sul subdesenvolvido, tornou-se moeda corrente no debate teórico e político em geral”<sup>12</sup>.

## 5. NATUREZA E LEGALIDADE DOS ACORDOS

Tendo em vista tais efeitos há autores que colocam em cheque a legalidade dos acordos firmados entre Estados e FMI, nomeadamente nos casos em que o executivo não submete o conteúdo da “Carta de Intenções” à aprovação legislativa. A Carta de Intenções é um documento elaborado pelo próprio Estado candidato a realizar empréstimo, no qual são propostas as medidas de ajustes.

O FMI considera que tais negociações se tratam juridicamente de atos unilaterais e não acordos internacionais. Muito embora haja de um lado a proposta de um Estado (Carta de Intenções) e de outro a decisão do Fundo, este insiste em negar o encontro de vontades e afirma existir tão-somente um seguro fornecido a uma intenção a realizar determinadas medidas.

Obviamente, tal tese não corresponde com a realidade uma vez que os termos da Carta não são aprovados até que haja consenso entre as partes. Além disso, obrigação de cumprir o estipulado, não só advém da necessidade do Estado como também da prerrogativa do Fundo em responsabilizar os mesmos frente a sua própria demanda. Assim,

---

<sup>10</sup> Sobre o tema ver: Ruy BRAGA, “Globalização ou neocolonialismo? O FMI e a armadilha do ajuste”, *Revista Outubro*, 4, disponível em [http://www.revistaoutubro.com.br/edicoes/04/out4\\_06.pdf](http://www.revistaoutubro.com.br/edicoes/04/out4_06.pdf), consultado em 28.05.2012.

<sup>11</sup> SEITENFUS, *op. cit.*, p. 199.

<sup>12</sup> BRAGA, *op. cit.*, p. 04

como conclui Seitenfus, “[em] definitivo, estamos diante de uma unilateralidade de fachada e uma bilateralidade de fundo”<sup>13</sup>”

Há de se levar em conta ainda a flagrante desproporcionalidade entre as partes contratantes, pois na maioria dos casos os Estados que recorrem ao Fundo se encontram em situação limite, ou seja, quando se torna impossível seu acesso ao mercado livre de capitais. “Trata-se, de fato de uma delicada e desproporcional negociação, onde o grau de submissão às diretrizes do Fundo é inversamente proporcional à fragilidade do demandante”<sup>14</sup>”

Assim, podemos concluir que se acordos se constituem atos unilaterais, só podem o ser por parte do Fundo, pois é ele na realidade (ao contrário da formalidade) quem determina as medidas a serem adotadas e as condições para que sejam liberados os empréstimos<sup>15</sup>.

## 6. A INTERFERÊNCIA DAS INSTITUIÇÕES NA POLÍTICA DOS PAÍSES

Os Articles of Agreement, que constituem a base dessas instituições e dispõem sobre objetivos, formação e impedimentos, proíbem que Banco Mundial e FMI exerçam atividade política ou levem em consideração questões políticas quando da decisão de empréstimo a países-membros. Apesar desta determinação, recentemente o Banco Mundial permitiu-se analisar critérios de “boa governação” do Estado que pede empréstimo, pois seria um fator muito determinante na estabilidade e desenvolvimento econômico do mesmo.

No entanto, no decorrer da história das instituições, suas práticas de empréstimos mostraram-se muito variáveis, por vezes obedecendo a esta provisão da não-interferência nos assuntos políticos, por vezes ignorando-a ao motivar recusas de empréstimos em virtude de ausência de parâmetros democráticos no Estado. Nos anos 60, a Assembleia Geral das Nações Unidas adotou resoluções em que pedia que as agências econômicas negassem assistência econômica à África do Sul (em virtude do apartheid) e a Portugal (pelas políticas coloniais na África), pedidos estes negados pelo Banco Mundial, que concedeu empréstimos baseando-se na proibição de consideração de standards

---

<sup>13</sup> SEITENFUS, *op. cit.*, p. 199.

<sup>14</sup> SEITENFUS, *op. cit.*, p. 199.

<sup>15</sup> Descrevendo o nível de submissão dos países do Sul ao Fundo, Ruy Braga afirma: “Nos dias atuais, não existe, na América Latina, qualquer ministro de Estado que possa tomar uma decisão macroeconômica importante, sem o consentimento da tecnoburocracia mundial do FMI” BRAGA, *op. cit.*, p. 2.

políticos<sup>16</sup>. Já em 1992, o Banco Mundial recusa empréstimo ao governo chileno alegando violações de direitos humanos por parte do presidente Allende.

Afinal, é legal que as instituições financeiras adotem parâmetros democráticos e de direitos humanos quando da concessão de empréstimos?

Por um lado, pode-se alegar que vincular empréstimo a condicionantes internas violaria direitos presentes na Declaração Universal dos Direitos Humanos: a soberania e a autodeterminação, constantes dos artigos 1(2), 2(4) e 2(7). Conforme dito no tópico 5, os países que pedem empréstimos são, em geral, subdesenvolvidos, e quando o fazem, é por estar em situação econômica crítica, não tendo efetivamente escolha entre aceitar ou não as condições impostas pelas instituições financeiras. A falta de liberdade, não dos governantes (que, com o empréstimo em mãos, correm o risco de desviá-lo da função de desenvolvimento nacional), mas dos próprios cidadãos de não exercer poder sobre as diretrizes políticas de seu país, violaria a autodeterminação dos povos e a própria democracia.

Mais ainda, o empréstimo condicionado pode ser um obstáculo ao direito ao desenvolvimento. O Banco Mundial, particularmente, tem como objetivo a promoção deste direito, através da concessão de empréstimos para projetos em países subdesenvolvidos. No entanto, a condicionante do empréstimo pode ser um obstáculo ao desenvolvimento quando a instituição requer que o Estado, em primeiro lugar, realize reformas democráticas e de boa governação, para só assim ter acesso aos fundos que garantem o direito em si<sup>17</sup>. Em virtude da dependência que países subdesenvolvidos têm em relação ao Banco Mundial e ao FMI, deixar de conceder empréstimos por razões de cumprimentos de certos parâmetros de direitos humanos (como a democracia) causaria estagnação econômica nestes países e conseqüente abuso de direitos humanos<sup>18</sup>. Isto pode acabar resultando num círculo vicioso: não se concede empréstimos pela falta de respeito à democracia e aos direitos humanos e não se alcança a democracia e os direitos humanos pela falta de recursos que deveriam provir destes empréstimos.

Por outro lado, as instituições financeiras não podem desconsiderar completamente questões políticas internas, em especial a ausência de parâmetros

---

<sup>16</sup> Nicholas H. MOLLER, "The World Bank: Human Rights, Democracy and Governance", in *Netherlands Quarterly Human Rights*, 15, 1997, p. 23.

<sup>17</sup> Mark E. WADRZYK, "Is it Appropriate for the World Bank to Promote Democratic Standards in a Borrower Country?", in *Wisconsin International Law Journal*, 17, 1999, p. 573-574.

<sup>18</sup> Halim MORIS, "The World Bank and Human Rights: Indispensable Partnership or Mismatched Alliance?", in *ILSA Journal of International & Comparative Law*, 4, 1997-1998, p. 188.

democráticos mínimos. No entanto, devido à natureza bancária destas instituições, elas levam em consideração a política interna na probabilidade que ela tem de influenciar positiva ou negativamente o cumprimento dos acordos – um país instável politicamente teria, em teoria, menos probabilidade de pagar sua dívida externa do que um com política estável. Ocorre que a prática nem sempre relaciona diretamente uma maior democracia com o crescimento econômico de um país, o que pode resultar (e efetivamente resulta) em apoios financeiros a países com déficits democráticos, quando as instituições acreditam que a dívida será paga.

Os exemplos de Portugal/África do Sul e do Chile nos fazem crer que a condicionante democrática para empréstimos é uma mera fachada para justificar concessões ou negativas de concessões dos mesmos, quando a motivação real está baseada somente em presença ou ausência de quitação de dívida e lucro. Em virtude do poder sobre os Estados do qual FMI e Banco Mundial gozam, não se pode fechar os olhos para questões de política interna que afetam o gozo dos direitos humanos pelos cidadãos, assentando-se apenas na proibição de interferência política e na busca pelo lucro.

## 7. CONCLUSÃO

Para respeitar os Articles of Agreement e o direito internacional, Wadrzyk defende que Banco Mundial e FMI devem alcançar uma tênue linha que os equilibra entre intervir ilegalmente nos assuntos internos de um Estado e requerer corretamente *standards* de boa governação que afetem substancialmente a economia destes países<sup>19</sup>. No entanto, a falta de continuidade e de aparente critério nas concessões de empréstimos nos faz pensar que as instituições não estão comprometidas em promover a democracia e os direitos humanos nos países subdesenvolvidos, os maiores requerentes de empréstimos. Ao que parece, o único fator que se considera é a probabilidade de quitação da dívida futura, independente das consequências que o empréstimo (ou a negativa dele) causará sobre as populações locais.

Esta tendência do Banco Mundial e do FMI de favorecer os mercados em prejuízo da democracia, ainda que editem resoluções alegando promover a boa governação, arrisca seriamente a legitimidade destas instituições como instituições de

---

<sup>19</sup> WADRZYK, *op. cit.*, p. 577.

supervisão internacional<sup>20</sup>. Ambas instituições são feitas por Estados, membros das Nações Unidas e comprometidos com a DUDH e diversos outros tratados de direitos humanos; assim, não se pode separar o “Estado-banco” do “Estado-ONU”. Ou seja, o Estado pertencente a uma organização que se compromete com a promoção dos direitos humanos é o mesmo Estado que faz parte de instituições financeiras que alegam não estar sob sua responsabilidade promover tais direitos. É inegável que a necessidade de promover a democracia, a soberania e a autodeterminação dos povos é maior que garantir a quitação de dívidas com bancos internacionais e o lucro dos mesmos. Resta refletir, assim, sobre as formas de colocar as instituições financeiras dentro da “linha tênue” defendida por Wadryk e fazer com que a promoção dos direitos da DUDH entre na agenda tanto do FMI quanto do Banco Mundial como objetivos de fato, e não meras fachadas.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BRAGA, Ruy, “Globalização ou neocolonialismo? O FMI e a armadilha do ajuste”. *Revista Outubro*, 4, disponível em [http://www.revistaoutubro.com.br/edicoes/04/out4\\_06.pdf](http://www.revistaoutubro.com.br/edicoes/04/out4_06.pdf), consultado em 28.05.2012.
- CASSEN, Bernard, “À Sombra de Washington”, artigos publicado na revista *Le Monde Diplomatique Brasil*, disponível em <http://www.diplomatique.org.br/print.php?tipo=ac&id=232&PHPSESSID=099cbc670a7e8a6c998a4f532aaf76c9>, acesso em 03.04.2012.
- CHANTAL, Thomas, “Does the ‘Good Governance Policy’ of the International Financial Institutions Privilege Markets at the Expense of Democracy?”, in *Connecticut Journal of International Law*, 14, 1999.
- MOLLER, Nicholas H., “The World Bank: Human Rights, Democracy and Governance”, in *Netherlands Quarterly Human Rights*, 15, 1997.
- MORIS, Halim, “The World Bank and Human Rights: Indispensable Partnership or Mismatched Alliance?”, in *ILSA Journal of International & Comparative Law*, 4, 1997-1998.
- SEITENFUS, Ricardo Antônio Silva, *Manual das organizações internacionais*, 5<sup>o</sup> ed. rev., atual. e amp., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008

---

<sup>20</sup> Thomas CHANTAL, “Does the ‘Good Governance Policy’ of the International Financial Institutions Privilege Markets at the Expense of Democracy?”, in *Connecticut Journal of International Law*, 14, 1999, p. 559-561.

- UGÁ, Vivian Domínguez, “A Categoria ‘Pobreza’ nas Formulações de Política Social do Banco Mundial”, *Revista de Sociologia e Política*, 23, Nov. 2004, disponível em <http://www.scielo.br/pdf/rsocp/n23/24621.pdf>, consultado em 28.05.2012.
- WADRZYK, Mark E., “Is it Appropriate for the World Bank to Promote Democratic Standards in a Borrower Country?”, in *Wisconsin International Law Journal*, 17, 1999.